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 • Septiembre-Octubre 2012 • Núm. 733

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Comité editorial
con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas», por BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ 2543

«Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro», por MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS..... 2567

«El *ius ad rem* y el artículo 1473 del Código Civil», por ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ 2601

«Protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en los diversos sistemas transmisivos: un intento de valoración», por BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO 2645

DICTÁMENES Y NOTAS

«La inscripción de bienes inmuebles a favor de Fondos de Titulización», por SEBASTIÁN DEL REY BARBA..... 2675

DERECHO COMPARADO

«El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos en el Derecho español y comunitario», por JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARES 2727

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 2757

Págs.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2773

1.2. Derecho de familia:

— «El alcance de la representación legal de los padres ante las actuaciones ilícitas de sus hijos menores de edad», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 2785

— «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2836

1.3. Derechos reales:

— «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la "dación en pago" en los últimos años», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2852

1.4. Sucesiones:

— «La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real», por INMACULADA VIVAS TESÓN 2867

1.5. Obligaciones y contratos:

— «Contrato de opción y circunstancias sobrevenidas: tensiones entre el principio de estabilidad y equidad contractual según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», por ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT 2892

1.6. Responsabilidad Civil:

— «Responsabilidad civil notarial por negligencia en subasta: el requisito de la comunicación al propietario consignante, biología de la pretensión procesal e incidencia de la doctrina de equivalencia de resultados», por ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT y MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 2916

Págs.

1.7. Concursal Civil:

— «Nuevas aportaciones de la Jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 2947

2. MERCANTIL

— «Mediación civil y mercantil: La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal», por BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ 2972
— «En torno al ejercicio del derecho de separación *ad nutum.* A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 3000

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

— «La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la Resolución de 14 de junio de 2011», por VICENTE LASO BAEZA 3027

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades 3039

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Diagnóstico del marco jurídico-institucional y administrativo de los sistemas de Registro Civil en América Latina», de MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE y DIEGO MOLINA REY DE CASTRO, por RAFAEL DUARTE MARTÍNEZ 3067
«La dignidad de la persona humana», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JESÚS LÓPEZ MEDEL 3071
«Más allá de la capacidad de entender y querer (Un análisis de la figura italiana de la Administración de apoyo y una Propuesta de reforma del sistema tuitivo español)», de INMACULADA VIVAS TESÓN, por GABRIEL GARCÍA CANTERO 3073

REVISTA DE REVISTAS 3083

ESTUDIOS

Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas (*)

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ
Doctora Europea en Derecho
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Departamento de Derecho Civil UNED

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: UN CASO TÍPICO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO.

II. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO.

III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO:

1. ¿Por qué el derecho de adquisición preferente se ejercita normalmente como retracto y no como tanteo?
2. Enajenaciones que dan lugar al derecho de adquisición preferente: el retracto y la compraventa *intuitu personae*.
3. Cómputo del plazo para ejercitar el retracto y conocimiento de la transmisión por el arrendatario.
4. Efectos que produce el ejercicio del retracto arrendaticio rústico.
5. Sentido de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico.

(*) El presente artículo es un extracto de la tesis doctoral de la autora, titulada «Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico», dirigida por el Profesor Doctor don Carlos Lasarte Álvarez y que ha sido galardonada con el Premio Extraordinario de Doctorado.

I. INTRODUCCIÓN: UN CASO TÍPICO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

Cabría empezar con un caso típico en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico como resulta del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se vende una finca rústica arrendada y el arrendatario que tiene preferencia para comprarla, según el artículo 22.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR de 2003), puede encontrarse con las siguientes posibilidades:

a) El caso más frecuente es que ni el vendedor ni el comprador notifiquen la venta al arrendatario. Por tanto, habitualmente el arrendatario conoce la venta de la finca por sus propios medios y casi siempre una vez que ha tenido lugar la transmisión a favor del comprador (1). En ese caso el arrendatario suele acudir el Registro de la Propiedad y por medio de la inscripción de la transmisión de la finca arrendada puede conocer el precio y las restantes condiciones de la venta.

b) En ocasiones el comprador obstaculiza activamente el ejercicio de la preferencia ocultando al arrendatario la transmisión. En ese caso puede ocurrir que cuando el arrendatario conozca por fin la transmisión hayan transcurrido varios años (2). Por tanto, la subsistencia del retracto, después de transcurrido tanto tiempo, implica una grave perturbación para el tráfico jurídico.

c) También suele ocurrir que el arrendatario conozca la venta cuando el comprador ejercita la demanda de desahucio o la acción de resolución del contrato de arrendamiento o cuando requiere directamente al arrendatario para que desaloje la finca (3).

d) Algunas veces el comprador notifica la transmisión después de que el contrato de arrendamiento se haya extinguido (4), o bien realiza una notificación incompleta, ocultando por ejemplo el precio con el claro propósito de frustrar la acción de retracto (5).

---

(1) SSTS de 6 de febrero de 1979 *(RJA* 437), 18 de octubre de 1980 *(RJA* 3629), 16 de febrero de 1982 *(RJA* 741), 9 de febrero de 1984 *(RJA* 1128), 29 de abril de 1986 *(RJA* 2066), 31 de octubre de 1988 *(RJA* 7780), STS de 12 de febrero de 1991 *(RJA* 1198), 14 de noviembre de 1991 *(RJA* 8114), 10 de abril de 1992 *(RJA* 2990), 1 de marzo de 1996 *(RJA* 3869), 17 de junio de 1997 *(RJA* 5413), 2 de diciembre de 1999 *(RJA* 8972), 14 de junio de 2004 *(RJA* 5055), 17 de enero de 2007 *(RJA* 670), 9 de octubre de 2007 *(RJA* 6810), 13 de octubre de 2008 *(RJA* 5689), 21 de octubre de 2009 *(RJA* 5699) y 14 de diciembre de 2009 *(RJA* 284).

(2) STS de 6 de febrero de 1992 *(RJA* 834) y 3 de marzo de 1992 *(RJA* 1837).

(3) STS de 13 de mayo de 1940 *(RJA* 451).

(4) STS de 3 de agosto de 1939 *(RJA* 258) y 25 de noviembre de 1967 *(RJA* 4308).

(5) STS de 28 de junio de 2003 *(RJA* 4267).

En definitiva, rara vez el vendedor o el adquirente de la finca arrendada desarrollan una conducta cooperadora e incluso normalmente hacen lo posible para impedir el retracto. Puede que el arrendatario requiera al comprador para que le indique en qué condiciones ha tenido lugar la venta, singularmente el precio, pero habitualmente estos intentos son infructuosos. Por tanto, lo habitual es que el arrendatario se vea obligado a acudir a los Tribunales para hacer efectiva la preferencia.

Por otro lado, en el juicio de retracto el arrendatario se puede encontrar con los siguientes obstáculos:

1.º Es evidente la dificultad que presenta la prueba del hecho del conocimiento al tratarse de una situación fáctica, frente a la certeza y seguridad que implica la notificación fehaciente de la escritura pública de notificación. Los compradores tratan de beneficiarse de la incertidumbre a que da lugar el incumplimiento de su deber de notificar previsto en el artículo 22.3 de la vigente LAR. Por ello es frecuente que el comprador demandado alegue que entre el momento en que el arrendatario conoció la transmisión y aquel en que ejercitó la acción de retracto ha transcurrido un plazo superior al plazo de sesenta días hábiles previsto por el artículo 22.3 para ejercitar el retracto (6).
La discusión sobre si el retracto fue ejercitado en el plazo previsto legalmente constituye uno de los problemas típicos que se ha visto abocada a resolver la jurisprudencia del Tribunal Supremo: buena prueba de ello es que las dos sentencias más recientes relativas al retracto arrendaticio rústico, de 21 de octubre *(RJA* 5699) y de 14 de diciembre de 2009 *(RJA* 284) se ocupan precisamente de este problema al que haré referencia más adelante.

2.º Cuando el comprador ha esperado a notificar la transmisión a que se haya extinguido el contrato de arrendamiento, suele alegar en el juicio la improcedencia del retracto por no concurrir en el demandante la condición de arrendatario. Este supuesto ha sido contemplado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (7).

3.º La situación puede llegar a complicarse aún más en el caso de que el comprador hubiera realizado actos dispositivos sobre la finca. Por ejemplo si el comprador ha constituido sobre la finca una hipoteca o impuesto o cualquier otra carga. Igualmente puede suceder que haya

(6) Este es el caso de las y SSTS de 21 de febrero de 1944 *(RJA* 406), 25 de enero y 8 de mayo de 1951 *(RJA* 292 y 1298), 30 de enero de 1952 *(RJA* 211), 25 de marzo de 1957 *(RJA* 1022) y 5 de octubre de 1963 *(RJA* 3807).

(7) SSTS de 3 de agosto de 1939 *(RJA* 258), 13 de mayo de 1940 *(RJA* 451), 26 de junio de 1957 *(RJA* 2489), 25 de noviembre de 1967 *(RJA* 4308), 5 de diciembre de 1981 *(RJA* 5048), 30 de abril de 1990 *(RJA* 2812) y 28 de junio de 2003 *(RJA* 4267).

transmitido la finca a un tercero. En ese caso el arrendatario tendrá que ejercitar la acción, no solo contra el primer comprador, sino contra todos aquellos que hayan adquirido un derecho real sobre la finca con posterioridad al nacimiento del retracto (8).

Esto siempre y cuando el arrendatario sepa que el comprador ha realizado actos dispositivos de la finca rústica arrendada. En otro caso, aunque el arrendatario retrayente haya obtenido una sentencia estimatoria del retracto, se verá obligado a acudir a un nuevo procedimiento y solicitar que se declare la nulidad de tales actos y en su caso la cancelación de las correspondientes inscripciones (art. 38 LH).

Estos son solo algunos de los problemas más frecuentes que suscita el ejercicio de la preferencia adquisitiva del arrendatario rústico. Con la exposición de los mismos pretendo poner de manifiesto que estamos ante una figura problemática, que es fuente de numerosos litigios y, por tanto, lleva aparejada una disminución de la seguridad del tráfico jurídico de la finca rústica arrendada.

Además nos enfrentamos al estudio de una figura, «los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico», cuyo sentido y existencia suscita numerosas dudas. Esto queda evidenciado por la agitada vida legislativa que ha experimentado en los últimos tiempos. Por todos es sabido que una de las principales novedades de la LAR de 2003 es la supresión de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico que habían acompañado al contrato de arrendamiento rústico desde 1935. Sin embargo, al poco tiempo, cuando ni siquiera habían transcurrido dos años, estos derechos son reintroducidos por la Ley 26/2005, de modificación de la LAR, con un régimen jurídico sustancialmente idéntico al que tenían en la LAR de 1980.

II. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO

Sin embargo, los problemas no acaban ahí, ni en el Código Civil ni tampoco en las Leyes especiales sobre la materia aparece perfilados con la suficiente claridad los conceptos de tanteo y retracto. Por tanto, para estudiar los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico es preciso determinar previamente los conceptos de tanteo y retracto.

Esta falta de claridad es la causante de una polémica doctrinal aún no resuelta. Por lo que se refiere a los conceptos de tanteo y retracto son pocas las coincidencias en la doctrina:

---

(8) STS de 28 de abril de 1953 *(RJA* 1959), 9 de mayo de 1956 *(RJA* 2686), 20 de junio de 1980 *(RJA* 3079), 6 de marzo de 1984 *(RJA* 1201), 7 de julio de 1995 *(RJA* 5564), 15 de diciembre de 1996 *(RJA* 89799), 25 de septiembre de 1999 *(RJA* 66079).

a) Existe unanimidad en que tanteo y retracto legales son derechos de adquisición preferente, esto es, que dan a su titular la preferencia para adquirir el bien cuando el propietario pretende transmitirlo a una tercero (9). Este es el caso del arrendatario de una finca rústica, pero en nuestro Ordenamiento cabe citar otros ejemplos igualmente significativos: el retracto de comuneros y colindantes de los artículos 1523 y 1524 del Código Civil, los derechos de tanteo y retracto de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) de 1994 y el retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995 (en adelante LMEA).

b) Asimismo se suele decir que el tanteo procede antes de la venta y el retracto después (10).

Si tratamos de concretar algo más estas dos ideas básicas entramos en el terreno de la polémica. En síntesis, no existe acuerdo sobre si el retracto exige

---

(9) Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 511 a 523.

(10) IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de arrendamientos urbanos,* Bosch, Barcelona, 1955, pág. 100, realiza una síntesis perfecta de esa manera de concebir las relaciones tanteo-retracto: «[l]os derechos de tanteo y retracto están esencialmente vinculados y no son más que dos fases distintas de un mismo derecho de adquisición con preferencia, dos posibilidades distintas del ejercicio del mismo derecho, dos momentos que se han de entender lógica y cronológicamente entrelazados entre sí, sin solución de continuidad»; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español,* Barcelona, Bosch, 1958, págs. 27 a 45; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP,* 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP,* 1976, núm. LX, pág. 105; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil español,* vol. II, Derechos Reales, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP,* 1980, núm. XLIV, pág. 124; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 a 35; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio,* Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 55; COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *Instituciones de Derecho Civil,* tomo II (revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 352; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994,* Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIU REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional,* Civitas, Madrid, 1997, págs. 19; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág 512; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil,* tomo III, Derechos reales, vol. I, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 237 a 238 y 244, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 169.

o no que haya tenido lugar el efecto traditivo a favor del comprador, ni tampoco está claro en la doctrina si el tanteo requiere que se haya perfeccionado la venta.

Por tanto, un primer objetivo en el presente trabajo ha sido determinar el concepto de tanteo y retracto en el Derecho español como punto de partida para abordar el estudio de los derechos de tanteo y retracto que corresponden al arrendatario rústico. Para llegar a formular un concepto de tanteo y retracto es preciso responder a dos interrogantes:

1. ¿En qué momento pueden ser ejercitados respectivamente los derechos de tanteo y retracto?
2. ¿Cuál es la relación que vincula a tanteo y retracto? Este interrogante implica responder a otros tres:

   a) ¿Si es cierto que tanteo y retracto se diferencian por el momento en que operan? Es apreciación unánime en la doctrina que entre tanteo y retracto existe una relación de sucesión cronológica: esto es, el tanteo procede antes y el retracto después. Sin embargo, como explicaré a continuación, creo que un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto que verdaderamente no es así.

   b) Igualmente es necesario determinar si tanteo y retracto son o no dos manifestaciones de un mismo derecho o son derechos diferentes. Generalmente la doctrina considera que son manifestaciones de un único derecho cuando la Ley concede conjuntamente tanteo y retracto (11). Sin embargo en aquellos casos en que se concede el

(11) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER son los primeros en formular la concepción unitaria del tanteo y retracto como dos fases de un único derecho en sus comentarios a la obra de ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, vol. II, Gravámenes, 3.ª ed., al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99. Esta idea la importan del Derecho alemán. Así consideran que el término *Vorkauf,* que se aplica al derecho a la compra preferente cuando compete a terceros, debe ser traducido como tanteo. Estos autores reconocen que el *Vorkauf* es, en esencia, nuestro retracto legal, pero enmiendan la plana al Código Civil al traducir el vocablo *Vorkauf* como tanteo, porque consideran que el término retracto solo se ajusta a derecho a recuperar la cosa vendida, *Wiederkauf* en el BGB, retracto convencional en nuestro Código Civil. Teniendo en cuenta que la única diferencia entre tanteo y retracto es que el primero se ejercita antes de la venta y el segundo después, resulta que verdaderamente no son dos derechos distintos sino «dos fases de un mismo derecho, dos oportunidades para su ejercicio». Posteriormente la concepción unitaria ha sido acogida por un numeroso grupo de autores desde entonces hasta la actualidad. Este es el caso de GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias,* Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1950, págs. 10 y 11; BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos,* 4.ª ed, Editorial Marfil, Alcoy, 1954, págs. 133 a 153; MORAL Y DE LUNA, Alfonso del, «Los derechos de adquisición y el problema de su rango», en *AAMN,* 1954, tomo VIII,

retracto en solitario (v.gr., el retracto de comuneros y colindantes de los artículos 1522 y 1523 del CC y el retracto del art. 27 de la LMEA) la mayoría de la doctrina entiende que en este caso la preferencia únicamente puede ser ejercitada una vez que ha sido transmitida la propiedad de la finca, con todos los inconvenientes que conlleva para la seguridad del tráfico jurídico (*ex* art. 37

---

págs. 330 y 331; IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El Derecho de Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Bosch, Barcelona, 1956, págs. 15, 16 y 100; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español,* Bosch, Barcelona, 1958, págs. 45 a 47; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP,* 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP,* 1976, núm. XL pág. 105; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil español,* vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 638 a 696; RICA, Ramón DE LA, «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de esta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCDI,* 1979, núm. 589, pág. 1038; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP,* 1980, núm. LXIV, pág. 124; LLOMBART, M.ª de los Desamparados, «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP,* 1983, núm. LXVII, pág. 350; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 401 a 404; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio,* Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 57; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 528 a 529; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAM MUÑOZ), Edersa, Madrid, 1995, pág. 31; COCA PAYERAS, Miguel, y MUNAR BERNAT, Pedro A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 671; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la ley de Arrendamientos Rústicos Históricos,* Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 68; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994,* Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIU REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional,* Civitas, Madrid, 1997, págs. 21 y 22; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos,* 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 350; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 801 a 803; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil,* tomo III, Derechos reales, vol. I, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006 pág. 229; MAS BADÍA, M.ª Dolores, «Artículo 22.2 a 9», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (directores: Rafael, BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 460, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil,* tomo V, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 195, afirma que los derechos de tanteo y retracto se caracterizan por la «identidad de función y el momento temporal divergente», esto es, la diferencia entre ambos derechos consiste únicamente en el momento temporal al que cada uno de ellos está referido.

LH) (12). Por tanto, estamos ante una cuestión que no solo es meramente teórica, sino que tiene trascendencia práctica. También hay quienes incluso niegan que el tanteo tenga la condición de derecho de adquisición preferente (13).

3. Por último se plantea cuál es la terminología adecuada para referirse a estos derechos. La mayoría de la doctrina rechaza el término retracto por considerar que retraer significa volver a traer, esto es, readquirir, y por tanto únicamente es adecuado para referirse al retracto convencional (14). En consecuencia hay quienes consideran que lo adecuado sería hablar exclusivamente de tanteo distinguiendo entre el tanteo pread-

---

(12) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 802, manifiesta enérgicamente los inconvenientes que acarrea el retracto sin el tanteo cuando argumenta que: «(…) en el fondo son ganas de hacer y deshacer, ya que si, en definitiva, se concede a alguien derecho de adquisición respecto a cierta cosa, parece preferible que no tenga que esperar a que esta se haya enajenado, para entonces reclamarla, sino concederle la facultad (y establecer las disposiciones para que tenga efectividad) para hacérsela transmitir antes que aquel a quien se proyectaba enajenarla».

(13) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1993», en *CCJC,* 1993, núm. 33, pág. 1032, y DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales,* Dykinson, Madrid, 2000, págs. 22 a 46. Años antes, LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El derecho de preferencia,* Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960, pág. 148, en su estudio general de la preferencia en el Derecho español, al ocuparse de la preferencia adquisitiva excluye el tanteo de este ámbito por considerar que procede cuando existen unos meros tratos preliminares o incluso el propósito de vender del propietario. Por ende, también, a juicio de este autor, solamente el retracto tiene la condición de derecho de adquisición preferente, que procede una vez que el sujeto pasivo ha adquirido la propiedad de la cosa y es titular de un derecho subjetivo.

(14) Entre tantos cabe citar a GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias,* Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1950, pág. 12; CASALS COLDECARRERA, Miguel, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas,* Bosch, Barcelona, 1958, págs. 102 y 103; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español,* Barcelona, Bosch, 1958, pág. 34; ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theordor, y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª ed. al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio,* Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 35 a 37; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo XIX (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 528 y 529; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 16; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 346; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 y 803; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil,* tomo III, Derechos reales, vol. I, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333.

quisitivo y postadquisitivo según que sea ejercitado antes o después de la transmisión (15).

La respuesta a las cuestiones se obtiene, por un lado, en el estudio de nuestro Derecho histórico, de donde resulta que el concepto de tanteo y retracto es fruto de una evolución histórica singular y característica del Derecho español. De nuestro Derecho histórico cabe resaltar dos conclusiones:

1.ª Tanteo y retracto, aunque no son términos sinónimos, sí son ambivalentes, de modo que ambos sirven para referirse al derecho de adquisición preferente en todas sus manifestaciones. Aunque en algunos textos legales decimonónicos se reserva por primera vez el término tanteo al ejercicio de la preferencia como consecuencia del ofrecimiento previo del propietario (16), este sigue conservando su valor omnicomprensivo, como constata la conocida STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121).

2.ª El término retracto es perfectamente adecuado para referirse al retracto legal. Retraer no significa volver a traer. ALBORNOZ en su obra *El arte de los contratos* de 1573 explica que el sentido etimológico se evidencia cuando se contrapone a contrato (17). La palabra contrato viene de «tracto» y «con» y significa traer en uno las voluntades diversas: es decir, llegar un acuerdo. Sin embargo, retraer significa sacar lo ya traído: esto es, que después de celebrado el contrato se deshace lo que estaba hecho (18).

---

(15) ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *Derecho Hipotecario,* tomo III, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 647, es uno de los primeros defensores de esta opción terminológica de tanteo preadquisitivo y postadquisitivo (actualmente recogida en ROCA SASTRE, Ramón M.ª; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, y BERNÁ I XIRGO, Joan, *Derecho Hipotecario,* tomo V, Bosch, Barcelona, 2007). Años después le siguen COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica,* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 y 35; POU AMPUERO, Felipe Javier, «Derechos de adquisición preferente. Estudio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado,* 1994, núm. 160, págs. 1401, 1402 y 1409; COCA PAYERAS, Miguel, y MUNAR BERNAT, Pedro, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 671 a 674, y RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 605.

(16) Véase el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria de 1861 y especialmente los artículos 15 y 17 del Proyecto de Redención de Foros de 1877.

(17) DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contractos,* Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

(18) DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contractos,* Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

En la misma línea, siglos después RUBIO TORRANO en su estudio sobre el pacto de retroventa concluye que el término *retractus legalis* nace en el Derecho intermedio en Italia y Francia, primero para referirse al retracto legal y después se extiende al retracto convencional (19). El término *retractus* fue acogido por los autores españoles, como es el caso de Gregorio LÓPEZ, comentarista de las *Partidas* (20), y es utilizado por primera vez por las *Ordenanzas Reales de Castilla* (21). Por tanto, el término retracto fue producto de la creación doctrinal y luego fue acogido por los textos legales.

Esto demuestra el acierto del Código Civil al aplicar el término retracto, tanto al retracto legal como convencional, que tiene su fundamento en la tradición jurídica. De hecho actualmente tanto en el Derecho italiano como en el francés se sigue utilizando el término retracto para referirse al retracto legal (22).

Del análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo resultan los siguientes conceptos de tanteo y retracto:

1. El tanteo se ejercita a consecuencia del ofrecimiento previo del propietario de adquirir el bien objeto de la preferencia en las mismas condiciones que tiene convenidas con un tercero (23).
2. Por el contrario, el retracto puede proceder cuando el propietario transmite el bien sin notificación previa. La cuestión es: ¿Qué sucede cuando, en ausencia de notificación, el titular de la preferencia conoce, por sus propios medios, la venta meramente perfeccionada? En ese caso es procedente el retracto, pero con una particularidad: el plazo de caducidad no comienza hasta que no tenga lugar la transmisión y el retrayente

(19) RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa,* Tecnos, Madrid, 1990, págs. 28 a 33.

(20) *Las Siete Partidas,* glosadas por Gregorio López, Tomo II, Madrid, 1789.

(21) La Ley VI emplea por primera vez el término retracto cuando dice: «[m]as si antes que la heredad fuese vendida, no viniere el mas propincuo a retraer, y después que fuese vendida hasta nueve dias viniere, si diese el precio por que es vendida la heredad, háyala».

(22) En Francia es la doctrina la que emplea el término retracto, pues este vocablo fue abandonado por el Code de Napoleón y desde entonces lo desconocen los textos legales. De este hecho deja constancia GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Los derechos de adquisición en Francia», en *RDN,* 1965, núm. XLVIII, pág. 102, donde explica como el disfavor legal a los retractos se manifiesta en la no utilización del término retracto y en la falta de una reglamentación general de estos derechos de donde deriva la escasa importancia que tienen los preceptos que regulan derechos de preferencia esparcido en distintos textos legales.

(23) Cabe citar las STS de 23 de enero de 1957 *(RJA* 364), de 13 de abril de 1957 *(RJA* 1591), de 9 de junio de 1958 *(RJA* 2141)), de 30 de septiembre de 1960 *(RJA* 3155), de 30 de septiembre de 1960 *(RJA* 3156), de 21 de enero de 1961 *(RJA* 114), de 2 de febrero de 1961 *(RJA* 309), de 3 de julio de 1961 *(RJA* 3021) de 17 de marzo de 1962 *(RJA* 1748), de 12 de abril de 1962 *(RJA* 2022), 18 de enero de 1964 *(RJA* 207) y la STS de 24 de septiembre de 1997 *(RJA* 6860).

tenga conocimiento de la misma. El retrayente, en este caso, puede elegir entre ejercitar el retracto o esperar a que tenga lugar la transmisión (24).

3. Esto quiere decir:

   A) Una vez que el retrayente conoce la transmisión consumada se inicia el plazo para retraer con independencia de cuál sea el origen del conocimiento: la notificación de comprador o cualquier otro medio (25).
   B) Cuando se trata de una venta meramente perfeccionada, solamente la notificación del propietario tiene la virtualidad de poner en marcha el plazo de caducidad para ejercitar el tanteo (26).

4. Esto significa que tanteo y retracto no se diferencian por el momento en que operan, sino por la función que desempeñan. En efecto, como se deduce de la STS de 24 de septiembre de 1997 *(RJA* 6860), el tanteo se configura como un «retracto anticipado», que permite llegar a los mismos resultados antes de la transmisión de la propiedad. Y si su titular no lo ejercita, produce la extinción del derecho de adquisición preferente una vez transcurrido el plazo de caducidad.
5. Por último de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce la inherencia esencial tanteo-retracto, por lo que respecta a las relaciones entre ambos derechos. Esto es, la mención legal de cualquiera de ellos supone la concesión del otro; o lo que es lo mismo: el tanteo implica el retracto y a la inversa (27).
6. Esto quiere decir que, aunque en el Derecho vigente tanteo y retracto tienen un significado propio o específico, siguen siendo términos ambivalentes, al igual que ocurría en nuestro Derecho histórico. De hecho, su sentido etimológico es perfectamente conforme con esta ambivalencia: retracto significa deshacer lo acordado, y tanteo significa adquirir o sacar por el mismo tanto, ambos términos son aptos para denominar el derecho de adquisición preferente en todas sus manifestaciones.
   De ahí se deducen dos consecuencias:

---

(24) Cabe citar las SSTS de 26 de octubre de 1933 *(RJA* 416), 20 de mayo de 1943 *(RJA* 571) y la de 31 de diciembre de 1988 *(RJA* 7780).

(25) STS de 13 de noviembre de 1945 *(RJA* 1342) y 24 de septiembre de 1997 *(RJA* 6860).

(26) SSTS de 13 de noviembre de 1945 *(RJA* 1342) y 24 de septiembre de 1997 *(RJA* 6860).

(27) SSTS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg., núm. 121), 13 de noviembre de 1945 *(RJA* 1342), 5 de diciembre de 1950 *(RJA* 1698), 9 de marzo de 1961 *(RJA* 947), 21 y 17 de junio de 1960, 21 de enero de 1961 *(RJA* 114), y de 12 de abril de 1962 *(RJA* 2022), 22 de septiembre de 1993 *(RJA* 6654) y 24 de noviembre de 1997 *(RJA* 6860).

a) Es un acierto, por parte de nuestros textos legales, el empleo de los términos tanteo-retracto, a pesar de que esta diversidad terminológica haya sido rechazada por parte de nuestra doctrina.

b) Aunque el artículo 1521 del Código Civil hace referencia solo al retracto, lo hace en sentido amplio, y por tanto en él deben entenderse incluidos ambos derechos, tanteo y retracto. Esto es, el derecho de adquisición preferente con todas sus posibilidades.

Además la posibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta se ve apuntalada por los siguientes argumentos:

1.º A consecuencia de la vigencia de la teoría del título y modo en el Derecho español. Si en nuestro Derecho el proceso de transmisión del dominio se puede descomponer en dos momentos: venta perfecta y venta consumada mediante la *traditio* no hay ningún argumento para negar la posibilidad para ejercitar el retracto con venta perfecta. En ambos casos es perfectamente posible la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, según lo dispuesto en el artículo 1521 del Código Civil, que le permitirá convertirse en propietario del bien objeto de retracto (28).

2.º Nuestros textos legales tan solo contemplan expresamente el ejercicio del retracto, una vez consumada la transmisión a favor del comprador. Sin embargo, ningún texto legal prohíbe la actuación del retracto con venta perfecta. Probablemente lo que sucede es que el legislador se ha ocupado únicamente del caso más frecuente de ejercicio del retracto: cuando el propietario transmite el bien sin notificación previa (29). Por tanto, no hay motivo para imponer un límite a un derecho subjetivo cuando no está previsto legalmente.

3.º Desde un punto de vista práctico, lo más conveniente es que el retracto puede ser ejercitado tan pronto como tiene lugar la perfección de la venta principalmente por dos motivos: no solo es más beneficioso para el retrayente que no tendrá que hacer frente a los gastos previstos en el artículo 1518 del Código Civil. Sobre todo porque se evitan los peligros que para el tráfico jurídico supone el ejercicio del retracto una

(28) Izquierdo Alcolea, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de arrendamientos urbanos,* Bosch, Barcelona, 1955, pág. 89; Ballarín Marcial, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP,* 1956, tomo XL, pág. 293, y Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 20.

(29) Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 34.

vez consumada la transmisión, ya que a tenor del artículo 37 LH, el retracto legal prevalece incluso contra el tercero hipotecario.

III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

Una vez formulado el concepto de tanteo y retracto, estamos en condiciones de abordar el estudio de los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario rústico. Para ello me parece oportuno retornar al supuesto práctico que he planteado al inicio. En relación con el mismo cabe realizar las siguientes observaciones:

1.ª Normalmente el derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico se ejercita como retracto y no como tanteo. Buena prueba de ello es que desde que el derecho de tanteo fue introducido por la LAR de 1980, tan solo hemos encontrado una sentencia que enjuicie un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico: la STS de 22 de septiembre de 1993 *(RJA* 6654).

2.ª Aun cuando el artículo 22.2 LAR de 2003 concede los derechos de tanteo y retracto en todo caso de enajenación *inter vivos* de la finca rústica arrendada, lo cierto es que el supuesto típico de ejercicio del retracto arrendaticio rústico tiene lugar en caso de compraventa de la finca arrendada. Prueba de ello es que no hemos encontrado más de dos sentencias en las que el retracto se ejercita respecto a enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa (30).

3.ª Como ya dijimos, lo normal es que el retracto se ejercite cuando el arrendatario conozca la transmisión «por cualquier medio», supuesto previsto en el artículo 22.2 LAR de 2003. Rara vez el comprador notifica fehacientemente al arrendatario la escritura pública de transmisión.

A continuación voy a tratar de abordar los principales problemas que se plantean en relación el supuesto paradigmático de ejercicio de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico.

(30) Las SSTS de 18 de enero de 1996 *(RJA* 246) y de 7 de octubre de 1997 *(RJA* 7102).

1. ¿Por qué el derecho de adquisición preferente se ejercita normalmente como retracto y no como tanteo?

El porqué de la escasa virtualidad práctica del tanteo cuando el propósito del legislador es justamente el contrario: el artículo 22.2 LAR de 2003 concede el tanteo y, subsidiariamente, el retracto para el caso de que el arrendatario no haya podido ejercitar el tanteo. El propósito de la LAR es que la forma normal de ejercicio del derecho de adquisición preferente sea el tanteo y no el retracto.

Para ello articula el ejercicio del tanteo a través de la notificación. En efecto, de conformidad con el artículo 22.2 LAR de 2003, el propietario notificará de forma fehaciente al arrendatario las condiciones esenciales del contrato, y el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones.

Para que sea ejercitado el tanteo es necesario que el propietario notifique su proyecto de enajenación. Esto exige abordar la cuestión de la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo:

a) La notificación para el tanteo no es una oferta de contrato: si el tanteo presupone que el *dominus* tiene concertada la venta de la finca con un tercero, esto pone de manifiesto que realmente la voluntad del propietario es transmitir al tercero y no al arrendatario (31).

b) Tampoco es una obligación:

1. Si la notificación fuera obligatoria, su omisión debería dar lugar a la nulidad de la transmisión (32). Sin embargo la venta es inatacable y

---

(31) Lo cierto es que las sentencias que defienden la tesis de la oferta de contrato lo hacen en *obiter dictum* cuando se trata de resaltar que la actuación del tanteo produce la perfección del contrato. Así cabe citar las SSTS de 30 de enero de 1965 *(RJA* 1803) y de 9 de mayo de 1968 *(RJA* 3479), y la STS de 22 de septiembre de 1993 *(RJA* 6654). Por otro lado, existe un grupo significativo de sentencias, todas ellas referidas a supuestos del tanteo arrendaticio urbano de la LAU de 1964, cuya *ratio decidendi* es la de diferenciar entre la oferta de contrato como acto generador de la libre contratación y la notificación para el tanteo. Este es el caso de las SSTS de 13 de abril de 1957 *(RJA* 1591), de 3 de enero de 1957 *(RJA* 364), de 9 de junio de 1958 *(RJA* 2141), 17 de marzo de 1962 *(RJA* 1748) y 30 de octubre de 1963 *(RJA* 4258).

(32) Véase Riaza, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia,* Reus, Madrid, 1919, pág. 195. Para Barber Carcarcamo, Roncesvalles, *El retracto gentilicio,* Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 58, 60, 63, 338 y 339, la realización de la notificación no es obligatoria ya que su omisión no está sometida a sanción alguna; Amérigo Cruz, José, «Actuación notarial en la LAU», en *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos,* Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (dirigido por Alfonso Ventoso Escribano), Civitas, Madrid, 1996, pág. 340, señala que la notificación no es imprescindible porque la Ley no prevé la nulidad del acto.

lo que sucede en ese caso, a tenor del artículo 22.2 LAR de 2003, es que el arrendatario podrá ejercitar el retracto (33).

2. Además la consecuencia lógica sería que el arrendatario que no pudo ejercitar el tanteo no tendría porque hacerse cargo de los gastos previstos en el artículo 1.518 del CC (singularmente los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida por el nuevo propietario) (34).

La notificación es un acto de estructura compleja. Para comprender la naturaleza de la notificación hay que distinguir dos fases en su vida:

1.ª La notificación es un acto potestativo del *dominus:* el propietario de la finca arrendada es libre de notificar o no.

2.ª Sin embargo, una vez realizada la notificación, produce los efectos determinados *ex lege* al margen de la voluntad de su autor. El efecto principal, según el artículo 22.2 LAR, es el nacimiento del derecho de tanteo, que permite al arrendatario adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas, y el nacimiento del plazo de caducidad para su ejercicio.

Por tanto, se puede concluir que la notificación para el tanteo es un acto jurídico no negocial: en la medida que, aunque su realización es voluntaria, produce los efectos previstos por la Ley. Asimismo, la notificación es una carga para el *dominus:* debe realizar la notificación si desea liberarse de la amenaza que para la venta que ha proyectado implica el retracto.

Dicho esto retornamos a la cuestión inicialmente planteada: ¿Por qué carece de eficacia el tanteo? Sencillamente porque el propietario no notifica. En su lugar la conducta habitual del propietario es transmitir la finca al tercero sin notificarlo previamente al arrendatario. En la práctica no se cumple la premisa de la que parte la LAR de 2003: que al vendedor le es indiferente la persona del comprador mientras consiga el resultado económico previsto en el contrato. Dicho de otro modo: en numerosas ocasiones existen móviles subjetivos, que a pesar de que no han sido incorporados al contrato de compraventa, suponen que al propietario no le sea indiferente sea quien sea el adquirente. Por ello en uso de su libertad de disposición vende al tercero y no al arrendatario (35).

---

(33) Igualmente esta es la solución acogida por el artículo 25 LAU 1994 y por los artículos 1638 y 1639 del Código Civil para la prelación enfitéutica.

(34) De hecho ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 803, en coherencia con la posición que defiende sobre el carácter obligatorio de la notificación para el tanteo, insinúa la injusticia de la imposición de los gastos del artículo 1518 cuando el propietario haya incumplido su obligación de notificar la venta al arrendatario.

(35) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en *CCJC,* 1993, núm. 33, pág. 1031.

Por ello se plantea otro interrogante: ¿Debería configurarse la notificación para el tanteo como una obligación legal, tal y como ha apuntado un sector de la doctrina teniendo en cuenta que lo deseable es que la preferencia se haga efectiva antes de la transmisión? Si la notificación fuera obligatoria implicaría los siguientes pasos: su omisión debería implicar la nulidad de la transmisión realizada y a continuación el propietario tendría que vender la finca al arrendatario. Además, ambas actuaciones deberían acceder al Registro de la Propiedad mediante las correspondientes operaciones de cancelación e inscripción (art. 38 LH). El retracto tiene como ventaja de la economía de medios el conseguir idéntico resultado en un solo acto. De modo que se podría concluir que el retracto constituye la alternativa del legislador al carácter obligatorio de la notificación para el tanteo. Esto es, que la notificación sea una carga y no una obligación responde a una meditada opción legislativa (36).

2. Enajenaciones que dan lugar al derecho de adquisición preferente: el retracto y la compraventa *intuitu personae*

Según el artículo 22.2 LAR de 2003, los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico se conceden en toda enajenación *inter vivos* de la finca rústica arrendada. El artículo 22.2 distingue entre la compraventa y las demás transmisiones a la hora de fijar la contraprestación que corresponde al arrendatario retrayente.

En el caso habitual de que la enajenación tenga lugar mediante compraventa el retrayente deberá abonar el precio de la venta. La cuestión es ¿cuál es el fundamento de esta obligación? La respuesta depende de quién sea el sujeto pasivo del retracto:

a) Si el retracto se ejercita respecto de una venta meramente perfeccionada, se trata de asegurar al propietario vendedor la consecución del mismo resultado práctico que pretendía con la venta que ha concertado con el tercero.

b) Si se ejercita respecto de una venta consumada, dado que el adquirente no pretende desprenderse de la propiedad de la finca, tan solo es posible asegurar su indemnidad patrimonial *ex ante,* evitando que su patrimonio

(36) Batlle Vázquez, Manuel, *La propiedad de casas por pisos,* 3.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1956, pág. 136, lo explica con suma claridad: «[r]eferirse a la doctrina de la anulabilidad, cuando su motivo es una preferencia para adquirir y su declaración la base de esa adquisición preferente, es sencillamente hablar del derecho de retracto, descomponiendo su esencia y refiriendo a dos momentos y dos actos lo que puede ser contenido en un solo proceso de tramitación mucho más rápida y sencilla que la del juicio declarativo en que habría de ventilarse la nulidad».

> quede en peor situación que en la que estaba antes de su adquisición. Pero en ningún caso tiene derecho a que le sean compensados el lucro cesante: los beneficios que ha dejado de obtener por la pérdida de la propiedad de la finca (37).

En el caso de transmisiones distintas a la venta, según el artículo 22.2 LAR de 2003, el arrendatario deberá abonar el valor de tasación de la finca arrendada: el precio justo de la finca determinado en vía civil de acuerdo con las normas que establece la legislación de expropiación forzosa. Sin embargo, como hemos visto, este supuesto en la práctica es poco frecuente.

Un supuesto problemático es el de las compraventas *intuitu personae*. Esto es, en aquellas en que no existe una causa objetiva porque se han incorporado a las mismas condiciones subjetivas o personalísimas que hacen que la identidad del adquirente sea determinante. De modo que el cambio de la identidad del adquirente supone la frustración de la causa del contrato.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo destacan dos supuestos: cuando se ha pactado un precio especialmente ventajoso para el comprador en virtud de la relación de parentesco que le vincula con el comprador [STS de 21 de enero de 1993 *(RJA* 6651)]. Otro ejemplo recurrente en la jurisprudencia es el de venta de nuda propiedad con reserva de usufructo cuando la relación personal entre comprador y vendedor es parte esencial de la causa del contrato. Este supuesto resulta especialmente problemático cuando el retracto se ejercita después de consolidado el dominio a favor del nudo propietario como consecuencia de la extinción del usufructo. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha optado por dar a estos supuestos el mismo tratamiento que a una compraventa ordinaria, de modo que al retrayente le basta con abonar el precio de la nuda propiedad para adquirir la propiedad del bien (38).

Sin embargo, al tratarse de ventas *intuitu personae* podría considerarse que estos casos merecen el mismo tratamiento que el artículo 22.2 de la Ley de 2003 da a las restantes enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa, de modo que el retrayente deberá abonar el valor de tasación de la finca y no el precio ventajoso establecido en atención a la identidad del comprador. Justamente esta fue la solución acogida por el Tribunal Supremo bajo la vigencia

---

(37) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos,* 3.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1956, pág. 136, lo explica con suma claridad: «[r]eferirse a la doctrina de la anulabilidad, cuando su motivo es una preferencia para adquirir y su declaración la base de esa adquisición preferente, es sencillamente hablar del derecho de retracto, descomponiendo su esencia y refiriendo a dos momentos y dos actos lo que puede ser contenido en un solo proceso de tramitación mucho más rápida y sencilla que la del juicio declarativo en que habría de ventilarse la nulidad».

(38) SSTS de 6 de febrero de 1992 *(RJA* 834) y la de 3 de marzo de 1992 *(RJA* 1837).

de la LAR de 1935 en los casos de venta de nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo (39).

Que esta es la solución más adecuada queda evidenciado si procedemos a la calificación técnica del supuesto:

— En una primera fase se transmite la nuda propiedad. Además se puede decir que el nudo propietario tiene la expectativa de adquirir la plena propiedad del bien cuando muera el usufructuario. Realmente existe algo más que una expectativa de derecho. Es seguro que el usufructuario va a morir, aunque no sepamos cuándo. Por tanto junto a la nuda propiedad, el tercero adquiere un derecho subjetivo aplazado de usufructo. Si ejercita el retracto en ese momento, su contraprestación debería comprender además del valor de la nuda propiedad, el valor del derecho subjetivo aplazado de usufructo (40).
— Una vez consolidado el domino por la extinción del usufructo si se ejercita el retracto el arrendatario debería abonar el valor de tasación de la finca, según está previsto en el artículo 22.2 LAR de 2003 para las enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa (41).

---

(39) SSTS de 26 de enero de 1954 *(RJA* 68) y de 15 de octubre de 1958 *(RJA* 2969).

(40) El profesor De Castro y Bravo, Federico de, *Derecho Civil de España,* tomo I (edición facsímil), Civitas, Madrid, 1991, págs. 608 y 609, cuando se ocupa del estudio de los diversos tipos de situaciones interinas, defiende la tesis de que en los supuestos en los que existe «la firmeza de la existencia del derecho» es preferible desechar el término expectativa de derecho y hablar de «titularidades temporalmente limitadas», que están integradas por la categoría de los derechos subjetivos aplazados. Este autor describe sencillamente cuál es la estructura de los derechos aplazados: nos encontramos ante un derecho subjetivo que transitoriamente ostenta dos titulares, uno actual y otro futuro, «cuya titularidad respectiva resulta determinada por la llegada del término». El caso de transmisión de nuda propiedad con reserva del usufructo vitalicio encaja perfectamente en esta definición. En efecto, se produce una situación jurídica interina respecto al derecho de usufructo: provisionalmente su titular es el vendedor de nuda propiedad y primitivo propietario del bien, pero cuando este fallezca pasará a ser titular definitivo del usufructo el nudo propietario y, por ende, tendrá lugar la consolidación del pleno dominio. De momento el derecho de usufructo corresponde al transmitente de la nuda propiedad, pero el nudo propietario es titular de un derecho de usufructo aplazado o sometido a término inicial. En este caso es la muerte del usufructuario que ciertamente se va producir aunque no sepamos cuando. Es, por ende, un término *certus an incertus cuando.* Además constituye una transmisión del derecho de usufructo a título gratuito y *mortis causa,* ya que produce sus efectos con ocasión del fallecimiento de quien es titular provisional del derecho de usufructo.

(41) Una cuestión trascendental que se plantea respecto a los «derechos subjetivos aplazados» es el momento en que tienen lugar el nacimiento de los mismos. Castro y Bravo, Federico de, *Derecho Civil de España,* tomo I (edición facsímil), Civitas, Madrid, 1991, pág. 610, repudia las tesis que distingue entre la existencia del derecho y la posibilidad de su ejercicio, y afirma que el derecho aplazado existe y se transmite desde que se enajena a término, lo que ocurre es que en los derechos transmitidos a término los sujetos tienen «una titularidad *pro rata temporis»* sobre el derecho subjetivo, que en esta medida pertenece a

Como hemos visto *supra* el caso típico de ejercicio del retracto cuando la venta de la finca arrendada no ha sido notificada al arrendatario y este conoce por cualquier otro medio la transmisión. El artículo 22.2 LAR de 2003 dispone que en defecto de notificación, el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles a partir de la fecha en que por cualquier medio haya tenido conocimiento de la transmisión.

Así frecuentemente el comprador se ampara en la incertidumbre del conocimiento obtenido sin notificación fehaciente para alegar que el retracto fue ejercitado fuera de plazo. Ahora bien, estas pretensiones de burlar el retracto se han encontrado con un obstáculo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual para que el conocimiento pueda poner en marcha el plazo para retraer ha de ser «completo, exacto, cumplido y cabal, abarcando una noticia exacta de todos los extremos esenciales y no esenciales». En este sentido cabe citar numerosas sentencias, la más reciente de STS de 17 de enero de 2007 *(RJA* 670) (42).

Esta jurisprudencia parece entrar en contradicción con otras sentencias que se conforman con que el arrendatario conozca las condiciones esenciales de la venta y con la propia LAR de 2003 que en el artículo 22.2, cuando precisa el contenido de la notificación para el tanteo, se refiere a los «elementos esenciales del contrato». A modo de ejemplo cabe citar las SSTS de 13 de diciembre de 1940 *(RJA* 459), 2 de diciembre de 1941 *(RJA* 1402), 12 de mayo de 1942 *(RJA* 716), 9 de noviembre de 1945 *(RJA* 1341) y 29 de enero de 1973 *(RJA* 180). Por otro lado, carece de toda lógica exigir que el arrendatario conozca todos los detalles de la transmisión aún cuando sean insignificantes.

La aparente contradicción se disuelve si atendemos a la finalidad del artículo 22.2 LAR de 2003, cuando exige que el arrendatario conozca la transmisión para que comience el plazo de caducidad para retraer: el plazo no debe comenzar hasta que tenga un conocimiento suficiente de la transmisión para decidir si le interesa adquirir la propiedad de la finca arrendada mediante el retracto.

Por tanto, la clave está en el artículo 1521 del Código Civil, que dispone que el retrayente tiene derecho a adquirir la finca subrogándose en las mismas condiciones pactadas con el adquirente. Esto quiere decir que se trata de que el arrendatario conozca del derecho que va adquirir y cuanto le va a costar:

1. Debe conocer aquellas condiciones que modulan (o perfilan) la extensión del derecho de propiedad: sus cargas y limitaciones, si la adqui-

---

cada uno de sus patrimonios, y hay una «coexistencia interna de titularidades» del derecho aplazado y del derecho puro que tienen un contenido distinto.

(42) SSTS de 21 de marzo de 1969 *(RJA* 3662), 30 de octubre de 1972 *(RJA* 4672), 8 de octubre de 1975 *(RJA* 3483), 6 de febrero de 1979 *(RJA* 437), 12 de diciembre de 1986 *(RJA* 7436), 6 de junio de 1988 *(RJA* 4820), 14 de noviembre de 1991 *(RJA* 8114), 6 de febrero de 1992 *(RJA* 834), 14 de noviembre de 1991 *(RJA* 8114), 2 de diciembre de 1994 *(RJA* 7850), 25 de mayo de 2001 *(RJA* 3382), 14 de noviembre de 2002 *(RJA* 9919) y 13 de noviembre de 2006 *(RJA* 9025).

sición está sometida a término o condición y cualquier otra condición que perfile los contornos del derecho de propiedad.

2. Debe conocer el precio que debe reembolsar al comprador y en su caso las modalidades de pago (43).

Tampoco el Tribunal Supremo ha permitido que el arrendatario se ampare en la dificultad que implica la prueba del hecho del conocimiento para demorar injustificadamente el ejercicio del derecho de retracto. Las SSTS de 19 de noviembre de 1955 *(RJA* 2943), 26 de abril de 1965 *(RJA* 2028), 15 de febrero de 1971 *(RJA* 1335), 29 de enero de 1973 *(RJA* 180), 15 de diciembre de 1975 *(RJA* 5087), 30 de abril de 1990 *(RJA* 2812), 3 de abril de 2001 *(RJA* 3992) y 21 de octubre de 2009 *(RJA* 5699), parten de la equivalencia entre la posibilidad de conocimiento y el conocimiento efectivo para computar el plazo para retraer. Por tanto, el plazo para retraer debe computarse desde el mismo momento en que se notifica al arrendatario o este conoce por cualquier medio los datos necesarios para conseguir un conocimiento exacto de las circunstancias de la transmisión. Estos datos son: la fecha de otorgamiento de escritura pública y el notario autorizante, así como los datos indicadores de la inscripción en el Registro Inmobiliario. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe esperar al momento en que el arrendatario se decida a desarrollar la actividad necesaria que le permita obtener conocimiento completo de la venta. Esto sería tanto como dejar al arrendatario decidir cuándo ha de comenzar el plazo para retraer con la perturbación que acarrea para la seguridad del tráfico jurídico.

4. Efectos que produce el ejercicio del retracto arrendaticio rústico

Una vez ejercitado el retracto, el arrendatario se convierte en propietario de la finca. La cuestión es cómo jurídicamente se consigue este efecto último de la adquisición de la propiedad por el arrendatario. La respuesta no está en la LAR de 2003, sino en el artículo 1521 del Código Civil, cuando dispone que el retrayente se subroga en el lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión.

La cuestión es determinar en qué consiste la subrogación del artículo 1521 del Código Civil. La clave está de nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se deduce que (44):

---

(43) Rodríguez Morata, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994,* Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 155, y Coca Payeras, Miguel, y Munar Bernat, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 696.

(44) SSTS de 9 de marzo de 1999 *(RJA* 1994) y 14 de junio de 2004 *(RJA* 5055).

a) El retracto arrendaticio rústico constituye un supuesto de *adquisición derivativa* de la finca: el retrayente adquiere idéntico derecho de propiedad que le correspondía al comprador, y en consecuencia con las mismas cargas y limitaciones que afectan al derecho de propiedad del comprador (45), (46).

b) Se trata de una *subrogación retroactiva con efectos ex tunc:* deriva la ineficacia de los actos de disposición, modificación y limitación del derecho de propiedad que realice el comprador retraído con posterioridad a la compra.

5. Sentido de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico

Por último, quisiera concluir haciendo referencia al sentido de la subsistencia de los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario rústico. La LAR de 2003 suprime estos derechos por diversos motivos. Una de las principales preocupaciones de la nueva LAR es el incremento del tamaño de las explotaciones agrarias con el fin de mejorar la productividad de las mismas. Para ello

---

(45) En el mismo sentido, Clemente De Diego, Felipe, «Derecho de retracto. Momento inicial de su ejercicio», en *Dictámenes jurídicos,* tomo II, Obligaciones y contratos, Bosch, Barcelona, 1919, págs. 361 a 376; Ballarín Marcial, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP,* tomo XL, 1956, pág. 292; García Amigo, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP,* 1976, núm. LX, pág. 130; Linares Noci, Rafael, «La prelación enfiteútica», en *RDP,* 1986, tomo III, pág. 759; Coca Payeras, Miguel, *Tanteo, Retracto, Función social de la propiedad y competencia autonómica,* Publicaciones del Gran Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 56; González Pacanowska, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca,* Universidad de Murcia, 1988, págs. 331 y 332; Barber Cárcamo, Roncesvalles, *El retracto gentilicio,* Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 467; García Cantero, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 483; Cabanillas Sánchez, Antonio, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 989; Coca Payeras, Miguel, y Munar Bernat, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 674, y Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil,* III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 811 y 812.

(46) A falta de determinación específica, la adquisición del retrayente se somete a las reglas generales del título y el modo vigentes en nuestro ordenamiento, *ex* artículo 609 del Código Civil. Véase Ballarín Marcial, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP,* 1956, tomo XL, pág. 294; Rubio Torrano, Enrique, *El pacto de retroventa,* Tecnos, Madrid, 1990, pág. 116, y García Cantero, Gabriel, «Comentario a la STS de 5 de julio de 1980», en *ADC,* 1980, fascículo IV, pág. 183; Coca Payeras, Miguel, y Munar Bernat, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 700.

la LAR entiende que es vital favorecer la movilidad de la tierra. Sin duda el tanteo y el retracto constituyen un freno para lograr esta movilidad. Es un obstáculo para arrendar o vender una finca que el arrendatario goce de los derechos de tanteo y retracto. Paradójicamente la Ley 26/2005, que reforma la LAR de 2003, reintroduce estos derechos apoyándose precisamente en la necesidad de favorecer la movilidad de la tierra.

En suma, la razón de existir de estos derechos suscita numerosas dudas (47). Aunque su eliminación podría resultar demasiado radical dado que estos derechos han estado tradicionalmente unidos a la condición de agricultor en propiedad ajena, de hecho nacen con la LAR de 1935. Quizá hubiera sido una medida acertada restringir su ámbito de aplicación como consecuencia de la pérdida de importancia de estos derechos en el seno de la política agraria y porque constituyen una figura polémica fuente de abundantes litigios.

Por ello, parece que lo más acertado hubiera sido limitar el ámbito de los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico a través de dos medidas:

1. Que estos derechos hubieran quedado limitados a los casos de compraventa y dación en pago, excluyéndolos respecto de las demás transmisiones *inter vivos.*
2. Asimismo hubiera sido deseable que implicasen una relación de permanencia del arrendatario con la finca: así, cuando las partes hubieran pactado una duración del contrato de arrendamiento muy superior al plazo mínimo legal, por ejemplo diez años, o que se hubiera rebasado el plazo legal mediante la acumulación de un las prórrogas legales tácitas previstas en el artículo 12 LAR de 2003.

(47) De hecho la desaparición de estos derechos fue uno de los temas más debatidos en la tramitación parlamentaria de la Ley. En el Congreso se presentaron tres enmiendas a la totalidad y cuatro enmiendas parciales que propugnaban el reconocimiento de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario por entender que tales derechos eran connaturales al arrendamiento rústico: [enmiendas núms. 1, 2 y 3, y 25, 53 y 85 111 BOCG (Congreso de los Diputados, A, núm. 164.4, de 11 de septiembre de 2003)]. Estas enmiendas se reiteraron con parecidos términos y justificaciones en el Senado [propuesta de veto núm. 1 y 2 y enmiendas núms. 19, 57 y 89 —BOGC, Senado, II, núm. 161 c) y d), de 20 de octubre de 2003—]. Ninguna de ellas prosperó gracias a la mayoría absoluta del Gobierno en el poder.

RESUMEN

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS
DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Los derechos de adquisición preferente, a favor del arrendatario rústico, se configuran como una figura problemática en su ejercicio al ser fuente de numerosos litigios, con la consiguiente perturbación que conlleva para el tráfico jurídico. Además en los últimos tiempos, tras los vaivenes legislativos que ha sufrido esta figura, no está claro ni siquiera el sentido de su propia existencia. El presente trabajo se propone suministrar una visión panorámica de los principales problemas que suscitan los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico, al mismo tiempo que se proponen soluciones a cada uno de los problemas enunciados.

ABSTRACT

RURAL LEASES
RIGHT OF FIRST REFUSAL

The rural lessee's right of first refusal is a problematic thing to exercise, leading to a great deal of litigation and eddying the smooth flow of business as a result. In addition, because the pertinent legislation has changed back and forth repeatedly, the very reason why such a right even exists is no longer clear of late. This article proposes to give a panoramic view of the main problems, while proposing solutions for each.

(Trabajo recibido el 18-8-2011 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro

por

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA LÓGICA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO INMOBILIARIO.

III. ¿Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL?

IV. ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL ANTE CASOS SINGULARES DE PROPIEDAD EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS:

1. Los adarves.
2. Los engalabernos.
3. Los cobertizos.

V. LA PROYECCIÓN DE FUTURO DE ESTAS CONSTRUCCIONES.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El paisaje urbano que presentan muchas de nuestras ciudades no es el resultado de un pensamiento preconcebido y ordenado propio de un planeamiento diseñado y dirigido como ocurre en la actualidad. Por el contrario, salvo ciudades de reciente «creación» y las nuevas expansiones de las mismas, la ciudad histórica representa un ente complejo que ha ido desarrollándose a lo largo de los siglos, superponiendo sobre un determinado territorio una trama viaria y un conjunto de edificios de diferentes tipologías y estilos arquitectónicos. Según la definición del artículo 26.2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (en adelante LPHA), «*son conjuntos históricos las agrupaciones de construcciones urbanas o rurales junto con los accidentes geográficos que las conforman… con coherencia suficiente para constituir unidades susceptibles de clara delimitación*».

Lo que caracteriza, por tanto, a muchas de nuestras ciudades y sobre todo a sus conjuntos históricos es precisamente la agrupación de construcciones diversas sobre un mismo soporte geográfico. Lo que ocurre con la ciudad de Granada (como con otras de nuestra geografía) es paradigmático de esto que afirmamos porque una ciudad de origen hispano-musulmán al tiempo de la reconquista, se encuentra con dos tendencias contrapuestas en su desarrollo: la antigua cultura castellana y el renacimiento de Italia que entró con fuerza en la idea de la ciudad (1).

Este enfrentamiento se hace patente desde que los primeros viajeros europeos llegan a Granada tras la reconquista de la ciudad por los Reyes Católicos. Así, a Jerónimo MÜNZER, que visitó dicha ciudad en 1494, le llamó la atención la estrechez de sus calles: «*Tiene las calles tan estrechas y angostas, que las casas en su mayoría se tocan por la parte alta, y por lo general un asno no puede dejar paso a otro asno, como no sea en las calles más famosas, que tienen de anchura quizá cuatro o cinco codos, de manera que un caballo puede dejar paso a otro*»; así como el tamaño y distribución de las casas, en comparación con las cristianas: «*En tierra de cristianos, una casa ocupa más espacio que cuatro o cinco casas de sarracenos. Por dentro son tan intrincadas y revueltas, que las creerías nidos de golondrinas»* (2).

Este contraste entre la forma de la ciudad cristiana y musulmana tiene su origen en su propia concepción jurídica. Para TORRES BALBÁS, «*el derecho, inseparable de la religión en la sociedad islámica, no preveía organización alguna urbana o municipal como la que tuvieron las ciudades romanas y la incipiente que surgió en las cristianas a partir de los siglos XI-XII… a falta de*

(1) Vid. GÓMEZ-MORENO, *Guía de Granada.* Universidad de Granada. Instituto Gómez Moreno de la Fundación Rodríguez-Acosta, Granada, 1982, págs. 6 y 7.

(2) MÜNZER, Jerónimo, *Viaje por España y Portugal. Reino de Granada.* Asociación Cultural Hispano-Alemana, Granada, 1981, pág. 30.

instituciones municipales, todo lo referente al aspecto urbano y a las edificaciones regíase por la tradición y la ciudad se renovaba por voluntad individual apenas limitada» (3).

También la configuración islámica de las calles, distinguiendo las principales, de tránsito, de las que dan acceso a las viviendas, en forma arborescente, choca radicalmente con la concepción occidental, de origen romano, en base a un trazado más o menos hipodámico. Como señala CHUECA GOITIA: *«la ciudad occidental, sea clásica, medieval o moderna, se organiza de fuera a dentro, desde la calle, espacio colectivo, hacia el interior de la casa, espacio doméstico. Pero siempre es la calle lo predominante desde el punto de vista morfogenético. En cambio, en la ciudad islámica todo se constituye de dentro a fuera, perdiendo, todo valor estructural el espacio colectivo, es decir, la calle. Por eso no ha de extrañarnos la falta de sentido que tienen las "pseudocalles" de las ciudades islámicas si queremos entenderlas con un enfoque occidentalista. Carecen de sentido si aplicamos las nociones nuestras a una realidad que parte de unos supuestos totalmente diferentes. En cambio, si tratamos de comprender estos supuestos, los que dieron origen a este tipo de ciudad, todo nos resultará más claro y descubriremos el sentido que antes no acertábamos a desentrañar*» (4).

Con estas palabras iniciales lo que se pretende es incidir en la idea de que el legado histórico inmobiliario que nos ha llegado es de un valor extraordinario, porque supone una forma de vida que hace ciudad. Por ello, es deber de todos hacer lo necesario para solucionar los problemas que estas formas singulares de propiedad inmobiliaria plantean. Eso sí considerando, con carácter general, que no se puede tratar todas las situaciones especiales de propiedad urbana de la misma manera o desde un único punto de vista.

Y es que, efectivamente, veremos que no toda la propiedad se desarrolla en vertical sobre un determinado terreno; la realidad es mucho más rica y compleja.

Y esta realidad, que preexiste en las ciudades históricas, tiene que ser entendida y protegida desde la perspectiva pública (quizá no solo protegiendo lo preexistente sino incluso facilitando —si los diseños y soluciones constructivas lo permiten— su formulación en la ciudad moderna) y también desde el Derecho Privado, proponiendo soluciones para las cuestiones que surjan entre particulares y de estos con los organismos públicos.

Y ello porque, además, como tendremos ocasión de analizar, esa protección, estudio o consideración de estas formas históricas de propiedad urbana tiene gran interés en la actualidad porque curiosamente se están produciendo

---

(3) TORRES BALBÁS, Leopoldo, *Ciudades hispano-musulmanas,* Tomo I, Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, Instituto Hispano-Árabe, Madrid, pág. 71.

(4) CHUECA GOITIA, Fernando, *Breve historia del urbanismo,* Alianza Editorial, Madrid, 2000, pág. 76.

circunstancias constructivas que bien pudieran parecerse, en cuanto a la forma de configurarse jurídicamente, a determinadas figuras inmobiliarias históricas. Pero vayamos por partes.

II. LA «LÓGICA» PROTECCIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO PREEXISTENTE INMOBILIARIO

Lo primero a considerar en este estudio en el que nos referimos a formas arquitectónicas históricas es la protección que nuestro rico patrimonio tiene hoy día que, ciertamente, cuenta con una importante trayectoria. ¿Cómo protege la Ley el patrimonio histórico? En primer lugar, establece para los propietarios de bienes inmuebles el deber de conservación, deber que la legislación urbanística establece con carácter general para todos los inmuebles. Así, se ve con claridad en el artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante TRLS), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (5), y en el mismo sentido se pronuncian las Comunidades Autónomas (por ejemplo, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, especifica el deber de conservación, en su art. 155) (6).

Pero este deber de conservación «general» para los propietarios de todos los inmuebles, se hace especialmente incisivo y gravoso para los edificios pertenecientes al Patrimonio Histórico, que son no solo los declarados Bien de Interés Cultural (BIC), sino también los incluidos en sus entornos, los pertenecientes a Conjuntos históricos, y los catalogados por el planeamiento urbanístico. Es decir, que una gran parte de los inmuebles de las ciudades históricas están afectados por este deber «especial» de conservación, establecido en las leyes urbanísticas y sobre todo en la legislación de Patrimonio Histórico.

---

(5) Señala el precepto que: *«el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles, así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación».*

(6) *«Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo»,* añadiendo a continuación que: *«el deber de los propietarios alcanza hasta la ejecución de los trabajos y obras cuyo importe tiene como límite el contenido normal del deber de conservación»,* que se concreta en el párrafo siguiente señalando que: *«el contenido normal del deber de conservación está representado por la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil o, en su caso, de dimensiones equivalentes que la preexistente, realizada con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable».*

Así, el artículo 36.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE) establece que: «*Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes*». Y en Andalucía, la LPHA señala en su artículo 14.1, que «*las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores*» (7).

En otro orden de cosas, y para los conjuntos históricos, la LPHE establece en su artículo 21.3 que «*la conservación de los Conjuntos Históricos declarados Bienes de Interés Cultural comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y solo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del conjunto. En todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanas existentes».* La LPHA, por su parte, establece en el artículo 31 el contenido mínimo de los planes urbanísticos que afecten a los conjuntos históricos o a sus ámbitos, determinando el «*mantenimiento de la estructura territorial y urbana*» (1.b), «*la conservación de las características generales del ambiente*» (1.f), «*el mantenimiento de las alineaciones, rasantes y el parcelario existente*» (2.a), y «*la regulación de los parámetros tipológicos y formales de las nuevas edificaciones con respeto y en coherencia con los preexistentes*» (2.b), añadiendo así nuevas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de bienes inmuebles enclavados en conjuntos históricos, de manera que, en la práctica, para estos propietarios el deber de conservación no tiene límite.

III. ¿Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL?

Vista, con carácter general, la necesidad legal de la protección a nuestro patrimonio histórico, vamos a ver también cómo afecta dicha legislación al propietario de uno de estos inmuebles protegibles. Como ya se sabe, desde que el artículo 348 del Código Civil reconociera el derecho a la propiedad

(7) Referido a los bienes inmuebles, este deber genérico viene articulado en el Capítulo III del Título IV. Así, el artículo 33 establece la necesidad de autorización de la Consejería competente con carácter previo a las licencias para realizar obras sobre inmuebles declarados BIC o en sus entornos; los artículos 35 y 36 señalan la posibilidad de que la Consejería competente paralice las obras o suspenda las actuaciones sobre bienes integrantes del Patrimonio histórico; y los artículos 37 y 38 prohíben la demolición de inmuebles catalogados, aunque tengan declaración firme de ruina.

privada de forma casi absoluta, las cosas han variado mucho. Nuestra Constitución supuso una importante transformación en su entendimiento. Por su localización, no es uno de los derechos a los que se otorga una protección más acusada, ya que se regula en la Sección 2.ª, Capítulo II, Título I, concretamente en el artículo 33: *«Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo a las leyes»*.

En nuestro caso, como antes veíamos, la necesaria protección legal del patrimonio inmobiliario es incuestionable, pero junto con ello hay que advertir que, en muchos casos, esas medidas legales de protección, de conservación de los centros históricos, están recayendo de forma prácticamente absoluta sobre las espaldas de los propietarios privados de inmuebles sitos en los perímetros históricos sin ayuda alguna de las distintas administraciones, que parecen no darse cuenta de que en la mayoría de los casos, los inmuebles están en manos de particulares que no pueden asumir los altos costes que supone mantener adecuadamente un inmueble en una ciudad histórica para beneficio de la comunidad.

El deber de conservación que aparece en nuestra legislación de patrimonio histórico y en la legislación urbanística para el titular de este tipo de bienes tiene que tener un límite, más allá del cual el derecho subjetivo de propiedad carece de sentido porque no le reporta al individuo rentabilidad alguna. La doctrina, con más o menos matizaciones, ha considerado que para hacer reconocible el derecho de propiedad hay que predicar de él la existencia de cierta utilidad privada, cierta rentabilidad para el propietario, que es la esencia del contenido de este derecho y en el que no se puede incidir so pena de hacerlo desaparecer, vulnerando un derecho protegido por la Constitución. ¿Se puede fijar el *quantum* a partir del cual la propiedad privada pierde su esencia, ya no es rentable? Creemos que, con la legislación urbanística en la mano, podemos decir que hay un límite al deber de conservación. Ese límite está fijado en el 50 por 100 del valor de reposición del inmueble. A partir de ese límite (en el que se entiende que el inmueble ha alcanzado el final de su vida útil), al propietario no le es rentable su propiedad por lo que si, en aras a la protección arquitectónica y cultural del entorno, resultara necesaria la conservación del mismo, tendría que ser la Administración la que asumiera el coste por encima de ese límite, como indica el artículo 155.5 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, precepto que en la práctica no se aplica.

Por eso insistimos en que en la propiedad inmobiliaria histórica pueden darse situaciones, debidas a las cargas y limitaciones que impone la ley, en las que ese *minimum minimorum,* a que nos hemos referido, para poder hablar de propiedad privada, se ve amenazado gravemente, pues a ellas debe enfrentarse el propietario solo, sin que la comunidad —que en definitiva va a ser la destinataria del resultado de ese deber de conservación— coopere en modo alguno. Y en

esto consiste la denuncia en la que insistimos: son muchos los gravámenes y muy pocas las medidas de fomento (8), de ayuda al propietario a las que puede acogerse para conservar, en aras a esa función social que aquella está llamada a cumplir, por encima del límite del deber de conservación. Así, por ejemplo, para el titular de una casa, sita en cualquiera de nuestros barrios históricos, nos encontramos con que el propietario no solo carece de ayudas sino que padece numerosas limitaciones en su derecho.

En este sentido, si nos fijamos en el propietario de una casa, sita en un centro histórico (por ejemplo, en Granada), comprobamos que ha de soportar una serie de cargas en su propiedad que paradójicamente no afectan a los inmuebles fuera del perímetro histórico y que pueden llegar a superar la rentabilidad que es propia a este derecho:

— Pago de la Inspección Técnica de Edificios.
— Prohibición de hacer sótanos en ciertas zonas por cuestiones arqueológicas.
— Restricción de alturas respecto a las que permite el PGOU.
— Prohibición de letreros luminosos.
— Si existe patio, debe arrancar desde la planta baja, mientras que en el resto de la ciudad puede ocuparse el patio y dedicarlo a locales.
— No demoler aunque esté en estado ruinoso si el edificio está catalogado (30 por 100 de los del centro)…

Y como estas algunas más, por lo que en general el titular no puede hacer frente a lo que va a constituir un beneficio para todos; se produce la sensación de que la función social funciona para todos menos para él.

Y ello es importante si, como queremos hacer hincapié en este trabajo, hay que proteger verdaderamente las figuras arquitectónicas que han surgido en el

---

(8) El Preámbulo de la LPHE se refiere a la importancia de las medidas de fomento de la conservación, pero esta declaración de principios se concreta de forma totalmente decepcionante en el Título VIII, reduciéndose las medidas de fomento a las siguientes:

— El acceso preferente de las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación al crédito oficial (art. 67), créditos que, al fin y al cabo, hay que devolver, y para eso ya están las entidades financieras.
— La regulación del denominado «1 por 100 cultural» de la aportación estatal al presupuesto de las obras públicas financiadas por el Estado, destinado a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico español (art. 68), figura esta que podría ser de sumo interés por el elevado coste de las obras públicas, pero de poca efectividad práctica y escasa transparencia en su aplicación.
— Una serie de beneficios fiscales, aplicables exclusivamente a los Bienes declarados de Interés Cultural o inventariados (arts. 69 a 74).

Vid., en este sentido, mi trabajo: «Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», en *RCDI,* enero-febrero de 2002, pág. 86.

devenir histórico y no destruirlas; lo más fácil es adquirir los solares afectados y hacer tabla rasa con tales situaciones, demoliendo y adecuando las nuevas edificaciones estrictamente a la parcela o parcelas existentes. Sin embargo, creemos, al contrario, que es necesario crear las condiciones que hagan posible proteger estas figuras arquitectónicas. Y ello porque, además, están surgiendo nuevas situaciones que participan de su esencia y parece absurdo no proteger las que pueden constituir el apoyo para estas últimas; pero, eso sí, ayudando a los titulares de estas singulares construcciones históricas a que puedan ser rentables y no a que sean un gravamen más que un derecho, que no se pueda mantener.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS DEL PROPIETARIO INDIVIDUAL ANTE CASOS SINGULARES DE PROPIEDAD EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS Y EN LA CIUDAD ACTUAL

De entre las dificultades que se le presentan al propietario de inmuebles dentro de un conjunto histórico, muchas de ellas proceden de los problemas técnico-jurídicos que ofrecen las formas singulares de propiedad, en las que se entrecruzan la propiedad privada con el dominio público, o bien se superponen distintas propiedades privadas. Pero, como hemos adelantado y más adelante veremos, en realidad, estas formas arquitectónicas se están configurando también en la ciudad actual, y naturalmente llevan a problemas singulares no regulados específicamente en nuestro Ordenamiento Jurídico. Quizá, por ello, en muchos casos, ni el planeamiento urbanístico ni muchos profesionales del derecho «entienden» estas formas singulares, las cuales no caben dentro de los límites normativos usuales, y tienden a rechazar su validez, reconduciéndola a figuras jurídicas más «convencionales». Pero, como decimos, deben darse las condiciones normativas oportunas que las perfilen adecuadamente para que dichas figuras puedan preservarse, y por qué no, utilizarse en el futuro.

Vamos a exponer algunos casos de estas «formas singulares» de propiedad, analizando para cada una de ellas su definición, su origen histórico y su configuración jurídica y los problemas que pueden plantear tanto desde el punto de vista civil como urbanístico, deteniéndonos por su especial problemática y utilización actual en alguna de las mismas.

1. Los adarves

La palabra «adarve», que en castellano tiene el significado de «muro de una fortaleza», «camino situado en lo alto de una muralla» o «protección, defensa», procede de la árabe *darb* (en plural *durub*), que designaba la calle o callejón, casi siempre sin salida, con una o varias puertas para su cierre, mientras que la calle

ciega no tenía nombre especial (9). Caracterizaba, pues, al adarve la existencia de puertas para su aislamiento nocturno. Este es el término con que designa en las ciudades de origen hispano-musulmán a las calles sin salida, que pueden cerrarse con puertas por la noche y que dan acceso a una o varias viviendas.

Vamos a analizar ahora el adarve histórico y el adarve en las construcciones modernas:

a) En cuanto al adarve histórico: Al referirse a estos espacios, ya comentábamos antes que CHUECA GOITIA (10) destaca el contraste entre el concepto occidental de calle, como espacio público y corredor funcional, frente al concepto musulmán de adarve, espacio semiprivado de acceso exclusivo a las viviendas a las que sirve, indicando que «*el adarve, en este aspecto, es algo así como la negación de la calle, la negación del valor estructural de la calle en la formación de la ciudad. La calle formativa es la que conduce de un lado a otro, siendo pieza esencial de ese espacio público condicionante. El adarve no tiene salida, no tiene continuación, no sirve a un interés público, sino a un interés privado, el del conjunto de casas en cuyo interior penetra para darles entrada. Es, por tanto, una calle privada que de hecho se cerraba de noche, aislando y protegiendo una pequeña comunidad de vecinos*».

Presentan estos casos importantes conflictos de orden jurídico. La cuestión fundamental deriva de si su naturaleza es pública o privada. Y es fundamental, hoy día, esta catalogación a efectos de algunos problemas que se están planteando con asiduidad: por ejemplo, la posibilidad de cerrarlo o no por motivos de seguridad y salubridad.

Para su determinación es claro que solo se puede estar al caso concreto. Los indicios que nos pueden llevar a una conclusión u otra no son otros que el estudio de las escrituras de propiedad, las inscripciones registrales, las del Catastro (11), y ello sin olvidar el planeamiento urbanístico. Otros detalles que pueden ser importantes para darnos norte

---

(9) Vid. TORRES BALBÁS, Leopoldo, *ob. cit.,* pág. 369 y sigs.

(10) *Ob. cit.,* pág. 76. En este sentido, VILLANUEVA RICA destaca la abundancia en la Granada musulmana de calles sin salida y la escasez de espacios públicos: «*Se citan gran número de calles sin salida, característica de las ciudades musulmanas medievales donde no es preciso que la calle conduzca a algún sitio, ya que no se ha trazado la calle previamente y a sus lados se han ido levantando las casas como en las poblaciones medievales cristianas, sino que la calle ha nacido como consecuencia de la unión consecutiva de casas y así, las calles formadas son tortuosas, se entrecruzan e incluso no tienen salida. La calle para el musulmán no es lugar de esparcimiento, sino solo de tránsito, por eso no precisa embellecerla, si bien las casas ricas están pintadas, y enjalbegadas las pobres». Casas, mezquitas y tiendas de los hábices de las Iglesias de Granada,* Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1966, pág. 7.

(11) Aunque la discrepancia en las descripciones registrales y catastrales de las fincas constituye frecuentemente un problema añadido, en lugar de un dato que coadyuve a resolver la situación.

de su carácter público o de su pertenencia privada son la existencia o no de alumbrado, saneamiento público, placa de señalización de calle…

Las preguntas se multiplican en estos casos porque, como adelantábamos antes, si fueran públicos, ¿se pueden cerrar por motivos de seguridad?; y si son privados, ¿pertenecen a todos los titulares de los edificios que dan al mismo en copropiedad? (12) Por otro lado, ¿pueden tener consideración de espacio público a efectos de las condiciones de habitabilidad (ventilación e iluminación) de las viviendas que den a ellas? Parece claro que estas consideraciones suponen un problema en el que no es fácil deslindar la naturaleza pública o privada. Son situaciones peculiares; en muchos casos no habrá título alguno que determine su pertenencia, precisamente, por cómo se ha formado. Solo con los índices o indicios, antes mencionados, se podrá conseguir la prueba que demuestre su titularidad. Y puede ser que en muchos de los casos se alegue el uso inmemorial del adarve por los vecinos propietarios de los edificios que lo delimitan, habiéndose formado una comunidad incidental, aunque de carácter permanente por la imposibilidad de su división.

(12) Para VAN STAEVEL, en la tradición musulmana, «el adarve consiste en un bien común indiviso. Sin embargo, si su uso se efectúa en el marco estricto de una copropiedad, ya no es patrimonio del conjunto de la comunidad, sino más restringido: de los moradores de las viviendas comunicadas por el callejón en cuestión». VAN STAEVEL, Jean Pierre, «Casa, calle y vecindad en la documentación jurídica», en *Casas y palacios de Al-andalus.* Julio NAVARRO PALAZÓN, editor. El Legado andalusí. Lunwerg Editores, Granada, 1995, pág. 54.

b) Adarves actuales: Los adarves que se pueden «crear» en la actualidad son normalmente consecuencia de la reconstrucción de situaciones existentes con anterioridad que, por estar debidamente acreditados, se permiten a través de los planes especiales.

En otros casos se crean como zonas de paso comunes a distintas casas o a edificios en régimen de propiedad horizontal o en urbanizaciones o complejos privados (art. 24 LPH) que, necesariamente, han de existir para dar acceso a algunos de dichas casas o edificios sitos en el fondo del solar. En estos casos, la configuración jurídica aparece más sencilla en cuanto que se consideran como elementos comunes (en comunidad ordinaria o en propiedad horizontal) de tales inmuebles, siendo de cuenta de las distintas propiedades su cuidado, y siendo suyo también el derecho a su cerramiento o limitación de paso. A este supuesto se le podría asimilar, aunque sean casos distintos, los edificios que tienen abierto un paso entre calles que es de propiedad particular de los mismos. En estos casos las escrituras y las inscripciones registrales serán determinantes para su catalogación y ello sin perjuicio de los convenios con el Ayuntamiento que pudieran suscribir en relación al alumbrado, por ejemplo.

Por lo tanto, en esta figura urbanística encontramos las siguientes características:

— Se trata de un espacio libre de edificación, conectado por uno de sus extremos por una vía pública y sin salida por el otro, que da acceso a uno o varios inmuebles.
— Puede ser público, lo que se puede deducir del catastro, del hecho de contar con servicios públicos (pavimentación, alumbrado público, alcantarillado…), de estar abierto al paso público, en cuyo caso se incluye dentro de los espacios de dominio y uso público.
— Pero también puede ser privado, si así lo indica el título de propiedad, el Catastro o el Registro de la Propiedad, si los servicios urbanos (alumbrado, pavimentación, recogida de aguas…) son privados o hay un convenio al efecto con el Ayuntamiento, si está cerrado al paso público; en este caso, se tratará de un elemento común (en comunidad ordinaria o en régimen de propiedad horizontal con las cuotas que corresponda) de los inmuebles a los que dé acceso.

2. Los engalabernos

A esta especial figura arquitectónica, que encontramos en muchas ciudades de la geografía nacional por la orografía de nuestro suelo y por nuestra tradición

histórica cultural, ya nos referimos (13) hace unos años, porque son muchos los problemas que surgen en su configuración jurídica. Otros estudios recientes en el tiempo (14) han tenido como objeto perfilar la naturaleza jurídica de esta figura que ha tendido a ser obviada en la práctica, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico-urbanístico, por los problemas de diverso tipo que normalmente conlleva.

En cuanto a su concepto y características, creo que podemos ahora precisar más y entender que se trata de una situación en que se encuentran dos o más fincas distintas superpuestas, de forma que comparten uno o varios elementos horizontales. No se trata, por tanto, solo de «*la parte de una edificación que no se encuentra dentro de los límites de la finca que le corresponde, sino que se apoya en el inmueble de la parcela colindante*» (STS de 20 de mayo de 2008, *RJ* 2008/3156) sino de la situación en que se encuentran dos fincas independientes.

La primera característica fundamental es el origen independiente de cada una de las fincas, habiéndose construido una de ellas sobre la otra (15).

La segunda, sería la «irreversibilidad» (o la indivisibilidad), en el sentido de la imposibilidad de «deshacer» el engalaberno para crear fincas «ajustadas en vertical» al parcelario, sin destruir las fincas afectadas.

Quizá por ello, si somos estrictos en el concepto, debería excluirse de este régimen aquellos casos que impliquen la simple unión de una parte de una finca con la colindante (por ejemplo, para ampliar una vivienda en la planta segunda de un inmueble se compra un apartamento en la planta segunda del edificio colindante, y se unen abriendo un hueco en la pared o paredes separadoras, que pueden ser o no medianeras. En este caso, cada una de las fincas integrantes del conjunto puede volver a formar parte del inmueble originario, simplemente cerrando el hueco practicado, por lo que se trataría más bien de una «unión

---

(13) «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI,* 1999, págs. 87 y sigs.

(14) Medina de Lemus, «Engalabernos», en *RGLJ,* 2000; Gomá Lanzón, «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», en *La Notaria,* núm. 9-10, septiembre de 2001, pág. 68; González-Santiago Gragera, *Casas empotradas con origen común: comunidad* sui generis *y no medianería horizontal.* BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008; Arnau Moya, «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 2011-1, núm. 26, pág, 195; Matheu Delgado, *Derecho de vuelo y subsuelo.* Madrid, 2011, págs. 409 y sigs.

(15) En este sentido, insistiendo en esta característica fundamental, González-Santiago Gragera, que estudia la jurisprudencia de nuestros Tribunales analizando si consideran o no este requisito esencial para aplicar la medianería horizontal, ya que, en caso de origen común, esta no sería el régimen aplicable. *Casas empotradas con origen común: comunidad* sui generis *y no medianería horizontal.* BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, cit.

funcional», expresamente permitida por algunas figuras de planeamiento (así, en el Plan Especial del Área Centro de Granada) (16).

La tercera característica hace referencia a que lo común es únicamente el elemento (o elementos) estructural horizontal (suelo para el superior, techo para el inferior); aunque también podrían serlo los muros de carga que soporten dicho elemento.

Cada propiedad tiene su propia carga: la superior sirve de cubierta a la inferior; la inferior soporta la superior, y además tiene limitado su vuelo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, realmente, ya se ha destacado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia cómo estas situaciones constructivas no caben, por esencia, dentro de determinadas instituciones: así no hay servidumbre *oneris ferendi* (y no hay tal situación en estos casos porque no hay fundo dominante ni sirviente), ni una situación de comunidad ordinaria (en la que se puede pedir la división).

Sin embargo, sabemos que el régimen de propiedad horizontal puede ser aplicable en algunos casos, que habría que analizar, pero no cuando solo se compartan determinados elementos estructurales (17). Por ello, en muchas de estas situaciones —si estamos ante las características mencionadas— lo que nos vamos a encontrar es una medianería horizontal, con el estatuto de derechos y obligaciones para los medianeros que ella conlleva (18). Las objeciones teóricas que se han venido achacando a esta forma de solucionar tales situaciones no han sido más que intentos de no querer enfrentarse a algo nuevo que, aunque existente en la realidad extrarregistral, no encuentra buen acomodo en un or-

---

(16) Aunque, en otro momento, pensando en un origen remoto o inmemorial del caso, con carácter general, lo incluyéramos como posible origen de este tipo de situaciones.

(17) Ya consideramos esta cuestión, que creo que es fundamental, al hablar de las distintas situaciones que se podrían presentar, según los elementos que se compartían, pues caben distintas posibilidades: *a)* un edificio con varios pisos y otro colindante con vivienda única, en que alguna de sus habitaciones pisa o apoya sobre el anterior y existiendo derecho de vuelo no atribuido especialmente a ninguno de los inmuebles. En base a los muros horizontales de separación y a ese derecho de vuelo, se puede configurar una propiedad horizontal, aunque con algunas matizaciones en cuanto la contribución en determinados gastos; *b)* en caso de que la situación de superposición afectara a dos edificios divididos en pisos e igualmente no se pudiera determinar que el vuelo pertenece a uno solo de ellos parece apropiado el régimen de la propiedad horizontal genérica a los edificios afectados sin perjuicio de los elementos comunes específicos a cada unos de ellos; *c)* si el engalaberno afecta a viviendas individuales, en principio sería descartable el régimen de propiedad horizontal porque son muchos de sus requisitos los que no se cumplen. El problema es si, además, de los muros medianeros verticales y horizontales no ha habido distribución del vuelo, en cuyo caso se puede plantear por este la existencia de una comunidad horizontal atípica porque realmente el problema de la atribución del vuelo genera, en estos casos, muchos dudas si el empotramiento ocurre en el piso superior.

(18) Hoy día se ha incluido la medianería horizontal en los llamados consorcios reales simples, si se dan unos determinados datos. Vid. PÉREZ PÉREZ, «Consorcio real y propiedad consorciada», en *RCDI,* mayo de 2011, págs. 16 y sigs.

denamiento que pretende ser completo (19). Pero, de hecho, la doctrina actual, al estudiar la medianería, comenta la existencia junto a los elementos de separación vertical, los de separación horizontal, en supuestos de construcciones superpuestas (20).

Aun así, siempre habrá que insistir en la necesidad de estar muy encima del caso concreto porque no se pueden tratar todas estas situaciones con la misma medida o criterio. Ciertamente, contamos hoy con muchos casos resueltos en los que se aprecia esta situación, por ejemplo, en las SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 *(JUR* 2003/219428), de 3 de marzo de 2005 *(JUR* 2005/13497) y de 30 de junio de 2006 *(JUR* 2007/26421); de Madrid, de 17 de noviembre de 2006 *(JUR* 2007/144451); de Burgos, de 13 de abril de 2009 *(JUR* 2009/284265); de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/372039); de Lleida, de 6 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/259346) (21). También en la STS de 14 de abril de 2005

---

(19) Los inconvenientes teóricos a esta posibilidad que acogió la RDGRN de 25 de junio de 1987 estaban, en realidad, ya bastante superados por la doctrina y la jurisprudencia en tanto que la extensión vertical del dominio *ex* artículo 350 venía interpretada, en cuanto a sus límites, entre otras, por la STS de 3 abril de 1984 (*RJ* 1984/1924); por otro lado, el inconveniente de la accesión que se menciona no cabe si tenemos en cuenta que es presupuesto de su aplicación considerar un elemento de los que se une como principal y otro accesorio, cuestión que no cabe apreciar en estos supuestos; sin mencionar las excepciones que legal y doctrinalmente se aplican a este principio. Finalmente, el entendimiento de que el engalaberno forma parte del inmueble colindante por lo que no puede ser objeto de Derecho es un último argumento que cae por su base, si tenemos en cuenta que es susceptible de aprovechamiento independiente (vid., en este sentido, argumentando en contra de estas objeciones de la RDGRN, los estudios de Gomá Lanzón, «La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 16, y «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», *ob. cit.,* págs. 84 y sigs.). Por otro lado, la propia DGRN desmonta tales argumentaciones en Resoluciones recientes como las de 5 de abril de 2002 y 24 de febrero de 2007.

(20) Así, entre otros, Roca Juan, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo, T. VII, vol. II, Jaén, 1978, artículos 530 a 608; Alonso Pérez, *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1472; y Dávila González en su comentario al artículo 571 en *Jurisprudencia Civil comentada.* Tomo I (dir.: Pasquau Liaño, coord.: Albiez Dohrmann; López Frías, A., Granada, 2009, pág. 1146).

(21) En concreto, esta sentencia hace referencia a un engalaberno en el subsuelo, pues existía una bodega perteneciente a un edificio sobre parte del cual se construyó un nuevo edificio. Afirma la sentencia que, como recuerda la SAP de Burgos, Sección 2.ª de 13-4-2009, se trata de fenómenos que «…desafiaban a los milenarios principios de accesión y extensión del dominio en sentido vertical, según los cuales el dueño del suelo es dueño del vuelo (y del subsuelo, añadimos nosotros, *ex* art. 350 del CC)…». Y añade la sentencia que, según la precitada sentencia de Burgos, «la doctrina del TS… se ha visto complementada, por un lado, con las RRDGRyN de 5-4-2002 y 24-2-2007, donde se admite la inscripción separada del suelo y del subsuelo, sin constituir propiedad horizontal y, por otro, en los artículos 8 y 17-4 de la Ley del Suelo, Ley 8/2007, de 28-5, donde se admite el desdoblamiento de suelo público y privado y la posibilidad de propiedades independientes sobre el rasante, el subsuelo o el suelo, sin constituir propiedad horizontal y sin previa desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan».

(RJ 2005/3238) y en las RRDGRN de 5 de abril de 2002 *(RJ* 2002/8121) y de 24 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/6137).

Pero también es cierto que existen otros casos en que la medianería ha sido rechazada por falta de justificación, pues esta tiene que estar especialmente determinada para poder ser apreciada; esto ocurrió en el caso estudiado por la RDGRN de 15 de septiembre de 2009 *(RJ* 2009/5724) y en la RDGRN de 7 de marzo de 2011 *(RJ* 2011/3706).

Hechas estas apreciaciones de carácter general sobre el régimen jurídico de estas situaciones, vamos a centrarnos ahora en el análisis de dos cuestiones prácticas en orden a ellas: la cuestión del vuelo y las de las reparaciones.

a) *En cuanto al primero, ¿cómo se distribuye el vuelo (el aprovechamiento o edificabilidad, en términos urbanísticos) entre las distintas propiedades?*

Normalmente, el planeamiento urbanístico otorga la edificabilidad permitida en cada parcela catastral, en forma de coeficiente expresado en m^2 construidos por cada m^2 de parcela, resultado de una altura y una ocupación de parcela uniformes, buscando una imagen urbana homogénea.

Pero en los inmuebles que estamos estudiando, en que las distintas propiedades se interfieren entre sí, sucede que en la proyección vertical de una determinada parcela se están incluyendo superficies construidas que, en realidad, pertenecen a propietario distinto del de esta, con lo que se puede plantear la cuestión, si se permitiera una mayor edificabilidad de la parcela (es decir, la posibilidad de construir en ella), de a quién correspondería ese derecho, a falta de título que lo determine.

Lo que esto quiere decir es que en estos casos, que son frecuentes, no debería ser aplicable este cálculo de la edificabilidad mediante un coeficiente homogéneo, más propio de desarrollos más o menos recientes de las ciudades, sino que debería hacerse mediante un estudio volumétrico o tridimensional, que asignara a cada propietario un volumen construido en m^3 (o en m^2, pero especificando el nivel en el que están situados).

El Catastro ya está reflejando estas situaciones, indicando las zonas en las que existen superposiciones mediante indicaciones en las consultas gráficas: por ejemplo, IV-II.01-II.02, que significan que esa zona de la edificación tiene cuatro plantas, de las que dos pertenecen a la parcela 01 y las otras dos a la parcela 02.

¿Qué parcela se debe considerar a estos efectos?

El planeamiento y el Registro parten de la parcela entendida en su sentido clásico, como espacio poligonal cerrado; y ello porque se basan en un modelo de origen «romano», mientras que en nuestro entorno (en muchas ciudades y pueblos de España) es frecuente el origen o desarrollo de raíz islámica, con una muy diferente concepción de la propiedad. Sin embargo, puesto que es la

base de la que partimos, deberemos arrancar de la parcela registral-catastral; en principio, la definida por la planta baja de las edificaciones, salvo que sea fácilmente reconocible una disposición distinta.

Como veremos más adelante, en estos casos, en que las plantas inferiores pertenecen a un propietario y las superiores a otro, frecuentemente la propiedad del vuelo se disocia de la del suelo, de forma que una posible ampliación del vuelo no corresponde al propietario del suelo, sino al propietario de las plantas superpuestas; y ello porque no tiene sentido que esa posible ampliación perteneciera también al propietario de las plantas inferiores, con las que no va a ser posible la conexión; de la misma forma que una posible construcción en el subsuelo pertenecería solo al propietario de dichas plantas inferiores. Por otra parte, hay que considerar que este último propietario, o de los que el traiga causa, ha consentido la edificación sobre su propiedad, renunciando así implícitamente a esa facultad.

¿Se puede mantener esta situación en caso de demolición y sustitución de una de las fincas?

Vamos a ilustrar esta cuestión con un caso: nos encontramos ante una finca registral —hoy solar— en la que estaba construida una vivienda con dos cuerpos de altura. La planta baja tenía una superficie de 28,9562 m^2 y la segunda una superficie mayor, de 53,2168 m^2, por la introducción y carga sobre un callejón que sirve para paso y usos de otras casas. Tal descripción se deriva del primer asiento registral de 1864 (fecha del primer asiento de la finca). La superficie total de la vivienda era, por tanto, de 82,1730 m^2.

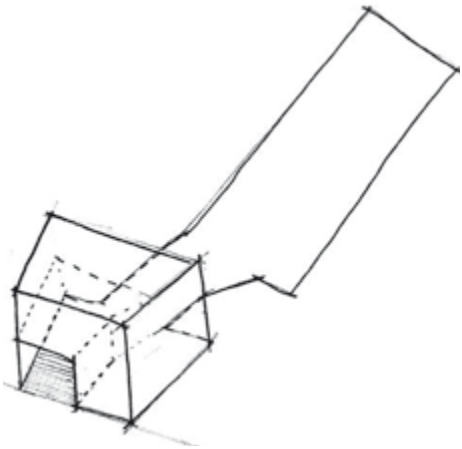
Dicha edificación, en un primer momento volaba, en parte, sobre un paso perteneciente a distinto dueño. Del inmueble, demolido a finales del siglo XX, han quedado algunos vestigios o «huellas» en la medianera del edificio colindante por la izquierda, y en algunos elementos estructurales de madera que han permanecido en pie tras el derribo, como prueba física de la realidad jurídica.

Si tenemos en cuenta —a pesar de que la vivienda esté hoy derruida— que los derechos de edificación están reconocidos y consolidados, ya que ello se desprende de la inscripción registral, y que la normativa urbanística permite la elevación de dos plantas más (en total hasta cuatro plantas en esa zona), lo interesante es conocer a quién corresponde ese derecho de edificación o vuelo respecto a la totalidad de las dos nuevas plantas que permite la mencionada normativa.

Está claro que nos encontramos, en este caso, con la existencia de un supuesto de disociación de propiedades inmobiliarias en el plano correspondiente a la parte de suelo del callejón, que es paso para distintas casas. Dicho callejón (o adarve) y su paso está en manos de particulares, pero el vuelo correspondiente a tal paso ha pertenecido a la finca colindante —formando parte de su edificación— por tiempo inmemorial.

Lógicamente, si hay consentimiento en esta situación hay también necesariamente una renuncia a las consecuencias que esa cesión lleva consigo. Teniendo

en cuenta esto, hay que decir que ese vuelo construido sobre finca ajena (sobre el paso) en la planta superior de la vivienda, parece que debe ser considerado como de pertenencia del titular de la edificación (22). Nos explicamos.



Estamos, como se decía, ante una disociación de la propiedad en dos distintas, que recaen sobre diferentes planos. Esto nos lleva a considerar que el propietario de lo construido es titular de un derecho de propiedad de la misma entidad que el que recae sobre el suelo, cuyo vuelo ha sido interferido por virtud de título o paso del tiempo, etc... Por ello, hay que entender que hay que atribuir al derecho de propiedad sobre lo edificado los mismos caracteres, la misma entidad, que tiene el derecho de propiedad sobre el suelo.

Si esto es así, si hay dos propiedades inmobiliarias sobre distintos planos que coexisten y que se separan en planos horizontales, la cuestión es, insistimos, a quién corresponde y con qué extensión el derecho a edificar nuevas plantas que el planeamiento concede a los edificios de esa determinada zona donde está, o mejor «estaba» situada la vivienda de referencia. Ese *ius aedificandi* consiste en la facultad de construir y adquirir la propiedad de lo edificado como manifestación del derecho de propiedad (arts. 348 y 350 CC), hasta agotar las posibilidades constructivas que ha generado la normativa urbanística.

---

(22) La STS de 9 de julio de 1988 *(RJ* 1988/5601) resuelve el caso relativo a un derecho de propiedad sobre el vuelo de lo que era planta baja de la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado porque sobre la mencionada planta baja existía un desván que los demandados destruyen al edificar, condenando a los demandados a la demolición de determinadas obras y a reparar los daños causados.

Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que comentamos, hay que decir que ese derecho de edificación ha de venir atribuido a la propiedad inmobiliaria correspondiente a lo edificado, pues se presume —salvo prueba en contrario— que el vuelo es adquirido por el titular de lo construido y con la extensión de dicha construcción.

El derecho de vuelo a la nueva edificación tiene su base en esa propiedad inmobiliaria que queda disociada de la del suelo (paso) y tiene la extensión de dicha construcción. Por tanto, civilmente, se produce la adquisición del vuelo posible en su integridad sin perjuicio, claro es, del paso.

Siguiendo con la argumentación anterior, otra cosa no es pensable porque hay un título que rompe la extensión normal o expansión de la propiedad del suelo hacia su vuelo. Sería un sin sentido jurídico que se produjera una doble discontinuidad entre suelo y vuelo y vuelo construido y sobrevuelo si no hay aquí título que lo avale.

Un argumento que abunda en la tesis mantenida es analizar qué ocurre respecto al subsuelo. Si este en algún momento fuera aprovechable, porque así lo permitiera la normativa urbanística, al no existir título alguno que legitimara, respecto al paso, su utilización y aprovechamiento, está claro que la titularidad de la propiedad de ese paso mantendría íntegra sus derechos, sus expectativas, a participar de los resultados o beneficios del aprovechamiento del subsuelo en su extensión correspondiente (manifestación y ejercicio de su derecho de propiedad) porque aquí no hay ningún título que «rompa» esa consecuencia lógica.

Por tanto, la propiedad de la vivienda cuya planta superior fue construida sobre el vuelo correspondiente al paso es la que tiene el derecho a las nuevas posibilidades de edificación que concede la norma urbanística. Hay que entender que, en realidad, la situación es la misma que la que existía con anterioridad, con la salvedad de que ahora se puede ejercitar una facultad que procede de ese derecho de propiedad que es edificar, ocupando el espacio, en dos plantas más.

Y, efectivamente, el titular de suelo, del paso, no participa de esas posibilidades de edificación con respecto a la extensión de ese paso porque hay que entender que, al consolidarse la propiedad sobre ese vuelo construido, ha perdido sus derechos sobre él, ya que estos han pasado a ser del titular de la vivienda colindante que podrá hacer suyas las nuevas plantas permitidas en toda la extensión correspondiente a la planta primera de la vivienda que existía.

No hay comunidad en este supuesto (23) ya que, en realidad, tendríamos un supuesto de engalaberno en el vuelo sobre suelo privativo (teniendo en cuenta,

(23) El TS considera que tales elementos no se pueden considerar cosas en sentido jurídico, sino partes integrantes, y por ello, de forma rotunda, excluyó la posibilidad de una comunidad en la STS de 24 de mayo de 1943 *(RJ* 1943/576); también en la de 6 de febrero de 1967, en la que rechazó la existencia del retracto de comuneros porque el derecho a apoyar una construcción sobre paredes de determinadas fincas no significa una atribución del condominio de estas en favor del dueño de aquella; así como en la de 7 de marzo de 1969

además, que la construcción engalabernada ha sido demolida y que quiere volver a edificarse con la mayor posibilidad de elevación que le concede ahora la normativa urbanística). Es, por tanto, un caso peculiar dentro de la singularidad que suponen estas figuras constructivas, pero que, por la vetustez de alguna de estas construcciones, se están planteando en muchos centros históricos.

Y que esto es así y que cada situación requiere un especial estudio, lo vemos también en el caso resuelto por la SAP de Burgos, de 28 de enero de 2002 *(JUR* 2002/98489) en donde, reconocida la existencia del engalaberno, pero demolida la finca engalabernada, se estima que no es posible su reconstrucción apoyando sobre el local colindante porque la construcción sobre el vuelo de este haría peligrar el local de los demandados por los refuerzos que la terraza prevista requería.

b) *En cuanto a las reparaciones: ¿A quién corresponden los deberes de conservación y reparación, en caso de mal estado o ruina de los dos edificios? ¿Está obligado el propietario de cualquiera de las fincas a soportar las obras necesarias para mantener la seguridad y salubridad de la otra? ¿Qué ocurre en caso de demolición?*

Si, como ocurre en muchos casos, no se dan las condiciones para constituir una superestructura jurídica como es la de propiedad horizontal porque lo compartido por las fincas engalabernadas son solo unos muros horizontales y verticales, parece claro que la contribución a la reparación de los mismos corresponde a ambos propietarios afectados respecto a esos elementos constructivos que comparten. La contribución a los gastos se haría en la forma determinada para la medianería. Esto significa que los medianeros están obligados al mantenimiento, reparación y construcción del elemento común en proporción al derecho de cada uno (24).

Por ello, los gastos a sufragar serán los precisos para la conservación o mantenimiento de la pared o elemento divisorio. Ya dijimos, en su momento, que no es lógico que queden comprendidos los gastos suntuarios que un propietario realice en su parte de medianería (por ejemplo, un suelo de gran calidad) ni los que tengan por origen la culpa de uno solo de los medianeros, en cuyo

---

(RJ 1969/1179), que afirmó que en caso de empotramiento de una casa respecto a otra, el titular de las habitaciones empotradas no tiene derecho alguno de propiedad sobre el ático y el sótano que están encima y debajo de ellas respectivamente.

(24) En la SAP de Ciudad Real, de 11 de noviembre de 2009 *(JUR* 2009/462552), sentado el particular régimen jurídico de la medianería, se permite la realización de obras en las condiciones del artículo 579 del Código Civil, por tanto, sin necesidad de consentimiento, aunque, obviamente, sin menoscabo del derecho del otro medianero y sin impedirle el uso común. Lo que analiza a continuación la sentencia es si se ha producido el menoscabo que se dice.

caso serán de su cargo (25). Sin embargo, es lógica la obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos cuando los deterioros se originan como consecuencia de fuerza mayor, vicios del suelo o de los elementos utilizados en el elemento divisorio, desgaste por el uso o por el transcurso del tiempo. Sabemos que, salvo peligro urgente, se habrá de contar con el consentimiento de todos los afectados. La contribución tendrá que ser en proporción al derecho de cada uno, y así, si no hay pacto que establezca la proporción y cuantía de tal contribución, tendremos que remitirnos a la titularidad de cada medianero en el elemento común. La doctrina y la jurisprudencia proponen que ante la inexistencia de una proporcionalidad prefijada de los derechos de los medianeros se puede estar a la presunción de la igualdad de cuotas establecida en el artículo 393.2 del Código Civil (26). En materia de reparación, creo sin embargo interesante citar la SAP de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/372039), en la que en una situación de engalaberno, o más precisamente de casa a caballo (fincas independientes, una encima de otra a la que «pisa» y que tienen salida propia a diferentes calles), se pretendió, por parte del dueño de la casa superior, que contribuyera el de la casa «pisada» a los gastos originados por la reparación del tejado o cubierta. La SAP afirma que la medianería horizontal se circunscribe a techo del demandado y al suelo del demandante únicamente, además de considerar que las obras de reparación acometidas por el demandante eran muy amplias y realizadas unilateralmente. La Sala considera esas actuaciones sobre la cubierta como una manifestación de las relaciones de vecindad como la que tiene lugar cuando un colindante acomete las obras necesarias para evitar filtraciones de agua en la finca de su vecino.

Por otro lado, y en referencia a la demolición del edificio, sabemos que la medianería se configura como irrenunciable por aplicación analógica del artículo 575 del Código Civil, ya que aquí se apoya horizontalmente el «muro» de separación de las construcciones superpuestas. En el caso de que renuncie a ella, derribando el edificio (o permitiendo que esto ocurra, como sería un caso de abandono del inmueble y su consecuente declaración de ruina), serán de su cuenta las reparaciones u obras necesarias para evitar los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera. Es decir, en caso de demolición del edificio inferior, el dueño de este tendría que realizar todo aquello que fuera necesario para la subsistencia en perfectas condiciones del edificio soportado, y así apuntalar, reforzar o afianzar con los elementos y las técnicas constructivas oportunas según dictamen de perito en la materia. Tarea esta ardua y delicada,

(25) Vid., mi trabajo, «La superposición», *ob. cit.,* pág. 100.

(26) La naturaleza de esta obligación es la relativa a una obligación real o *propter rem* de origen legal y naturaleza imperativa, es decir, que tendrán que hacer frente a los gastos los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería, aunque no lo fueran en el momento en que el deterioro se produjo.

pues tendrá que calcularse con exactitud el peso a soportar por la estructura proyectada y llevarse esta a cabo con el máximo rigor.

La doctrina parece unánime al considerar que son reparables todos los daños que el derribo origine en la pared medianera (y, en nuestro caso, sustentante o divisoria de los inmuebles en plano horizontal) y en los edificios que en ella descansen, tanto los ocasionados al demoler como los sobrevenidos posteriormente, que puedan tener relación probada —directa o indirecta— con el derribo, porque tiene que quedar indemne, tras la demolición, toda construcción que se apoye en el muro divisorio en plano horizontal (27). A este supuesto hace referencia el caso resuelto por la SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 *(JUR* 2003/219428), en la que la demandada demolió su edificio en el que existían engalabernos de la vivienda de la actora. La demolición en estos casos exige una especial diligencia en previsión de daños a los edificios contiguos y aquí no solo no tuvo un normal desarrollo, sino que se ejecutó de modo tosco y violento cuando, debido a aquellos, debieron acentuarse las precauciones sin que se justifique que la vivienda de la actora se hallaba en situación de deficiente conservación. La Sala menciona expresamente los artículos 576 y 1902 del Código Civil como argumentos de peso para sostener la responsabilidad de la demandada.

3. Los cobertizos

Los cobertizos, también llamados cabalgavías, son la prolongación de una propiedad particular a nivel de planta alta, por encima de la vía pública, hasta unirse con la propiedad vecina al otro lado de la calle. Suponen un vuelo privado sobre un suelo público. Esta figura se diferencia del engalaberno en que, mientras este último es una superposición de propiedades *privadas*, en el cobertizo una propiedad privada vuela sobre un *dominio público* (28).

Pudieron tener su origen en la prolongación de los ajimeces o voladizos de dos propiedades vecinas hasta poner en contacto las mismas. Torres Balbás señala que «*respondían a lo apretado del caserío dentro de la cerca. Falto de espacio para acrecentarse, prolongaban sus pisos altos sobre la calle, unas veces por el vuelo de las fachadas, apeado en tornapuntas o jabalcones, y otras por su prolongación hasta la fachada frontera —sobrado— con lo que la*

(27) Así, Roca Juan, «Comentarios al Código Civil», *ob. cit.,* pág. 188; Lacruz, *Elementos de Derecho Civil,* III, Madrid, 2000, pág. 262; Albaladejo García, *Derecho Civil,* III. *Derecho de Bienes,* 11.ª ed., revisada por Encarna Cordero Lobato, Madrid, 2010, pág. 258 y sigs. (en el que se menciona expresamente los arts. 555.4-5-6 del Código Civil catalán en relación al derecho de carga, pago y derribo; y Alonso Pérez, *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, *ob. cit.,* pág. 1472.

(28) En otro sentido, se manifiesta Medina de Lemus, quien considera estas situaciones también como engalabernos sin tal matización, *ob. cit.*

calle quedaba parcialmente cubierta» (29). Al referirse a esta figura, este autor destaca nuevamente el contraste entre las concepciones romana e islámica de la propiedad: «*El Derecho romano prohibía todo vuelo o saliente avanzado sobre la vía pública. En el Islam la propiedad del inmueble construido se extendía virtualmente a su alrededor*» (30).

En su afán por convertir la ciudad de Granada en una ciudad castellana (31), los Reyes Católicos publicaron en julio de 1503, la «Carta para que el corregidor de Granada haga derribar los cobertizos que están en las calles», señalando que «*nos es fecha relaçion que en esa dicha çiudad ay munchos cobertizos que ocupan las calles della, y que algunos dellos son muy peligrosos y que para el noblecimiento de la dicha çiudad conviene que los dichos cobertizos se derruequen*» (32). En la imagen adjunta vemos el cobertizo de Santa Inés en el Albaicín.

No obstante, este procedimiento de ampliación se continuó realizando en épocas más recientes. Torres Balbás menciona que «*a partir del siglo XVI, palacios y conventos están estrechos en las manzanas que ocupan, y para su*

(29) Torres Balbás, Leopoldo, *ob. cit.,* pág. 389.

(30) Torres Balbás, Leopoldo, *ob. cit.,* pág. 399.

(31) López Guzmán, Rafael, *Tradición y clasicismo en la Granada del XVI. Arquitectura civil y urbanismo.* Diputación Provincial, Granada, 1987, pág. 14.

(32) Archivo Histórico Municipal de Granada. Libro Primero de Provisiones del Archivo de esta M. N. C. que contiene reales cédulas, pragmáticas y privilegios de S. M. concedidas a Granada desde el año 1490 hasta el 1544. Folio 27 r. Reproducido por López Guzmán, Rafael, *ob. cit.,* pág. 764.

ampliación recurren al procedimiento tradicional de extenderse por la manzana frontera al otro lado de la calle, unidas ambas partes por un sobrado volado sobre ella» (33). Este fue el procedimiento seguido en 1744 en el Cobertizo de Santo Domingo, que une la Iglesia de Santo Domingo con la antigua Casa del Arte de la Seda sobre la calle, para ampliar el camarín de la Virgen del Rosario (ver imagen adjunta).

Pero estas situaciones que parecen una «reliquia» del pasado que conviene proteger y conservar, resulta que las estamos volviendo a ver en edificaciones modernas, cuando lo permite la normativa urbanística. Así, hoy día, nos encontramos con construcciones privadas que vuelan sobre la vía pública (permitiendo la prolongación de una calle a través de lo que era una propiedad privada o dando salida a una vía existente que no la tenía, y ello en aras del interés público), compensando al propietario la superficie utilizada por dicha apertura mediante la elevación sobre la misma calle de una mayor altura.

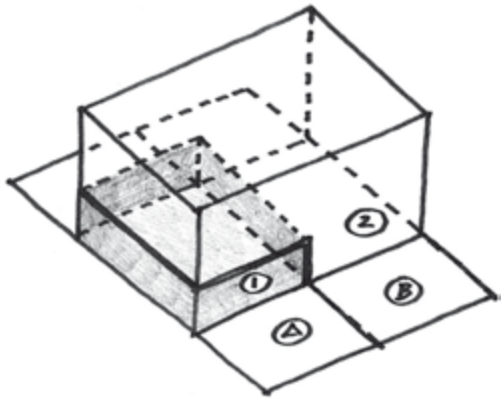
V. LA PROYECCIÓN DE FUTURO DE ESTAS CONSTRUCCIONES

Como se decía, en la actualidad, dada la escasez de suelo y a la vez la necesidad de dinero por las corporaciones locales, se están produciendo —pues la técnica constructiva actual lo permite— determinadas situaciones constructivas

(33) Torres Balbás, Leopoldo, *ob. cit.,* pág. 390.

curiosas en las que se podría apreciar «identidad de razón» con alguna de estas figuras que nos ha dejado el devenir histórico y que hemos ido analizando (34). O sea, que puede ser que la configuración de una figura en principio arcaica u obsoleta (de los que ciertos sectores pretendían su desaparición) podrían servirnos, hoy día, de base para dar configuración jurídica a estas recientes situaciones.

Así por ejemplo, en primer lugar, podemos encontrarnos con la siguiente situación: por determinados motivos, el titular de la superficie construible sobre una determinada parcela no la aprovecha por completo y, por ello, quiere ceder parte de la misma a la parcela colindante: supongamos que el planeamiento permite construir sobre dos parcelas A y B con 100 m^2 de superficie cada una, tres plantas de 60 m^2 en cada una de ellas (en total 180 m^2 en cada parcela). Ahora bien, el propietario de la parcela A vive solo, y tiene suficiente con los 60 m^2 de la planta baja. Por el contrario, el de la parcela B tiene seis hijos y además quiere tener su despacho profesional dentro de la vivienda. La construcción que podría hacerse sería la siguiente: una finca «1», sobre la parcela «A», con 60 m^2 en planta baja; y una finca «2», con 60 m^2 en planta baja sobre la parcela «B», 120 m^2 en planta primera (60 en la parcela A y 60 en la B) y 120 m^2 en planta segunda (60 en la parcela A y 60 en la B), con 300 m^2 construidos en total. El propietario de la parcela A transmitiría al de la B los 120 m^2 edificables que le sobran; y el conjunto quedaría dentro de los límites definidos por el planeamiento.



(34) En este punto se va a dejar de lado la figura de los adarves, por ser más clara su configuración jurídica, y nos vamos a centrar en las otras dos figuras analizadas de construcciones superpuestas.

Por lo que vemos, cómo en la actualidad se podría aprovechar el suelo y el vuelo y dar satisfacción a las distintas necesidades personales y familiares que se pueden plantear, utilizando esta forma de superposición de fincas independientes privativas. En la inscripción de estas fincas, la descripción de la finca 1 sería: construcción de una planta de 60 m^2 de superficie; sobre ella existen otras dos plantas de 60 m^2 que pertenecen al titular de la finca 2. Y la de la finca 2 sería: construcción con una planta de 60 m^2 de superficie y dos plantas más de 120 m^2 cada una; la mitad de cada una de estas últimas plantas está construida (vuela) sobre la finca 1.

Por otro lado, y en segundo lugar, estamos viendo cada vez con más frecuencia casos de edificaciones en el subsuelo y en el suelo, constituyendo fincas independientes. GOMÁ LANZÓN (35) menciona, en este sentido, un caso concreto que se le presentó y que lo resolvió aplicando al supuesto la idea de la medianería horizontal (36).

Hoy día estas situaciones jurídicas, de difícil configuración, cuentan con la base de las recientes resoluciones de la DGRN de 5 de abril de 2002 y 24 de febrero de 2007 (37) y, sobre todo, con la base legal que supone el artículo 17.4 de la TRLS, de 20 de julio de 2008, que abre la posibilidad de constituir «complejos inmobiliarios» compuestos por superficies superpuestas destinadas a la edificación o uso privado y al dominio público que tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, siempre que lo permita la ordenación urbanística previa a la desafectación del dominio público

---

(35) «La propiedad tridimensional», *ob. cit.*

(36) Con motivo de los Campeonatos Mundiales de Esquí Alpino de 1995-1996, se construyó en Sierra Nevada un gran aparcamiento subterráneo, de carácter público, sobre el cual se abrió la Plaza de Andalucía y, sobre ella, se edificaron varios inmuebles privados, todo ello aprovechando el desnivel del terreno para dar una nueva fachada urbana a la urbanización. Es decir, sobre un subsuelo de carácter público existe una superficie que, en parte, está ocupada por un espacio público y, en parte, por edificaciones privadas, produciéndose esta superposición de propiedades públicas y privadas.

Otro ejemplo más reciente es el aparcamiento subterráneo promovido por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía en el barrio del Albaicín, sobre el cual se desarrollaba en parte un espacio libre de uso público y, en parte, una serie de viviendas privadas. En este caso, tanto el subsuelo como la superficie se consideran privados, pero sobre esta última se ha establecido una servidumbre de uso público, de forma que su mantenimiento corresponde al titular privado del subsuelo, beneficiando así a la Administración, que queda eximida de esta obligación.

(37) La Resolución de 5 de abril de 2002 solucionó, por primera vez a través del recurso, al «complejo inmobiliario» la coexistencia de suelo público y subsuelo privado, existiendo algún elemento común entre suelo y subsuelo: la línea de separación entre uno y otro a través del forjado. Las Resoluciones de 2007 plantean los supuestos de inscripción de suelo y subsuelo de titularidad pública y privada, respectivamente, sin constituir un régimen de propiedad horizontal.

y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección de este (38) (39).

Así, aunque el 17.4 se refiere a un supuesto particular, la cuestión está en si podría ampliarse o generalizarse su aplicación a todos los supuestos de construcción superpuesta a los que nos hemos referido (en concreto a los engalabernos y cobertizos). A ellos nos referiríamos como complejos inmobiliarios simples (40) (que suponen, en definitiva, compartir un elemento estructural horizontal medianero) (41). Pero tal complejo inmobiliario no sería de aquellos a los que se refiere el artículo 24 de la LPH. El conjunto inmobiliario es una suerte de género o supuesto básico de situación inmobiliaria, como afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA (42), y este complejo simple no tendría base objetiva para la aplicación de la estructura jurídica que supone el régimen de propiedad horizontal.

Para la utilización del subsuelo, el artículo 17.4 TRLS habla de la posibilidad de constituir un complejo inmobiliario que se le ha identificado con los del artículo 24 LPH. Está claro que ello será muy posible si existen o comparten distintos elementos o servicios comunes, además de los propiamente estructurales arquitectónicos. En otro caso, el complejo habría de configurarse como simple, ya que estaríamos ante propiedades separadas, distintas e independientes que solo comparten el elemento divisorio de separación horizontal (43). En los ejemplos de las imágenes adjuntas se observa la superposición de fincas en la

---

(38) Este precepto permitiría que un Plan General de Ordenación Urbanística estableciera la posibilidad de crear una conexión entre dos edificaciones privadas volando sobre la vía pública, previa desafección del vuelo de esta del dominio público, estableciendo las condiciones para ello (por ejemplo, que no se incremente el volumen construido permitido en el conjunto de las dos parcelas; la necesidad de redacción de un estudio de detalle para ordenación de volúmenes o un Plan Especial, o la altura mínima que debe dejarse libre de edificación sobre la vía pública).

(39) GONZÁLEZ-PÉREZ afirma que frente a la insatisfacción que la fórmula concesionaria produce, la opción acogida expresamente en la Ley del Suelo ya estaba utilizándose y se admitía en la práctica registral. Comentarios a la Ley del Suelo (dir.: GONZÁLEZ-PÉREZ), vol. I, Pamplona, 2007, pág. 829.

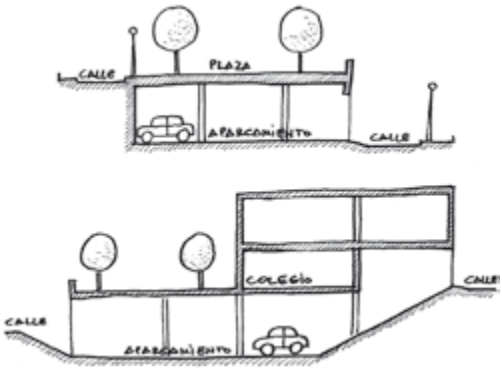
(40) En realidad, ya PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS utilizó la terminología de complejo inmobiliario como género en el que la medianería es un supuesto, ya que presupone derechos principales que recaen sobre dominios que, en lo principal, son independientes entre sí. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario,* T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 508.

(41) Hablamos de un conjunto inmobiliario que se originaría porque la existencia de un muro o estructura horizontal de separación lleva aparejada, necesariamente, una cimentación de apoyo que será compartida por todo el conjunto inmobiliario que se crearía.

(42) «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», en *RCDI,* núm. 719, pág. 2006.

(43) Y no es un complejo inmobiliario del artículo 24 de la LPH porque el régimen de la copropiedad sobre otros elementos comunes (viales, instalaciones o servicios) no se cumple en estos casos. Vid. RAGEL SÁNCHEZ en su comentario al artículo 24, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), Pamplona, 1999, pág. 737.

rasante y en el subsuelo que funcionan con total independencia y no comparten más que el elemento horizontal de separación, ya exista en la rasante un espacio público o un equipamiento de carácter privado.



Aunque hay que reconocer que, con carácter general, se ha considerado que la Ley del Suelo ha consagrado esta forma de propiedad inmobiliaria en el artículo 24 de la LPH como la más apropiada para regular las relaciones que han de existir cuando hay una propiedad pública en el suelo o vuelo y una propiedad privada en el subsuelo. Sin embargo, creemos que hay que ser coherentes con la premisa de partida y, de ahí, la insistencia de que esto solo es posible cuando hay otros elementos a compartir (pasos, escaleras, ascensores, servicios…) (44). Porque, en otro caso, estamos de nuevo aplicando un intrincado régimen normativo cuando las propiedades funcionan perfectamente

(44) Gómez de la Escalera afirma que se puede definir el conjunto inmobiliario como aquella situación inmobiliaria que existe cuando se da una pluralidad de fincas o unidades inmobiliarias independientes, vinculadas entre sí por un punto de conexión jurídica, llamadas a pertenecer a una multiplicidad de personas y que integran una unidad orgánica o funcional superior, sujeta a un mismo régimen jurídico real. Por tanto, los elementos del conjunto inmobiliario son: la pluralidad de fincas, la pluralidad de titularidades, un punto de conexión jurídica que las integra en una unidad inmobiliaria orgánica o funcional superior y un régimen jurídico estatutario unitario (*ob. cit.,* pág. 1038 y sigs.). El problema, a mi modo de ver, aparece con el tercer punto, porque el elemento estructural, si es lo único que comparten, no parece suficiente para construir un complejo inmobiliario del artículo 24 LPH, donde cabe la aplicación del régimen de propiedad horizontal. González Fernández manifiesta también sus dudas en estos casos en cuanto que el forjado, entendido como el punto de contacto entre planos, no siempre se convertirá en vinculación con trascendencia jurídica («Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente», en *Actum. Actualidad Mementos.* Ediciones Francis Lefebvre, pág. 9).

separadas y lo único que necesitan es un estatuto que regule los problemas de reparaciones o gastos del elemento de separación (45).

VI. CONCLUSIONES

¿Se podrían perfilar unos criterios, unos principios o mejor una normativa que solucionaran los problemas civiles y registrales de estos supuestos sin tener que acudir a la vía judicial?

Al finalizar este estudio sobre nuestra rica propiedad histórica inmobiliaria y el deber de conservarla, ayudando al propietario individual en las cargas que ese deber supone, y visto que determinadas formas inmobiliarias de nuestro pasado, necesitadas de respuestas, están volviéndose a producir en la actualidad se llega a varias conclusiones:

La primera conclusión, quizá muy básica pero muy importante, es que hay que tener siempre muy presente que no se pueden tratar todas las situaciones de la propiedad urbana con la misma medida: la medida o criterio de que toda propiedad se desarrolla en vertical sobre un determinado terreno. La realidad de la propiedad urbana, en las ciudades históricas y también en su desarrollo actual, es mucho más rica y compleja.

La segunda conclusión, referida a los supuestos englobados en la medianería horizontal, hace referencia a que la realidad nos lleva a la necesaria superación del concepto de parcela como porción de un plano, para pasar a una concepción espacial de la propiedad, constituida por una trama tridimensional de celdas (celular, volumétrica). En este sentido, el artículo 17.1 TRLS, ya distingue entre «finca» (concepto más amplio) definida como «unidad de suelo o de edificación» y «parcela», concebida como «unidad de suelo» (46).

---

(45) En este sentido, LUQUE JIMÉNEZ afirma que «aunque el complejo inmobiliario se presenta como una solución idónea, no es la única, pues se reconoce clara y explícitamente por la Dirección General la opción de la segregación del subsuelo, cuando la escisión es total respecto del suelo. En estos casos, existe una desconexión total de la superficie terrestre y no hay elementos comunes que impongan la necesidad de división horizontal o complejo inmobiliario, evitando de esta forma perpetuas relaciones de comunidad. Las relaciones entre suelo y subsuelo habrán de plantearse entonces en términos de fincas colindantes desde un plano vertical. «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», en *RCDI,* núm. 712, pág. 716.

(46) En realidad, hasta la Ley de Suelo de 2007, ninguna norma estatal había definido los conceptos de finca y parcela. Así se ha afirmado que el artículo 17 de la LS viene a definir los tres conceptos básicos en esta materia, la finca civil, la finca registral y la parcela. Vid., *Comentarios a la Ley del Suelo* (coords.: AVEZUELA CÁRCEL y VIDAL MONFERRER), Valencia, 2007, págs. 190 y sigs. Igualmente, GONZÁLEZ-PÉREZ afirma que el concepto de finca viene definido como la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusivamente a un propietario o a varios; la idea de la titularidad dominical es la que está presente. La parcela, la unidad

Por ello, quizá el Registro de la Propiedad debería recoger las propiedades con esta concepción; y si ello no fuera posible, sí al menos inscribir estas propiedades que afectan y relacionan varias fincas, mediante el número de anotaciones que sean necesarias (como se ha visto en el ejemplo del apartado anterior).

Por otro lado, el planeamiento urbanístico (especialmente el de protección de los conjuntos históricos) no debe limitarse a asignar un coeficiente unitario de m^2 construidos por m^2 de parcela, sino que debería establecer unas condiciones volumétricas, en superficie y altura, que permitan el mantenimiento y, por qué no, la nueva construcción de edificios con esta configuración, que harían posible la materialización de inmuebles con una gran riqueza espacial y arquitectónica (47).

Y la tercera conclusión a la que llegamos es que si a la vista de estas figuras, propias u originarias de tiempos pasados pero que, como hemos dicho, se están reproduciendo en los presentes con distintas modalidades, cabría plantearse la necesidad de clarificar conceptos, principios y normas a través de un estatuto que abarcara todos estos complejos inmobiliarios que hemos analizado y que no caben en las instituciones tipificadas por la Ley. Y ello, teniendo presente la base del artículo 17.4 de la Ley de Suelo, que abre la posibilidad de establecer complejos inmobiliarios que pueden ser simples si solo tienen en común los elementos horizontales de separación, o de los del artículo 24 LPH, si tienen más elementos o servicios comunes (48).

Se trataría de ampliar los efectos del artículo 17.4 del TRLS, que se refiere al subsuelo y al vuelo, también a las superposiciones de inmuebles privados. Tal norma es efectivamente una vía importante (49), pero es un precepto de orden urbanístico que permite una determinada actuación sobre suelo público

---

de suelo que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente, viene definida por otro criterio, que es el de tener atribuida la posibilidad de materializar por sí sola un aprovechamiento urbanístico, Comentarios a la Ley del Suelo (dir.: González-Pérez), vol. I, Pamplona, 2007, pág. 796 y sigs. En el mismo sentido, Allí Aranguren y Allí Turrillas, que consideran que el concepto de finca de la Ley del Suelo ha buscado una mayor identificación con la definición catastral. *Estudio Sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo,* Madrid, 2008, pág. 444.

(47) El Plan especial de protección del Albaicín de 1990, ya recogía en su plano de ordenación y alineación, las condiciones de edificación de cada parcela mediante la definición gráfica de las alineaciones exteriores e interiores (de patios) y alturas.

(48) Si bien es práctica comúnmente aceptada la inscripción registral del subsuelo como finca independiente del suelo, para poder abrir finca registral, se deberá constituir entre el dominio público superficiario y el subsuelo de propiedad privada, bien una propiedad horizontal, o bien un complejo inmobiliario, tal como señala la LS, o bien una medianería de la capa de separación o servidumbres recíprocas, esto es, deberán tener un elemento en común por mínimo que sea (Allí Aranguren y Allí Turrillas, *ob. cit.,* pág. 209).

(49) Así se manifestó ya Gomá Lanzón, quien consideró que esta norma supone la culminación de la evolución jurídica de esta materia y parece extensible a los supuestos de superposición de propiedades privadas («La propiedad tridimensional», *ob. cit.*).

recogiendo la superposición de suelo y vuelo de propiedad privada y pública. La idea que potenciamos sería generalizar tal situación, sin ningún tipo de matices, a todos los supuestos, resolviendo no solo los problemas urbanísticos sino también los civiles y registrales.

Y es que efectivamente, estos complejos simples constituyen supuestos no regulados expresamente en la actualidad, pero creemos que sería factible dar unas líneas o criterios generales de solución, en defecto de voluntad de las partes, a los problemas que, entre los partícipes de tal situación, se pueden presentar (50).

Es cierto que el Código Civil catalán recoge la posibilidad de la medianería horizontal con carácter general en el artículo 555 (51), especificando su concepto y características y regulando las cuestiones relativas a los gastos, pero ahora se trataría de avanzar más para completar esa comunidad especial por razón de medianería en nuestro Ordenamiento Jurídico, que abarcara desde los supuestos procedentes de los orígenes históricos de nuestras ciudades hasta estas nuevas construcciones de aprovechamiento del suelo y subsuelo a las que se refiere el artículo 17.4 del TRLS.

---

(50) Recordemos que para ALONSO PÉREZ, en la medianería, la prelación de fuentes sería: en primer lugar, el régimen específico estatuido *ad hoc* por los artículos 571-579 del Código Civil. También los artículos 580, 590 y 593 del Código Civil. Los preceptos relativos a las servidumbres o a la comunidad de bienes se tendrán en cuenta si en algún momento sirvieran para disciplinar aspectos de la medianería, al ser manifestaciones de las relaciones de vecindad. En segundo lugar, las ordenanzas y la costumbre del lugar. Finalmente, las lagunas frecuentes que puedan existir podrán llenarse con lo que acuerden o pacten los propietarios de las fincas colindantes. A falta de regulación legal, administrativa, consuetudinaria o pactada, se estará a la aplicación de los principios generales del derecho y el complemento de la jurisprudencia del TS. Afirma el autor citado que los principios han de extraerse de las reglas que disciplinan las servidumbres, la comunidad de bienes y las relaciones de vecindad («Comentarios al Código Civil», *ob. cit.,* pág. 1457). Quizá, sin embargo, hoy día, sería conveniente estar primero a lo estipulado por las partes, que será lo que mejor se adapte a su situación específica, es decir, a la constitución voluntaria, pues así se regulará el sistema de derechos y obligaciones, contribución a gastos e incluso la previsión de las servidumbres que sean necesario establecer. Y a falta de previsión de una determinada cuestión, sí que se podría aplicar subsidiariamente toda la normativa a la que antes se ha hecho referencia.

(51) El artículo 555.1 se refiere al concepto y al régimen jurídico. 1. Es pared medianera la que se levanta en el límite y en el suelo de dos o más fincas con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones que se construyan o de servir de valla o separación. 2. Es suelo medianero la estructura horizontal que tiene la finalidad de servir de elemento sustentador y de división de construcciones a diferentes niveles en altura o en el subsuelo. 3. La existencia de una pared medianera o de un suelo medianero comporta una situación de comunidad entre los propietarios de las dos fincas colindantes que se regula por pacto y, supletoriamente, por las normas del presente capítulo. A continuación el precepto habla de medianería de cargas, de su constitución voluntaria y características. Pero sin embargo, no se refiere específicamente, como lo hace en los párrafos anteriores, a los gastos, pagos y derechos de derribo de ese suelo medianero. Con lo que parece que, respecto de dicho suelo, esas especificaciones no serían de aplicación; y ello no tiene sentido porque también para el suelo medianero han de preverse lo relativo a los gastos que tal situación puede generar.

Ahí se lanza de nuevo la propuesta (52) de disciplinar estas situaciones de una manera genérica a través de un «estatuto» normativo coherente y actualizado, porque hasta ahora solo contamos con alguna norma suelta (como la citada del TRLS) e indicaciones doctrinales y jurisprudenciales que han resuelto problemas concretos y que son insuficientes para los problemas civiles y registrales que estas situaciones plantean. Quizá a través de esas normas de referencia, con las líneas marcadas por la normativa catalana (que explicarían su naturaleza jurídica y el conjunto de derechos y obligaciones de los afectados en torno a gastos y reparaciones y posibles derechos futuros con más precisión que lo hace la medianería y las relaciones de vecindad) se podría terminar con tantos problemas de tipo teórico y práctico como se han suscitado y evitar que tales cuestiones se puedan producir respecto a los nuevos fenómenos que estamos viendo en la actualidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Suelo* (coords.: Avezuela Cárcel y Vidal Monferrer), Valencia, 2007.

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil,* III. *Derecho de Bienes,* 11.ª ed., revisada por Encarna Cordero Lobato, Madrid, 2010.

Allí Aranguren y Allí Turrillas: *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo.* Madrid, 2008.

Alonso Pérez: *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, artículos 571 y sigs.

Arnau Moya: «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 2011-1, núm. 26.

Chueca Goitia, F.: *Breve historia del urbanismo,* Alianza Editorial, Madrid, 2000.

Dávila González en su comentario al artículo 571, en *Jurisprudencia Civil comentada.* Tomo I (dir.: Pasquau Liaño, coords.: Albiez Dohrmann y López Frías, A., Granada, 2009).

Fernández Martín-Granizo: *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español,* Madrid, 1983.

Fuentes Lojo: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.* T. II, Barcelona, 2002.

(52) Ya lo decía Fernández Martín-Granizo: en esta materia la evolución es constante y el Derecho no puede quedar ajeno a las nuevas situaciones en que en la vida real van a plantearse: *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español,* Madrid, 1983, pág. 223. Y, mencionando supuestos que exceden de este estudio, vid., por ejemplo, Fuentes Lojo, al analizar los supuestos de ciudades colgadas y subterráneas. *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.* T. II, Barcelona, 2002, págs. 1306 y sigs.

GOMÁ LANZÓN: «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo: la finca tridimensional», en *La Notaría,* núm. 9-10, septiembre de 2001.

— «La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 16.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal», en *RCDI,* núm. 719.

GÓMEZ-MORENO: *Guía de Granada*. Universidad de Granada. Instituto Gómez-Moreno de la Fundación Rodríguez-Acosta, Granada, 1982.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C.: «Calificaciones superpuestas sobre y bajo rasante: notas en torno al deslinde tridimensional de parcelas y su alcance práctico en el marco de la normativa estatal vigente», en *Actum. Actualidad Mementos,* Ediciones Francis Lefebvre, 8 de marzo de 2011.

GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo* (dir.: GONZÁLEZ-PÉREZ), vol. I, Pamplona, 2007.

GONZÁLEZ-SANTIAGO GRAGERA: *Casas empotradas con origen común: comunidad* sui generis *y no medianería horizontal.* BIB 2008/505, sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 3/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil,* III. Madrid, 2000.

LÓPEZ FRÍAS, M. J.: «La superposición de inmuebles: estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI,* 1999.

— «Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* enero-febrero de 2002.

LÓPEZ GUZMÁN, R.: *Tradición y clasicismo en la Granada del XVI. Arquitectura civil y urbanismo.* Diputación Provincial, Granada, 1987.

LUQUE JIMÉNEZ: «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», en *RCDI,* núm. 712.

MATHEU DELGADO: *Derecho de vuelo y subsuelo,* Madrid, 2011.

MEDINA DE LEMUS: «Engalabernos», en *RGLJ,* núm. 9, 2000.

MÜNZER, J.: *Viaje por España y Portugal. Reino de Granada*, Asociación Cultural Hispano-Alemana, Granada, 1981.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PÉREZ PÉREZ: «Consorcio real y propiedad consorciada», en *RCDI,* mayo de 2011.

RAGEL SÁNCHEZ en su comentario al artículo 24, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Pamplona, 1999.

ROCA JUAN: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones* Forales, dirigidos por ALBALADEJO, T. VII, vol. II, Jaén, 1978.

TORRES BALBÁS, L.: *Ciudades hispanomusulmanas*. Tomo I, Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Relaciones Culturales, Instituto Hispano-Árabe, Madrid.

VAN STAEVEL, J. P.: «Casa, calle y vecindad en la documentación jurídica», en *Casas y palacios de Al-andalus,* ed. Julio Navarro Palazón, El legado andalusí. Lunwerg Editores, Granada, 1995.

VILLANUEVA RICA, M. C.: *Casas, mezquitas y tiendas de los hábices de las Iglesias de Granada*, Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1966.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 24 de mayo de 1943 *(RJ* 1943/576).
STS de 7 de marzo de 1969 *(RJ* 1969/1179).
STS de 3 de abril de 1984 *(RJ* 1984/1924).
STS de 9 de julio de 1988 *(RJ* 1988/5601).
STS de 14 de abril de 2005 *(RJ* 2005/3238).
STS de 20 de mayo de 2008 *(RJ* 2008/3156).
SAP de Burgos, de 28 de enero de 2002 *(JUR* 2002/98489).
SAP de Granada, de 14 de julio de 2003 *(JUR* 2003/219428).
SAP de Granada, de 3 de marzo de 2005 *(JUR* 2005/13497).
SAP de Granada y de 30 de junio de 2006 *(JUR* 2007/26421).
SAP de Madrid, de 17 de noviembre de 2006 *(JUR* 2007/144451).
SAP de Burgos, de 13 de abril de 2009 *(JUR* 2009/284265).
SAP de Ciudad Real, de 11 de noviembre de 2009 *(JUR* 2009/462552).
SAP de Sevilla, de 11 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/372039).
SAP de Lleida, de 6 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/259346).
RDGRN de 25 de junio de 1987.
RDGRN de 5 de abril de 2002 *(RJ* 2002/8121).
RDGN de 24 de febrero de 2007 *(RJ* 2007/6137).
RDGRN de 15 de septiembre de 2009 *(RJ* 2009/5724).
RDGRN de 7 de marzo de 2011 *(RJ* 2011/3706).

RESUMEN

PROTECCIÓN PROPIEDAD HISTÓRICA SUPERPOSICIÓN DE INMUEBLES COMPLEJOS INMOBILIARIOS SIMPLES

La finalidad de este estudio es doble: por un lado, se trata de hacer hincapié en la necesidad de proteger, con carácter general, nuestro rico patrimonio inmobiliario histórico, sin olvidar a sus propietarios, analizando algunos supuestos singulares que, por su falta de clara configuración jurídica, han dado lugar a numerosos problemas de tipo práctico. Por otro lado, y basándonos en esas formas singulares inmobiliarias históricas que deben ser preservadas, se hace una propuesta de regulación general de estos complejos inmobiliarios más «simples»,

ABSTRACT

HISTORIC PROPERTY PROTECTION OVERLAP OF BUILDINGS SIMPLER PROPERTY COMPLEXES

This study has a double target: on the one hand, we will try to emphasize the necessity of protecting with general character our rich historic real-estate heritage, and also its propietaries, analyzing some singular assumptions that, lacking of legal settings, have lead to numerous practical problems. On the other hand, basing on these singular real-estate historic form, that must be preserved, it is done a proposal of general regulation of these «simpler» property complexes, based on some isolated rules and on the teaching of the doctrine and jurisprudence, with the

fundamentada en algunas normas aisladas y en la enseñanza de la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de que pueda servir también a situaciones arquitectónicas y urbanísticas que se están produciendo en la actualidad, y con las que se aprecia «identidad de razón».

purpose of it to also serve to architectonic and urbanistic situations taking place nowadays, and with which it is appreciated «ratio identity».

(Trabajo recibido el 27-5-2012 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

El *ius ad rem* y el artículo 1473 del Código Civil

por

ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense

SUMARIO

JUSTIFICACIÓN.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN.
2. LAS DOS FIGURAS INTERMEDIAS DE ESA DISTINCIÓN: LAS CARGAS REALES Y EL *IUS AD REM*.
3. EL *IUS AD REM* Y EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL. INTERPRETACIÓN Y COMENTARIO DE ESTE PRECEPTO.
4. LOS CUATRO GRANDES TEMAS DE ANÁLISIS:
   - A) Acciones ejercitables.
   - B) Buena fe.
   - C) Cuándo se entiende que ha habido inscripción.
   - D) Especialidad del artículo 1473 en el sistema de adquisición y transmisión en el Código Civil.

JUSTIFICACIÓN

El propósito de este trabajo no se centra en el análisis exhaustivo del sistema de la doble venta en nuestro Ordenamiento, determinando qué expectativas de reconocimiento de sus derechos tienen los diferentes compradores, o cuál pudiera ser la responsabilidad del vendedor —dueño, al menos en una venta—, sino que, sin olvidar esos derechos o esa eventual responsabilidad, tiene como fundamento

tratar de justificar que acudir a los postulados de la figura del *ius ad rem* puede servir para tutelar los derechos de una de las partes en el complejo entramado que surge de la transmisión de una misma cosa a diferentes compradores.

Aquí debería concluir la breve explicación del propósito de este escrito, pero tengo pendiente un deber moral de agradecimiento.

Este trabajo, y otros, no habrían sido posibles sin las enseñanzas, la generosidad y la ayuda del Profesor José S. MARTÍN BLANCO, universitario, con mayúsculas, durante toda su vida académica. No pretendo hacer un *in memoriam*, sino dejar pública constancia de un sentimiento de gratitud y reconocimiento hacia quien me brindó todos sus conocimientos y experiencia, me transmitió los valores más esenciales de la vida universitaria y, sobre todo, me honró con su amistad.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN

Es comúnmente admitido que el *ius ad rem* aparece en un momento histórico de la evolución jurídica como un *tertium genus,* como una figura intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, en el proceso de diferenciación de los derechos reales y de obligación.

Este nacimiento y carácter del *ius ad rem* obligan sistemáticamente a exponer, aunque sea muy en esquema, algunas ideas previas y necesarias al estudio de aquella figura y de su relación con el artículo 1.473 del Código Civil.

El derecho real —como concepto eje de los Derechos de cosas o Derechos reales— y el derecho de obligación —como concepto central del Derecho de obligaciones—, integran el llamado Derecho Patrimonial o Derecho de Bienes, con cuya denominación y configuración se pretende dotar de unidad sistemática a las normas jurídicas que regulan la atribución, pertenencia e intercambio de bienes y servicios. No obstante, esta superior integración del derecho patrimonial, la sistemática legal española y la sistemática legal tradicional regulan como dos grandes partes en el sistema de Derecho Civil, de un lado el Tratado de Derecho de Obligaciones y de otro el del Derecho de Cosas o Derechos Reales. Se corresponden —en división no totalmente estanca o carente de interrelaciones— con uno de los criterios de distinción manejados: los derechos reales representan la *estática* patrimonial y los derechos de obligación la *dinámica* patrimonial.

La sistemática señalada, las investigaciones de la doctrina y los pronunciamientos de la jurisprudencia obligan, por tanto, al planteamiento de la distinción entre el derecho real y el derecho de obligación. Planteamiento y análisis que no corresponde, en profundidad y detalle, al tema de este trabajo, y que aquí será objeto, intencionadamente, de mínimas referencias.

La distinción, que tiene su apoyatura y construcción en un largo proceso y en una elaboración doctrinal continuada, tiene su justificación para nuestro Derecho Civil positivo, puesto que el concepto de «derecho real» y el de «obligación» vienen manejados en la distinción que diferentes artículos de nuestro Código Civil consignan.

Y así los artículos 609 y 1095 del Código Civil establecen esa distinción: *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten… por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición* (art. 609). En cambio, *el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla,* pero *no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada* (art. 1095).

El artículo 1280 somete a los actos y contratos constitutivos, modificativos y extintivos de derechos reales sobre bienes inmuebles a una determinada forma solemne —documento público— que, en cambio, no es exigida para los derechos de crédito.

Y en el mismo sentido, los artículos 605 (1) y 606 (2) del Código Civil en relación con los 1 (3) y 2 (4) de la Ley Hipotecaria, someten a la inscripción en el Registro de la Propiedad, para su plena eficacia en relación con terceros, a los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

De la misma forma, la distinción se refleja en el distinto régimen jurídico que el Código Civil establece para la prescripción de los derechos reales y de los de obligación; así, los artículos 1930 y 1940, 1962, 1963 y 1964 del Código Civil. Solo los derechos reales son susceptibles de prescripción adquisitiva. Las acciones reales prescriben a los seis años si recaen sobre bienes muebles, y a los treinta años si recaen sobre inmuebles, mientras que las acciones personales prescriben a los quince años.

No es, por tanto, una distinción meramente teórica, sino también de orden práctico con claras consecuencias legales, lo que justifica de por sí el planteamiento tendente a procurar una adecuada solución y claridad.

Y en el orden de la doctrina, la distinción continúa siendo una de las cuestiones metodológicas de capital importancia en el Derecho Civil. Y en las ten-

---

(1) Artículo 605 del Código Civil: *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.*

(2) Artículo 606 del Código Civil: *Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.*

(3) Artículo 1 LH: *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles…*

(4) Artículo 2 LH: *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos…*

dencias doctrinales la gran mayoría, por no decir la unanimidad de la doctrina española y extranjera mantiene o acepta la tesis del derecho real configurado, en el lado interno, por la inmediatividad del poder sobre la cosa y, en el externo, por la absolutividad del poder. Pero no faltan elaboraciones (de los años cincuenta del siglo pasado para acá) en las que algunos autores dan un nuevo planteamiento a la distinción. Tales como GIORGIANI (5) en Italia; GINOSSAR (6) y CARBONNIER (7) en Francia; y DÍEZ PICAZO (8) en España que, si bien critican los argumentos tradicionales de la distinción y sitúan esta en la nueva realidad socio-económica, mantienen, no obstante, el valor y significación de ambas categorías de derechos subjetivos e incluso en paradigmas que surgen de su distinción, aunque, evidentemente, suavizan las fronteras de entrambas. En este sentido es paradigmática la opinión de VALLET DE GOYTISOLO (9) cuando señala que: «desde un punto de vista analítico, el problema de fronteras no puede resolverse nunca con precisión. Los supuestos que se ofrecen como más claros y diferenciados, para distinguir el derecho real del de crédito, son los de *ser dueño de una cosa* y *ser acreedor de la obligación de entregarla*. Y es el caso que se llegan a oscurecer sus diferencias con la figura intermedia del *ius ad rem*, y casi a borrarse totalmente con la concepción francesa de la compraventa, consensual y traslativa del dominio… Esa distinción tan clásica de los derechos patrimoniales llega a ser una mera cuestión de apreciación, de nueva visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de derechos reales; y, en caso contrario, de obligaciones. Como todo lo que es susceptible de apreciación, es «algo» relativo que depende del rasero o unidad con que se le mida en cada uno de sus aspectos».

En relación directa con los argumentos en pro y en contra de mantener la tradicional distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, la necesidad de elaborar un concepto del derecho real ha sido y es cuestión metodológica que la doctrina ha procurado solucionar. Y esta necesidad deriva, entre otras varias causas, de que no existe en nuestro Código una definición o concepto genérico de derecho real, pues este contiene definiciones o conceptos específicos de cada derecho real tipo: derecho de propiedad, derecho de servidumbre, derecho de usufructo, etc., pero falta la definición genérica de un concepto unitario de derecho real como concepto distintivo del derecho de obligación.

---

(5) GIORGIANI, *L'obbigazione (la parte generale delle obbligazioni),* Milano, 1951, págs. 81 y sigs.

(6) GINOSSAR, *Droit réel, propiété et créance,* París, 1960, págs. 11 y sigs.

(7) CARBONNIER, *Droit civil. Les biens,* París, 1956, págs. 70 y sigs.

(8) DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, Madrid, 1988, pág. 40.

(9) VALLET DE GOYTISOLO, «Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito», en *Estudios sobre Derecho de cosas,* I, Temas generales, 2.ª ed. Madrid, 1985, págs. 223 y sigs.

En relación con esto, señala LACRUZ (10) que «el concepto de *derecho real* es producto de una generalización. Es decir, paulatinamente han ido surgiendo la propiedad, el usufructo, la hipoteca, y *a posteriori* el observador ha comprobado la existencia de una serie de rasgos comunes entre estas variedades que permite agruparlas bajo un mismo concepto superior, más genérico y abarcándolas a todas. Ni siquiera en las fuentes justinianeas encontramos expresamente formulado el concepto de derecho real: hemos de esperar al derecho común para que la doctrina comience a distinguir entre el *ius in personam* y el *ius in re,* como categorías generales, comprendiendo, de una parte, los derechos de obligación, y de otra, los derechos sobre las cosas, distinción a la que se llega a través de la *causa actionis*».

Y en materia de obligaciones ocurre lo contrario, y así el artículo 1088 del Código Civil (*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*) da un concepto genérico, o contenido, de la obligación como concepto central o nuclear del Derecho de obligaciones.

Esa ausencia de definición legal del derecho real obligaría a la elaboración de su concepto. Y aunque provisionalmente podamos entender que el derecho real es la forma jurídica en que se realiza el derecho o poder sobre las cosas, esa elaboración del concepto de derecho real encuentra tres órdenes de dificultades: de orden histórico; doctrinal y técnico-legal.

Esas dificultades de orden histórico esbozan, en primer término, la discrepancia de planteamiento entre los autores en orden a determinar si el derecho real es concebido de modo distinto en el Derecho romano y en el germánico —postura de BEKKER (11)— o si tiene la misma configuración en ambos Derechos. En segundo término, habría de cuestionarse cuál fue históricamente la configuración del derecho real en uno y otro. En tercer lugar, la dificultad de ver cuando surge el derecho real como tal, cómo comienza a diferenciarse del derecho de obligación. Y, en cuarto lugar, precisar como influye históricamente en la distinción la existencia de dos figuras intermedias: las cargas reales y el *ius ad rem* como figuras o estados intermedios entre el derecho real y el derecho personal o de obligación.

De las dificultades de orden doctrinal son reflejo las numerosas construcciones que tratan de elaborar el concepto de derecho real, y su distinción del derecho de obligación y de las que son representativas la teoría clásica (12), las

(10) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil,* III, *Derechos reales* (Ed. y puesta al día por LUNA SERRANO), Madrid, 2008, pág. 1.

(11) BEKKER, *Kommentar zum schwiz. Obligationenrecht,* Zurich, 1911, pág. 175.

(12) Entre otros: RIGAUD, *El derecho real,* trad. esp., Madrid, 1928. BAUDRY, *Traité de Droit Civil. Des biens,* París, 1905. HEDEMANN, *Derechos reales,* trad. esp., Madrid, 1955, págs. 31 y sigs. RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil,* trad. esp., T. I, págs. 228 y sigs. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derechos Reales (Derecho de propiedad y sus modificaciones),* T. III, Madrid, 1900.

teorías anteclásicas o personalistas (13) y otras posiciones (14) a las que puede atribuirse una tendencia revisora de los planteamientos tradicionales.

Las dificultades de orden técnico-legal para formular el concepto de derecho real y su distinción del derecho de obligación o personal, son las que plantean la regulación en el Código Civil de determinados derechos que parecen situarse en una zona jurídica gris o intermedia y en los que, no obstante configurarse como derechos reales parecen predominar las obligaciones y las relaciones obligatorias entre las partes. Así, por ejemplo, cuando se ocupa del usufructo —derecho real— nuestro Código Civil en la regulación de los artículos 467 a 522 está hablando de deudor, de obligaciones del usufructuario y del nudo propietario, como relaciones jurídicas entre personas más que entre cosas o, por lo menos, resaltan esas relaciones obligacionales más que las relaciones de persona a cosa. Otro tanto podría decirse, por ejemplo, de la hipoteca, cuya regulación en los artículos 1874 y siguientes del Código Civil ofrece, sobre el derecho real que es, un contenido obligacional.

Y, obviamente, estas dificultades técnicas son mayores cuando se contemplan los tipos de derechos sobre los cuales la doctrina discute su carácter real o personal (derechos de retención u opción, por ejemplo) ante la regulación de los mismos en el Código Civil.

Dificultades que podrían también predicarse de otros derechos de configuración jurídica como el tanteo o el retracto de los que se puede afirmar que son, en definitiva, manifestaciones reguladoras del *ius ad rem*.

2. LAS DOS FIGURAS INTERMEDIAS: LAS CARGAS REALES Y EL *IUS AD REM*

Las dificultades aludidas, que se presentan ya en la configuración del derecho real, de su concepto y diferencias con el derecho personal o de obligación, solamente en el contraste de ambas figuras, son aún mayores cuando se contempla una figura —como el *ius ad rem*— intermedia o no encajable en ninguna de aquellas.

Porque el proceso histórico de elaboración del derecho real y su distinción del derecho de obligación se complica, se enturbia, por la existencia de dos figuras intermedias, cuando en la Edad Media empieza a ser elaborado —entre

---

(13) Entre otros, PLANIOL, *Traité pratique de Droit français,* T. III, *Les biens,* París, 1926. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette,* trad ital., T. I, pág. 38. FERRARA, *Tratatto de Diritto Civile,* T. I, págs. 360 y sigs.

(14) Entre otros: GINOSSAR, *op. cit.* CARBONNIER, *op. cit.* BARASSI, *Diritti reali e possesso,* T. I, Milano, 1952. GIORGIANI, *op. cit.* DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil,* T. I, Parte especial, Derecho de propiedad, Derechos reales, Madrid, 1959; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario,* T. II, Barcelona, 1979, pág. 610.

el derecho real y el derecho de obligación— un término medio: las cargas reales del Derecho germánico y el *ius ad rem* del Derecho canónico; término o figura tercera que el Derecho romano desconoció.

En un resumen brevísimo señalan los romanistas que en el Derecho romano se perfila, a partir del siglo V, con la *Lex Poetelia,* la posible distinción entre el derecho real y el personal. La jurisprudencia romana puede elaborar la obligación sobre tres elementos: las cosas, el patrimonio y el proceso o procedimiento. Especialmente en torno al procedimiento en el que es característica la *actio,* pues como dice el profesor Juan IGLESIAS (15), la distinción romana solo es explicable a través de la compenetración entre el derecho material y la *actio*.

La posibilidad de ejercitar acciones distintas indica la separación entre el derecho real y la obligación. La *actio* que se da para ejercitar el derecho real es la *actio in rem;* y la que se da para el ejercicio de las obligaciones es la *actio in personam*. En la *actio in rem* la *intentio* no contenía la designación del demandado, al revés de lo que ocurría en la *actio in personam*.

Son los glosadores quienes utilizan los términos *ius in re* y *ius in personam,* y adscriben la *actio in rem* al *ius in re,* y la *actio in personam* al *ius in personam*.

De acuerdo con el planteamiento trazado por BUSSI (16), la verdadera naturaleza del *ius ad rem* puede considerarse como una especie de categoría intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, siendo de particular aplicación en la hipoteca y en la prenda. Y así cuando en el derecho común se habla de *ius in re* en contraposición a *ius ad rem,* se refiere a derecho existente como categoría contraria a expectativa jurídica.

Criterio de la clase de acción y adscripción de la misma a uno y otro derecho, que pasa al Derecho moderno y que se utiliza como uno de los criterios actuales de distinción entre el derecho real y el derecho de obligación.

Esta distinción, como se ha señalado, se complica con las figuras intermedias de las cargas reales y del *ius ad rem*.

Las cargas reales (*Reallasten*) del Derecho germánico, cuyo análisis y estudio no constituyen objeto de este trabajo, y cuya figura más parecida en los Códigos latinos son los censos, son consecuencia del especial modo de ser de las instituciones germánicas y sobre todo de la importancia que, en la Edad Media, tuvieron los bienes inmuebles, como reflejo del principio o aforismo *res movilis, res vilis*. Se asientan sobre la relación política del feudo —señor y vasallo— y el reconocimiento del señorío del feudo por el vasallo, a cambio del

(15) IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,* Barcelona, 1962, págs. 217 y sigs.

(16) BUSSI, «La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritti reali e Diritti di obligazione)», vol. XXVII, en *Studi di Diritto Privato,* diretti da ROTONDI, Padova, 1937, págs. 11 y 12.

cual el vasallo recibía la explotación de un feudo mediante el pago por aquel de un canon permanente sobre el feudo.

Las cargas reales implicaban relaciones políticas de derecho público (o eclesiástico con la institución de los llamados diezmos). Pero a partir de los siglos XII y XIII, las cargas reales pasan al campo del derecho privado y frente a aquella concepción de gravamen de derecho público, surge la concepción jurídico privada que las estructura y concibe como un contrato entre las partes, por virtud del cual una se obliga a limitarse en su propiedad del fundo a cambio de un canon o merced que la otra se obliga a pagar por su explotación. Y ofrecen, así, la unión de dos elementos integrados e inseparables en ellas: un elemento o relación contractual obligacional (derecho de obligación) y un derecho real o de sujeción de la cosa (derecho real).

Y el *ius ad rem*, cuya figura analizaremos, una vez examinadas esquemáticamente las líneas del proceso histórico-jurídico y doctrinal en que se encuadra, contemplándolo como *tertius genus,* o figura intermedia entre el *ius in re* y el *ius obligationis*.

En el Derecho canónico se ve aún más clara la introducción de un *tertius genus* en la figura del *ius ad rem*. En este Derecho existen dos figuras interesantes: el *ius decimalis* como facultad de los diezmos que aparecen con un carácter de derecho público y que vienen a ser el reconocimiento del dominio en aquella época de las cargas reales, y el *ius ad rem*.

La figura del *ius ad rem,* como ya se ha señalado, es intermedia entre el derecho real y el personal, habiendo sido criticados los canonistas por la introducción de esta figura. Su proceso de aparición es simple y se encuentra en la provisión de los Oficios; cada Oficio llevaba anejo su Beneficio, y aquel que desempeñaba el Oficio tenía derecho al correspondiente Beneficio. Este derecho al Beneficio era en sí y por sí un derecho real, que entraba en la categoría del *ius ad rem,* pero sin embargo era de un tipo *sui generis,* pues chocaba con todas las demás categorías de los derechos reales: no era de propiedad, pues no existía en él un poder de disposición; no era un usufructo, porque en este el derecho a usar y disfrutar de la cosa está girando alrededor de dos personas, el usufructuario y el nudo propietario, mientras que en el Beneficio la única persona que existe es el beneficiario; tampoco se trata de una enfiteusis, porque el dominio útil y el dominio directo que se distinguen en la enfiteusis, no existen en el Beneficio.

A pesar de todo lo anterior, era un derecho protegido por una *actio in rem,* por tratarse de un poder que se dirige sobre la cosa. Ello tiene su explicación: desde el momento en que se nombraba a una persona para el Oficio hasta el momento de recibir el Beneficio, mediaba un lapso de tiempo. En la provisión del Oficio es importante el momento de la colación, que vendría a ser la *missio in possesione* romana o la *Gewere* germánica. En ese lapso de tiempo que mediaba desde el nombramiento hasta que se entraba en posesión del Benefi-

cio, la persona tenía un derecho que debía protegerse; el Cabildo o el Patrono estaban ligados al beneficiario y además de superior jerárquico estaba obligado a respetar aquella designación. Asimismo, el elegido tenía unas acciones para dirigirse contra todo tercero que le inquietara, y una acción contra otra u otras personas que, nombrándose con posterioridad, entrasen con anterioridad en la posesión del Beneficio.

Puesto que no era obligación, ni *ius in re,* ya que le faltaba la entrada en posesión, se acude al término del *ius ad rem* y así, el nombrado antes de entrar en posesión, tiene un *ius ad rem,* un derecho a la cosa, y no un *ius in re* o derecho sobre la cosa.

Históricamente, este término pasa a las teorías feudalistas por un proceso de necesidad de explicar ciertas figuras contradictorias procedentes del derecho germánico y del derecho romano, puesto que en este último se exigía la entrega de la cosa mientras que en el primero bastaba con la simple investidura, de tipo simbólico, para adquirir la titularidad; y así llegaron a la construcción de decir que cuando la entrega de la cosa se hacía por medio de la simple investidura se estaba en presencia de un *ius ad rem,* mientras que si la entrega se efectuaba por medio de la *traditio* se daba un *ius in re*.

La introducción de este término, *ius ad rem*, se debió —según criterio comúnmente admitido— al canonista Sinibaldus Frischi, formulándose luego en la provisión de obispados: impedido un obispo, se le nombraba un coadjutor, con un *spe succedendi,* y teniendo un *ius ad rem* al obispado que se convertía en *ius in re,* tan pronto como moría el obispo auxiliado.

Esta figura pasa, en aquel período histórico, a las teorías civilistas con objeto de satisfacer una necesidad teórica de tipo concreto, en el siguiente caso: para explicar la situación en que está el comprador, que después de efectuar con una persona un contrato de venta, y no habiéndole sido aún entregada la cosa, el vendedor burla el contrato y entrega la cosa a una tercera persona. Se trata de proteger al primer comprador, y se dice que este comprador tiene una acción para recobrar la cosa, con una excepción: cuando el segundo ha procedido de buena fe, aunque en este último caso se le concedería una indemnización por daños y perjuicios.

En este momento histórico que consideramos, se entiende que este derecho concedido al primer comprador antes de recibir la cosa no es un derecho de obligación, ni un derecho real, es un *ius ad rem*. No es derecho de obligación debido a que no se ha perfeccionado el contrato hasta que no se verifique la entrega de la cosa, y como esta no ha sido entregada, no ha surgido la obligación; tampoco es un derecho real ya que la propiedad no se ha adquirido y no se tiene un derecho sobre la cosa.

Antes de la codificación civil alemana, en el Derecho territorial prusiano, se admitió la figura del *ius ad rem,* precisamente para explicar —ya que en él el consentimiento no vale por sí solo para efectuar la transmisión— la situación

resultante de haber verificado el acuerdo de venta de la cosa sin haber mediado la entrega de esta y cuando el vendedor hubiera verificado una segunda venta.

Esta figura no llega al Código alemán, ya que es suprimida en una Ley de 1872; tampoco se admite en el italiano, aunque la figura deja huellas evidentes en el Derecho Civil, que todavía son apreciables en las vigentes legislaciones.

¿Qué ocurre con la figura del *ius ad rem* en el Derecho Civil español? En la doctrina civilista clásica española, ATARD (17) ha tratado de aplicar en nuestro Derecho actual la figura del *ius ad rem* a algunas situaciones en relación con las denominadas en la doctrina alemana vocaciones al derecho real, cuando señala que «existen vocaciones al derecho real que lo son por la propia naturaleza de la relación jurídica, es decir, que implican desde su nacimiento el derecho a una cosa determinada del patrimonio del deudor… ejemplo lo tenemos en la posición del comprador y del que en cualquier contrato adquiere el derecho a cosas determinadas del patrimonio ajeno, mientras no se entabla la relación real por la inscripción, el modo o la escritura; en general en las expectativas de derecho respecto de cosas determinadas en que se da un *jus ad rem* (18) sujeto a condición suspensiva más que un *jus in re* condicional». Acepta esta tesis ROCA SASTRE (19) y tiene alguna presencia y repercusión en la doctrina de la Dirección General de los Registros (20).

En general, sin embargo, la doctrina civilista clásica española no se muestra unánime en la aceptación de la figura o categoría del *ius ad rem*: CASTÁN (21) la rechaza por falta de claridad y difícil incorporación al derecho patrio, mostrándose también en contra VALVERDE, cuando afirma, con respecto al *ius ad rem,* que «su origen es de Derecho canónico, el cual le concebía como término específico e intermedio entre el *ius obligationis* y el *ius in re*. Este término desapareció de la doctrina y de las leyes, identificándose con el derecho personal y si bien es cierto que el Derecho Inmobiliario alemán lo ha resucitado bajo el concepto genérico de lo que se llama vocaciones al derecho real, es lo cierto que el mismo Código Civil alemán no admite este término intermedio. No se ve clara la intención de resucitar este tercer miembro de la división, porque realmente los *ius ad rem,* por su propia naturaleza, son obligaciones con efectos reales, son derechos personales que pueden transformarse en reales o quedar simplemente en su fundamental estado, marcan unas veces un estado transitorio de derecho, provisional mejor dicho, como sucede en las anotaciones

(17) ATARD, «Las llamadas vocaciones al derecho real en nuestro sistema hipotecario (Conferencia pronunciada en la Universidad de Valencia)», en *RDP,* 1924, T. XI, pág. 279.

(18) Literal en el texto.

(19) ROCA SASTRE, *op. cit.,* pág. 615.

(20) Resoluciones, entre otras, de 13 de febrero de 1929, 20 de mayo de 1934, 13 de junio de 1935, 9 de agosto de 1943 y 18 de octubre de 1944.

(21) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral,* T. 2, vol. 1, Madrid, 1984, pág. 52.

preventivas… Dudo que tome carta de naturaleza la resurrección de este tercer término de la división de los derechos patrimoniales; esto aparte, de que cuando se admite un término intermedio al clasificar cualquier relación jurídica, suele ocurrir que este término tercero puede encasillarse en los dos grupos diversos o que los dos términos extremos no estén bien delimitados» (22).

No obstante en la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil, existen opiniones que mantienen, como SÁNCHEZ ROMÁN (23), que se puede encontrar un ejemplo de *ius ad rem* en el artículo 1473, aunque, según su opinión, en realidad este caso no es un propio y verdadero *ius ad rem* sino una figura de obligación, tal como algunos autores también han concebido el *ius ad rem;* es como una obligación del vendedor a entregar la cosa al primer comprador (24).

ESPÍN (25) hace una referencia a la supervivencia del *ius ad rem* en nuestro Código, en el artículo 1473, cuando señala: «A nuestro juicio, la única explicación posible del artículo 1473 es la de que sea una aplicación de la vieja doctrina del *ius ad rem*. El examen de la situación del segundo adquirente, primero en la posesión, en la doble hipótesis de que tenga buena fe o de que carezca de ella, nos lleva a esta afirmación».

Con más contundencia se expresa LACRUZ (26), cuando afirma, a propósito de la adquisición de los derechos reales y expresamente en los casos de la doble venta: «…en un planteamiento romanista, la propiedad correspondería siempre al adquirente a quien primero se hiciera la tradición, pero al redactarse el Código Civil, de una parte se venía reconociendo desde la Edad Media el *ius ad rem* del adquirente a quien todavía no se ha hecho entrega de la cosa, y de otra, a partir del establecimiento del Registro de la Propiedad, los juristas comprendieron mejor la posibilidad de una eficaz adquisición *a non domino* por el *accipiens* de buena fe, perdiendo su carácter general la regla *nemo plus iuris;* probablemente también en cuanto a la adquisición de la propiedad de bienes muebles».

Posiciones doctrinales, que unidas a otras (como las defendidas en Derecho español por ESPÍN, o BUSSI en Italia, ya citados) que junto con la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo, a la que después se aludirá, ponen de manifiesto la actualidad que mantiene en la dogmática civilista la figura y ma-

---

(22) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español,* T. II, Derechos Reales, Valladolid, 1925, pág. 18, nota 1.

(23) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1899, pág. 587.

(24) Más recientemente, como partidario de la aplicación del *ius ad rem,* aunque en sentido diverso del que aquí nos proponemos. Cfr. MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, «El *ius ad rem»,* en *RDP,* 1989.

(25) ESPÍN, «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *RDP,* 1945, págs. 349 y sigs.

(26) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil,* T. III, Barcelona, 1979, pág. 158.

teria objeto de este trabajo. Postura que, por supuesto, no es unánime. Entre los autores se han alzado algunas voces en contra, postura de la que sirve de ejemplo la siguiente frase (27): «A nuestro juicio esta figura (el *ius ad rem*) (28) carece de consistencia, puesto que no encuentra cabida en ningún ordenamiento… Sin embargo es dable y justa una gradación en la reprobación que nos merecen estos intentos de desempolvar el viejo *ius ad rem*. En efecto, mientras en algunas ocasiones este (re)descubrimiento periódico de este Mediterráneo no es muy afortunado, en otras, aunque flagrantemente *contra legem,* la sedicente vigencia de esta figura ha servido a honrosas causas ético-morales, a las que nunca puede dar la espalda un jurista. En concreto, allí donde se mantiene que la mala fe del comprador preferido es un dato jurídicamente intrascendente, el bendito *ius ad rem,* que, además, blasona de la pátina siempre fascinante de lo histórico, logra quebrar la tupida red del formalismo y negar la protección a un sujeto doloso o atolondrado». Es decir, según esta postura, ora se es partidario del positivismo porque la figura no aparece en ningún ordenamiento moderno, ora se es partidario del sistema y, entonces, «este Mediterráneo» sirve a la función quijotesca de «resolver agravios».

Pero, para tratar de resolver el problema que plantea el artículo 1473, y lo mismo que ocurría a los romanistas y civilistas franceses al tratar el problema del *ius ad rem* en sus legislaciones, para resolverlo en la española hay que aludir, en primer término, a los modos de adquirir y transmitir el dominio. Estos modos los recoge el Código, en el artículo 609, en el sentido de decir que el solo consentimiento no transmite el dominio sino que esta transmisión se efectúa, aparte de otros modos *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*. Cabe preguntar que cuáles serían estos contratos, pregunta que se resolvería diciendo que el artículo 1473 está incluido dentro de las disposiciones referentes al contrato de compraventa, y esta compraventa sería valida para efectuar la transmisión, por lo menos, a título singular.

Además, como norma típica para la transmisión del dominio nos encontramos con el artículo 1095 (29). El Código sigue, en este punto, un sistema lógico ya que en él se plantea el problema de cual sería la persona a quien le serían cargados los daños —antes de que fuera transmitido el derecho real— que se originaran en la cosa, y como estos daños van a cuenta del acreedor, es lógico que adquiera los frutos desde el momento en que nace la obligación. El sistema del Código, en cuanto a la adquisición, estaría situado en un punto intermedio entre el sistema romano, que exige para que esta se efectúe la causa

(27) Rubio Garrido, *La doble venta y la doble disposición,* Barcelona, 1994, pág. 154 y sigs.

(28) El paréntesis es mío.

(29) *El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.*

y el título, y el sistema germánico, en el cual aquella es válida por el simple consentimiento.

El Tribunal Supremo, en sentencia, entre otras, de 6 de febrero de 1990 (30), ha aludido al *ius ad rem* y a su relación con las normas relativas a la transmisión del dominio, estableciendo en el Fundamento de Derecho tercero que: «…la compraventa en nuestro derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re,* mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca».

Criterio este que trae causa de otras sentencias anteriores, tales como la de 14 de junio de 1966, a cuyo tenor: «…en las transmisiones de bienes inmuebles, operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del contrato a que se refiere el artículo 1450 en relación con los 1254, 1258 y 1278 del Código Civil, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un *jus ad rem* sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los 1461 y siguientes, sino con el de su consumación mediante la tradición que exigen los 609 y 1095, por ser entonces cuando surge el verdadero *jus in rem* sobre la cosa adquirida con el consiguiente efecto de inmediatividad sobre el inmueble y acción *erga omnes* para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transmisión según el artículo 1462 de dicho Código, por lo que… la constancia en documento privado de un contrato de aquella clase no da nacimiento a acción real alguna, puesto que por sí mismo no transfiere el dominio si no se justifica la tradición de la cosa vendida».

En relación con las mismas cuestiones, la sentencia de 24 de mayo de 1980 señala que: «…no se halla incorporada al Derecho positivo español la moderna doctrina, acogida por otras legislaciones, de que el consentimiento que perfecciona el contrato de compraventa transmita al comprador la propiedad de la cosa vendida sin necesidad de que medie la tradición material, de tal manera que en el Código Civil español, por su inspiración en el Derecho romano, la propiedad, y por consiguiente el dominio, no se transmite por la mera perfección del con-

(30) Ponente: Excmo. Señor Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

trato, si no es seguida de la tradición, tampoco cabe desconocer que… siendo el contrato de compraventa un negocio jurídico de naturaleza y efectos puramente obligatorios que sirve de título traslativo y adquisitivo, no cabe confundir ese título obligatorio, representativo del dominio a favor del comprador, con el derecho real sobre la cosa, generado por la tradición o entrega significativa de relación directa de potestad y señorío, toda vez que… configurada la compraventa en nuestro derecho como contrato consensual, del que surge la obligación de entrega de la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, hay que distinguir el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re* mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la consecuencia jurídica de que en el caso de realidad de contrato de compraventa, no seguida todavía de tradición…, si bien no cabe considerar propietario al comprador en tanto dicha tradición no se produzca, no impide..., que el comprador tenga facultad de exigir el cumplimiento contractual, y por tanto la entrega de la cosa vendida…».

Y en relación con la constancia registral del derecho adquirido, la sentencia de 7 de abril de 1981 señala que «desde el punto de vista jurídico, no es posible contemplar aisladamente el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que es preciso ponerlo en relación con el párrafo 1.º, pues según se ha recordado, aquel comienza diciendo que: «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente...», y esto, que con anterioridad se dispone, no es sino el llamado principio de legitimación registral, formulado por nuestro legislador, diciendo que «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»; presunción *iuris tantum* que cubre no solo a la titularidad propiamente dicha, sino igualmente a la extensión del derecho real inscrito, que comprende también lo concerniente a los linderos de la correspondiente finca, pues aquella «forma» tiene que ponerse en relación con la circunstancia 2.ª de la Ley Hipotecaria y la regla 6.ª del 51 del Reglamento Hipotecario que exigen, que en toda inscripción se determine la extensión del derecho que se inscribe con expresión concreta de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente».

En cuanto a la transmisión de las distintas clases de bienes, nos encontramos con que el Código, a pesar de que en principio reconoce la igualdad de normas para la transmisión de los bienes muebles e inmuebles, hace en realidad una distinción entre ambos tipos, tal como se ve, por ejemplo, en los artículos 1462 y 1463, como no puede ser de otro modo.

La norma fundamental de esta diversidad de clases que aparece en el Código, es el reconocimiento por parte de este de la necesidad de efectuar la inscripción en el Registro, para que la transmisión sea válida siempre que se

trate de inmuebles, pues aunque esta inscripción tendría en principio solo carácter potestativo, nos encontramos dentro de nuestro sistema hipotecario con una serie de disposiciones que harían imposibles los plenos y totales efectos respecto de terceros de esta transmisión de no efectuarse la inscripción; tal sería, por ejemplo, la inexistencia de publicidad cuando la inscripción no se haga.

Por lo que se refiere a la posesión de cosas muebles, en el artículo 464 de nuestro Código se consagra, como es sabido, el principio germánico de que la posesión de buena fe equivale al título. Y teniendo en cuenta este sistema de transmisión de la propiedad, así como también la diversidad de trato entre los distintos tipos de bienes antedichos, y relacionando todo esto con las normas que establece el artículo 1473, tendríamos que en este aparece recogido un sistema excepcional o especial.

3. EL *IUS AD REM* Y EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL. INTERPRETACIÓN Y COMENTARIO DE ESTE PRECEPTO

Con arreglo al artículo 1473 del Código Civil:

> *Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.*
>
> *Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.*
>
> *Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.*

Contempla, pues, este artículo el supuesto de la doble venta o venta múltiple de una misma cosa, por su dueño, a distintos compradores, quedando excluidas de su ámbito las ventas hechas por quien no es dueño o por varios no dueños. Es el mismo supuesto regulado también por la Ley 566 de la Compilación Navarra (31).

---

(31) *Ley 566.* Doble venta:

Si por contratos distintos dos o más personas han comprado de buena fe una misma cosa, tendrá preferencia sobre esta la que haya recibido antes la posesión. Si ninguna de ellas posee, la que haya pagado al vendedor en la forma convenida, y si varias pagaron, la que ostente un contrato de fecha fehaciente más antigua. En todo caso, el comprador de buena fe será preferido al de mala fe; y si todos fueran de mala fe, se aplicarán las reglas establecidas para el caso de que todos fueran de buena fe.

Los compradores que conforme al párrafo anterior quedaren excluidos de la cosa solo podrán reclamar del vendedor el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

La doctrina jurisprudencial y entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 1965, ha resaltado la finalidad del precepto al decir que «no puede aceptarse la tesis de que es indiferente el hecho de que el dueño de una cosa lleve a cabo sucesivas ventas de la misma, porque el artículo 1473 determina a quién habrá de transferirse la propiedad, pues dicho precepto no ampara, califica ni sanciona tales hechos, sino que establece las reglas por las que deben resolverse estas situaciones». En este caso, quizá se exagera la función declarativa del fallo judicial, pues no hay nada que transferir, sino declarar entre dos titulares (uno real y otro aparente) quien devino dueño de la cosa: la sentencia en ningún caso, ni siquiera cuando opta por el título más antiguo, es constitutiva del derecho real de que se trate. La cuestión radica en el «modo» que, o bien falta, o bien resulta defectuoso. El problema real se encuentra en que en estos preceptos se trata la *traditio* como pago de la cosa debida.

La doble venta o venta múltiple en sinonimia jurídica y legal pacíficamente aceptada es, como señala el profesor ALBALADEJO (32), «la hipótesis de la posible pluralidad de actos dispositivos sobre una misma cosa». Cuando se habla de venta doble o múltiple se alude a que un mismo objeto sea vendido varias veces (por error o por malicia) por su dueño actual a distintos compradores, de modo que, habiendo de ser para uno solo de estos, se plantea el conflicto de ¿para cuál?». Esta pluralidad de actos puede tener distinta naturaleza: se vende dos veces la misma cosa, o se da dos veces en permuta, o se dona a dos personas, o se da a uno en permuta y se vende a otra persona, o el propietario en su testamento la deja entera a dos legatarios distintos. La naturaleza y carácter de cada uno de estos actos otorgados sobre la misma cosa por la misma persona determinará las normas aplicables a las figuras dispositivas en choque que no serán, por tanto, siempre las mismas. El análisis de esta pluriformidad y concurrencia de normas no es, deliberadamente, objeto de este trabajo. Se trata, en definitiva, de dos títulos de los cuales solo uno ha recibido el adecuado modo transmisivo.

La doctrina mayoritaria ha partido de la hipótesis de que el título transmisivo procede de un único e idéntico dueño, con criterio bastante razonable pero reduccionista aunque sea el más frecuente supuesto fáctico a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, el precepto no se limita a esa concreta hipótesis, no nos dice que sea uno solo el enajenante, habla de una misma cosa vendida a diferentes compradores sin mención de vendedor. Esto hace posible la concurrencia de una venta efectuada por un dueño y por

---

Lo establecido en esta Ley se aplicará también a la permuta, adjudicación en pago y otros contratos traslativos a título oneroso.

Si alguno de los compradores hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

(32) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Batlle Vázquez,* Ed. Edersa, Madrid, 1978, pág. 21. En el mismo sentido, cfr. *Derecho Civil,* T. II, vol. 2, Barcelona, 1982, pág. 80.

su mandatario; o por un dueño que fallece y otro dueño que hereda esa misma cosa; de un vendedor que siendo deudor hace cesión de bienes, y el adquirente cesionario vende antes de que el primer adquirente solo título haya tomado posesión de la cosa; o también de un vendedor sin que el adquirente solo título haya recibido la cosa o la tenga por un modo claudicante, frente a otro legalmente ponderado sobre el primero que sea declarado en concurso y la administración concursal sea la que venda con autorización judicial. Es decir, hay posibilidades nada extraordinarias para que el supuesto de doble o múltiple disposición a título oneroso se dé con transmitentes y adquirentes distintos, todos ellos de buena fe y con justo título.

En este sentido señala LALAGUNA (33) que «el que se hable de diferentes compradores no excluye la posibilidad de que el régimen del artículo 1473 del Código Civil se extienda por analogía a determinados supuestos en el que el problema de transmisión de la propiedad se plantea entre quienes, su título de adquisición tiene por causa la existencia de otros contratos de finalidad traslativa de carácter oneroso».

Todo lo anterior lleva al planteamiento de que es posible entender la hipótesis legal como deficiente en el supuesto que, aparentemente, se contempla, no solo al dar a entender al aplicador de la norma que se limita a la doble venta —con omisión de otros posibles modos transmisivos, como se acaba de señalar— sino porque lo que se discute en él no es la generación del título transmisivo —eso sí, relativa a una causa onerosa en la generación del mismo— sino, básicamente, cuál de entre los medios traditorios exigidos por el inciso último del párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil (o por el art. 1462, párrafo primero) para la transmisión de la propiedad, tiene mayor o mejor virtualidad jurídica. Cuestión que hace del artículo 1473 del Código Civil un precepto defectivo, pues hay modos traditorios que no están comprendidos en el mismo, pese a ser tratados en esta misma sección del Código Civil.

No obstante las cuestiones señaladas anteriormente, que darían lugar a un análisis de los diferentes modos transmisivos y de las circunstancias que pudiesen rodear a cada uno de ellos, circunscribiremos nuestro planteamiento, en concreto, al caso de la doble o múltiple venta de una misma cosa, a varios compradores, hecha por su —mismo o único— dueño.

Y este es el sentido atribuible al artículo 1473 del Código Civil, como ha señalado la doctrina, y tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia, reiterada por otras posteriores, de 1 de junio de 1948, cuando señala en su Considerando segundo: «…el precepto del artículo citado 1473 del Código Civil, requiere un solo vendedor y que tenga facultad para disponer de la cosa, y diferentes compradores, y en el caso presente es cierto que hubo dos ventas,

(33) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *Estudios en Homenaje a Díez Picazo,* Madrid, 2003, pág. 3947.

pero la primera se realizó por quien podía hacerlo por disponer de las fincas que se hallaban en su patrimonio y en el segundo contrato, la vendedora, que no fue la misma otorgante de la venta anterior y que no podía disponer de la cosa objeto de la convención, puesto que no había llegado a entrar en su patrimonio, realizó una venta que por carecer de objeto ha de reputarse inexistente, y en segundo lugar porque para que el comprador en el último contrato resultase amparado por la presunción *iuris tantum* del artículo 41 de la Ley Hipotecaria había de requerirse que su inscripción no estuviera invalidada *ab initio* por lo prevenido en el artículo 34 de la misma Ley…».

Y así del precepto (1473 CC) resulta que la propiedad de la cosa vendida se transfiere:

A) Si es mueble, al que primero haya tomado posesión de ella de buena fe.
B) Si es inmueble:

a) Al que antes la haya inscrito en el Registro de buena fe.
b) Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad al primero que de buena fe haya tomado posesión de la cosa.

Ya veremos cómo y por qué, aunque la letra del párrafo segundo del artículo 1473 no exige la buena fe, tal exigencia es el espíritu del precepto, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y es la consecuencia obligada de relacionar dicho artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria. Así la sentencia de 4 de marzo de 1988 señala que: «...es suficiente la existencia formal de dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados... Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada... y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe... Por ello, y en clara protección sin remilgos del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo de los derechos de orden personal del primer adquirente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá en su día de responder según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad... Si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad

y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito...».

En el mismo sentido de exigir el requisito de la buena fe al supuesto del párrafo segundo del artículo 1473, aunque el precepto no lo establezca, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1969 (34), cuando señala que: «…el problema discutido a lo largo del pleito que dio origen al presente recurso de casación, no es otro sino el consiguiente a una doble operación de venta de un mismo inmueble, llevada a cabo la primera en documento privado a favor de quien ahora aparece como recurrido, que entró en la efectiva posesión de la finca vendida, mientras que la segunda se verificó en escritura pública figurando como comprador el causante de quien actualmente recurre, que inscribió en el Registro de la Propiedad, pretendiendo una titularidad jurídica preferente que los juzgadores de instancia han negado porque carecía del requisito de la buena fe indispensable en cualquiera de los supuestos que contempla el artículo 1473 del Código Civil, incluso en el de su párrafo 2.º, aunque expresamente no lo diga, por imperativo de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía precisamente con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro ordenamiento, en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce a la manera como aclaró siempre la doctrina, tanto la científica como la jurisprudencial…» (35).

En un sentido similar se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destacamos, por la claridad en el planteamiento que nos ocupa, las siguientes:

Sentencia de 24 de enero de 1990, que señala: que se acusa la «infracción del artículo 1473 del Código Civil, norma relativa a los supuestos de doble venta de inmuebles declarando a quién pertenece el dominio del inmueble». Como ya el propio recurso reconoce, si fracasa la impugnación de la actuación de mala fe del demandado señor A., ha de decaer también este motivo. Pero es que además es evidente que, dados los hechos probados, sobre todo la existencia de un documento privado de transmisión del dominio a favor de los recurridos y una tradición o entrega del inmueble vendido del que se hallan en pacífica

(34) Ponente: Excmo. Señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

(35) En términos muy similares, la sentencia de 25 de mayo de 1965, al señalar que: «…para resolver el conflicto jurídico producido por la doble venta de una cosa, son aplicables en nuestro Derecho las normas establecidas por el artículo 1473 del Código Civil, precepto que, interpretado por la jurisprudencia, ha de ser todo él sobre la base de la buena fe… tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2.º del citado artículo 1473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro». En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1969 y 15 de diciembre de 1989.

posesión, con anterioridad a la transmisión del mismo inmueble mediante expediente administrativo de apremio, aquellos han adquirido el dominio discutido por aplicación del artículo 609 del Código Civil, con la consiguiente acción real (como es la acción ejercitada, declarativa de dominio), quedando investido de eficacia reivindicatoria. No se ha puesto en duda en la litis la buena fe del adquirente mediante el expresado documento privado y no existe razón para privarle del dominio discutido, máxime cuando el otro adquirente, a través de expediente administrativo de apremio, conocía la situación posesoria de los recurridos; es decir, conocía el vicio que podía invalidar su derecho y el de tal modo de transmisión; aunque sin implicar en este caso tal conocimiento la concurrencia de fraude, si bien todo ello configura, como ha reconocido con razón la sentencia recurrida, una posición de mala fe a estos efectos civiles. Por consiguiente no es aplicable a favor del adquirente inscrito en el Registro, en el caso litigioso, la preferencia que el artículo 1473 concede al título de dominio primeramente inscrito, pues ello ha de entenderse, como ha insistido la jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 25 de mayo de 1965, 24 de enero y 31 de diciembre de 1969—, sobre la base de la buena fe, porque la formalidad de la inscripción no es suficiente para borrar la actuación maliciosa conocedora de la situación de hecho».

Por su parte, en un sentido similar, la sentencia de 20 de julio de 1990 establece: «tratándose de un claro supuesto de doble venta de un inmueble, contemplado en el artículo 1473 del Código Civil en que el segundo adquiriente obró de mala fe, según declara expresamente probado la sentencia de primera instancia, cuya apreciación probatoria, por ser mera cuestión de hecho, tiene que ser aquí mantenida invariable, ha de prevalecer la primera venta, aunque esta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuera por escritura pública y se inscribiera en el Registro de la Propiedad, ya que, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala —sentencias de 11 de junio de 1954, 18 de febrero de 1974, 16 de febrero de 1981, 17 de diciembre de 1984, 31 de enero de 1985, entre otras—, la preferencia otorgada por el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil al comprador que inscribe en el Registro descansa que el indispensable requisito de la buena fe, exigencia ineludible que, como ya se ha dicho, no ha concurrido en la compradora…».

La sentencia de 10 de abril de 1991 consigna que «según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27-III-1957, 16-II-1981, 17-XII-1984, 26-V y 26-X-1990, el principio *prior in tempore potior in iure* no es suficiente cuando el conflicto de doble venta se produce entre el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil), que no inscribe su derecho, y el posterior adquirente que sí realiza la inscripción. En estos casos, además de la prioridad registral, ha de concurrir buena fe, y buena fe no como estado de conciencia o conducta, sino como cuestión de conocimiento de las circunstancias del caso. Solo con ambos requisitos prevalece el titular inscrito».

Respecto a qué clase de posesión contempla a estos efectos el artículo 1473, hay que plantear si pudiera ser de cualquier tipo, dado que el Código no excluye literalmente ninguna clase de posesión.

En este punto, la doctrina clásica civilista está dividida. Un sector (36) entiende que queda fuera del espíritu del Código Civil la posesión instrumental, que es la que se adquiere por otorgamiento de escritura pública, equivalente —según el art. 1462.2 CC— a la entrega de la cosa *si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*. Porque, según esta doctrina, a falta de inscripción, el artículo 1473 se orienta a dar preferencia a la toma de posesión efectiva sobre el otorgamiento de la escritura, según se deduce del párrafo tercero del precepto. Una de las justificaciones de esta postura es que el conflicto aquí considerado se plantea entre una posesión *ficta* y otra real, lo que supone tener que elegir entre un adquirente que se limitó a comparecer en el otorgamiento de la escritura pública, y otro más diligente que a su título privado unió la posesión efectiva del bien comprado —siempre sobre la base de la buena fe de ambos— pareciendo equitativo que deba premiarse la conducta del segundo (37).

Otro sector doctrinal (38) analiza el problema sin tomar partido por una u otra solución.

Para otros autores (39) no es admisible la exclusión de la posesión instrumental. El Código no excluye ninguna clase de posesión, por lo que no hay lugar a una interpretación restrictiva. Para rebatir la postura que mantiene que el espíritu del artículo 1473 excluye la hipótesis de la posesión instrumental, ALBALADEJO (40) mantiene que dicha postura le parece desacertada y «hay que rechazarla, no solo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque ese es, por lo menos hoy, el sentir del Tribunal Supremo, que en la sentencia de 19 de noviembre de 1975 lo presupone, y en la de 5 de noviembre de 1973 ha declarado, a efectos del artículo 1473 que, aunque no se haya inscrito la venta, la tradición instrumental del artículo 1462 constituye una entrega de posesión que vale, lo mismo que si hubiera sido de posesión material, para que la cosa pase a ser propiedad del comprador que recibió dicha posesión instrumental». Y esta tesis, de no excluir ningún tipo de posesión, viene confirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que: «la tradición

---

(36) CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral,* T. IV, Madrid, 1982, pág. 11; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil,* T. II, Barcelona, 1952, pág. 114; MOLINA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil,* Madrid, 1975, pág. 220.

(37) GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil, artículo 1473», en *Centenario del Código Civil,* Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 932.

(38) BADENES, *El contrato de compraventa,* Madrid, 1969, pág. 576. SANTOS BRIZ, *Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1973, pág. 69.

(39) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Madrid, 1982, pág. 345; DÍEZ PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI,* 1976, pág. 273.

(40) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas…», *ob. cit.,* pág. 25.

instrumental del artículo 1462 constituye una entrega de posesión que vale, lo mismo que si hubiera sido de posesión material, para que la cosa pase a ser de propiedad del comprador que recibió dicha posesión instrumental» (41).

En relación con el planteamiento del tipo de posesión a que puede referirse el artículo 1473, MANRESA (42) señala que: «la posesión es solo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo. La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, aunque habla en general de título y no de escritura: título de fecha más antigua, sea el que sea, esto es, primero en la posesión, después el título, aunque se trate de una escritura, luego si esta envuelve tradición, la ley deliberadamente establece una gradación entre las diversas formas de tradición admitidas, dando la preferencia a la entrega real sobre la entrega fingida y colocando por encima del derecho de propiedad la grosera materialidad de la posesión».

El último de los párrafos del artículo 1473 del Código Civil —al que debe reservarse el apartado *c)* de la clasificación anterior— determina que no habiendo inscrito en el Registro ni tomado posesión de la cosa de buena fe ninguno de los compradores, la propiedad pertenecerá a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Aquí la cuestión, si hay coincidencia en el vendedor, ya estaba resuelta por la conjunción del cumplimiento del mandato del artículo 1280.1.º (43) y el artículo 1462, párrafo segundo (44), ambos del Código Civil.

Aspectos del título y de la buena fe que, en sus líneas fundamentales en relación con el tema que nos ocupa, examinamos a continuación. Dado que en nuestro Derecho los contratos no son transmisivos, sino que se requiere la entrega de lo vendido para adquirir su propiedad, el espíritu de este párrafo 3.º del artículo 1473 hay que entenderlo en el sentido, *no* de que aunque la cosa no haya sido entregada, el comprador que presente título de fecha más antigua ya adquiere su propiedad, *sino* en el de que la adquirirá cuando se le entregue, es decir, que es él el que debe convertirse en dueño mediante la entrega.

Es posible afirmar que en nuestro Derecho sigue en pie la gran duda del Derecho romano sobre el título y el modo y la intercambiabilidad del orden lógico

---

(41) Entre otras, sentencias de 30 de enero de 1960, 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975.

(42) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español,* T. X, Madrid, 1969 (Ed. revisada por Bloch), pág. 265.

(43) Artículo 1280.1.º del Código Civil: *Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.*

(44) Artículo 1462, párrafo 2.º: *Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.*

de generación. La explicación racional de Paulo (D. 41,1,31) (45), no excluye la inversa de la Constitución de Diocleciano y Maximino (C. 2,3,20) (46). En la concurrencia de ambas posiciones de causa y efecto y en la necesidad de emplear no solo uno, sino ambos requisitos esenciales, se encuentra la clave del problema que, parcialmente, resuelve el artículo 1473. Si el título habilitante para la transferencia puede ser y es plural (título sin especificar cuál en el art. 609, y el modo puede justificarse por otra justa causa, según el artículo de cierre del sistema adquisitivo *ex título,* que no es otro que el art. 1091 del Código Civil) y el modo también es plural según los artículos 1462 y siguientes, será preciso formular un orden de preferencia y exclusión tanto en los títulos cuanto en los modos. De ordinario no hay problema de título en la ineficacia de una transmisión válida sobre otra también válida, sino de modo, por lo que el artículo 1473 debe enriquecerse en supuestos, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia. En él todos los que están lo son, pero faltan otros que, evidentemente, no están (47).

En relación con estas cuestiones relativas al título y al modo, la sentencia de 7 de septiembre de 2007 es tajante cuando afirma: «El artículo 1473 del Código Civil no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según los casos, al estricto problema de cuál de los dos o más compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada, pues no debe olvidarse la ubicación del artículo 1473 precisamente en la sección del Código que trata *De la entrega de la cosa vendida*, dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones del vendedor».

Podría, quizá, pensarse que el artículo 1473, párrafo tercero, tiene realmente su sentido literal, y que en él el comprador con título más antiguo deviene dueño sin más, cuando ninguno inscribió en el Registro ni recibió la posesión. Ahora bien, esta interpretación, aunque no fuese susceptible de otras objeciones, supondría una excepción a los principios de que parte nuestro Ordenamiento (arts. 609 y 1095 CC) demasiado importante para ser admitida sin haber sido establecida claramente.

---

(45) *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequerentur.*

(46) *Traditionibus et usucapionibus domina rerum, no mundis pactis transferuntur.*

(47) Esta última relación entre título y modo se debe a ideas brindadas por el Profesor Rams Albesa en conversaciones mantenidas con él sobre el contenido de este trabajo. A este respecto, ver las Ponencias de Badosa Coll, F., «El poder de disposició en el Dret Civil catalá. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», de Alonso Pérez, M., *Título y modo de adquirir en el Código Civil,* y Rams Albesa, J., «La *iusta causa traditionis,* el artículo 1901 CCE y el Libro V del Código Civil de Cataluña». Todos ellos en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales,* Colegio Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.

En cuanto a la expresión *título de fecha más antigua,* a primera vista parece que significará *documento más antiguo*. Pero si la primera compraventa, por ejemplo, ha sido verbal y puede ser probada juntamente con su fecha, cabría entender que el primer comprador ha presentado *título* —en el sentido de acto jurídico fundamentador— de fecha más antigua. Entonces título se tomaría no en sentido documental sino material. Pero aún así el título público precede al privado y este al verbal, al menos en un primer planteamiento.

Respecto de este tema, pero en un sentido diverso, se pronuncia LALAGUNA (48) cuando señala que «supuesto que la primera venta, la de fecha más antigua, se haya celebrado verbalmente o en documento privado, y la segunda venta, es decir, la de fecha más moderna, se haya otorgado en escritura pública, si se mantiene que la escritura pública equivale en principio a la entrega o tradición conforme al artículo 1462.2.º del Código Civil, siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. En cuyo caso, faltando en rigor la *posesión,* prevalecerá siempre el criterio de preferencia de la *tradición* que, por hipótesis, conlleva el otorgamiento del título en escritura pública… Con esta argumentación se arruinan las posibilidades de aplicar el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1473… Siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque esta figure en escritura pública».

Puesto que se trata —en todas las hipótesis— de que se celebraron varias ventas, y solo es posible cumplir una, sin duda la buena fe del comprador a que alude la ley, debe consistir en que ignore que lo que se vendió a él había sido vendido antes a otro. Este es el sentido y la interpretación que el Tribunal Supremo da a esta cuestión. Así, la sentencia de 11 de junio de 1954, señala que: «…si bien establece el párrafo segundo del artículo 1473 que tratándose de la doble venta de cosa inmueble, la propiedad se transferirá al comprador que primero la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, sin duda porque se considera que su diligencia debe ser estimada y protegida… tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que el contenido del aludido párrafo 2.º del artículo 1473 del Código, ha de entenderse sobre la base de la buena fe, y faltando esta habrá de atribuirse la propiedad a quien primeramente hubiese entrado en la posesión de lo comprado…».

Por su parte, la sentencia de 27 de mayo de 1959, afirma: «…el artículo 1473 del Código Civil…, según reiteradísima jurisprudencia, ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe, por lo que apreciado que los segundos compradores que inscribieron, tenían conocimiento de la venta anterior, ha de resolverse la cuestión por el último párrafo del citado artículo que concede preferencia a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe por su parte. …en

(48) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta…», *ob. cit.,* pág. 3952.

plena armonía con este precepto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo protege al tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, aunque presuma siempre la buena fe del tercero, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro, habiendo declarado la jurisprudencia que la buena fe consiste en el desconocimiento de la realidad extrarregistral y la mala fe en su conocimiento…».

Relacionando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con la adquisición de buena fe, la sentencia de 18 de noviembre de 1967 resuelve en el siguiente sentido: «…toda la tesis impugnativa de la sentencia… se reduce a alegar que se ha interpretado mal el artículo 34 de la LH, atribuyendo mala fe al segundo adquirente, deduciéndola del conocimiento que había tenido anteriormente de la realidad de la primera venta; para el recurrente, la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, y tal inexactitud no se produce por la simple circunstancia de que el titular del dominio hubiese realizado una venta anterior en documento privado, pues no por ello perdía su cualidad, ni convertía en inexacta la inscripción del dominio existente a favor del señor I., pues este no dejaba de ser propietario de la finca inscrita… Tal argumentación que frente a terceros hipotecarios podría tener gran trascendencia, carece de ella en el caso presente el que se tuvo conocimiento de la venta primitiva y se supo que no había sido resuelta, por lo que no se puede alegar que se adquirió de quien tenía facultades para transmitirle, por lo que no puede invocar la protección registral, que otorga el artículo invocado, al adquirente de buena fe».

También relacionando el artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria, y la inexcusable concurrencia de buena fe, la sentencia de 4 de marzo de 1988 declara: «Se sienta la tesis de que no se está en presencia de un supuesto de doble venta, puesto que el primer contrato de compraventa, celebrado por el documento privado, fue consumado por haberse realizado la entrega de la finca vendida, que por ello deviene válida y consecuentemente, la segunda compraventa constatada por escritura pública no podrá ser tal, es decir, con virtualidad jurídica por carecer de causa y objeto. La tesis mantenida por el recurrente olvida que es suficiente la existencia formal de los dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala *a quo* para su discernimiento. Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada, declarada por dicha Sala y no descalificada en los precedentes motivos del recurso, y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquiriente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza

de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquiriente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo de los derechos de orden personal del primer adquiriente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá, en su día, de responder, según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad, pero que en esta litis, como ya se dijo, no se ha suscitado como tema a decidir. Y que esto es así, lo demuestra hasta la saciedad el párrafo 3.º del artículo 1473; si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada».

La exigencia de dicho requisito de concurrencia de buena fe se reitera en las dos sentencias que, a continuación, se consignan y que se insertan a título de ejemplo de una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, sentencia de 30 de abril de 1974: «…se está en presencia de dos títulos traslativos de dominio perfectamente válidos en sí para verificar la transmisión, debiendo entrar en juego la norma del artículo 1473 del Código Civil para decidir la disputa a cuyo tenor y por tratarse de un bien inmueble la preferencia habrá de estar a favor de aquel de los compradores o adjudicatarios que inscribiese antes en el Registro de la Propiedad, siempre, como dice el precepto, que tuviese buena fe». Y sentencia de 22 de febrero de 1975: «…el artículo 1473 del Código Civil, que es el que aplica la instancia y que atribuye la propiedad, para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos a favor de ninguno de los litigantes en el Registro de la Propiedad, a quien sea el primero en la posesión, que fueron los recurridos y a falta de esta a quien presente título más antiguo, que también son ellos, siempre que haya buena fe; como la hay en este caso por parte de los compradores en documento privado».

Más recientemente, la sentencia de 5 de marzo de 2007 (49) establece: «La doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que procede dejar sentada,

(49) Cfr., la copiosísima jurisprudencia consignada en esta sentencia.

comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente».

En función de lo anterior, no consideramos aventurado afirmar que la especialidad del artículo 1473 es la de exigir la buena fe. Aplicando las reglas civiles generales, habría adquirido definitivamente la propiedad de la cosa vendida aquel comprador a quien primero se hubiese entregado. Pero, con el artículo 1473, realmente la entrega ya no es de por sí decisiva, pues si alguien recibe de mala fe la posesión de lo que se vendió, no por eso deviene dueño, mientras que el que, habiendo comprado de buena fe, no recibió la entrega de la cosa —sino que esta se da a otro comprador de mala fe— tiene derecho a que se le transfiera su posesión para así convertirse en dueño de la misma (50).

Lo anterior es evidente, ha quedado consignado el criterio que mantiene nuestro Tribunal Supremo, pero esa evidencia, quizá, lo es solo de modo parcial. El adquirente de buena fe debe ser preferido al de mala fe en todo caso y circunstancia, pero en los casos en que ambos lo sean de buena fe hay que estar al régimen de preferencias del artículo 1473, pero solo en las circunstancias en él previstas; en los demás casos hay que tener en cuenta las jerarquías deducibles del Código para el título y para el modo. Nuestro sistema, al ser abierto, introduce riesgos que serían casi inimaginables en el Derecho alemán surgido con el BGB.

Siguiendo con la línea argumental, se puede afirmar que toda venta, aunque no sea la única, produce normalmente sus efectos transmisivos mediante la entrega —efectiva o instrumental— de la cosa, pero dichos efectos pueden no llegar a producirse si otra venta —que puede ser anterior o posterior a aquella— es preferente, y la preferencia se determina con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1473, en orden a la transmisión de la propiedad de dicha cosa (51).

La Compilación navarra, en su Ley 566, al igual que el Código Civil, da, en todo caso, preferencia sobre la cosa al comprador de buena fe. Cuando de los varios compradores solo hay uno de buena fe, la cosa debe ser para él; las otras razones de preferencia que la Compilación señala, lo son para establecer un orden entre los compradores de buena fe, cuando haya más de uno en ese caso.

---

(50) En este sentido, vid. ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas...», *op. cit.,* pag. 28.
(51) Vid. ALBALADEJO, «Derecho Civil», vol. II, *op. cit.,* pág. 86.

El orden de preferencia entre los compradores de buena fe para adquirir la cosa es:

A) El que haya recibido antes su posesión; se sobreentiende haberla recibido en concepto de entrega de la cosa vendida.
B) No habiendo recibido ninguno la posesión, el que haya pagado el precio. Se deduce que esa persona habrá de haber hecho el pago íntegro, no contando el comprador que, habiendo comenzado, aún no ha terminado de pagar.
C) Si pagaron varios, no es preferido el que lo hubiese hecho antes, sino el que ostente un contrato de fecha fehaciente más antigua.

En la Compilación navarra, además de estas, rigen también las reglas protectoras que la Ley Hipotecaria establece para quienes confiaron en el Registro de la Propiedad. Por tanto, si lo vendido es un inmueble, la propiedad es para el comprador que, habiendo cumplido los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria —haber comprado de buena fe de quien según el Registro podía venderle— primero haya inscrito.

Hay que señalar que en el artículo 1473 aparece recogido un sistema excepcional y, lo mismo que ocurría para el Derecho romano en que el derecho real se diferenciaba del de obligación por las distintas clases de acciones que para ejecutar aquellos se concedieran, tendríamos que ver la clase de acción que concede este artículo para saber si se trata de un *ius ad rem,* o un derecho real o un derecho de obligación. En realidad, esto es lo que se hace hoy en día por los autores para distinguir ambas clases de derechos, como un criterio generalmente admitido.

En el artículo 1473, como se ha señalado, se establece la hipótesis de una cosa vendida a varios compradores sucesivos, habiéndose realizado el acuerdo de venta con el primero, y la transmisión de la cosa con el segundo o tercero. Si el tercero ha adquirido de mala fe o el título de su adquisición no es oneroso, parece que estaríamos en el caso comprendido por el *ius ad rem*. Además en este precepto se distinguen, con diverso tratamiento, si la cosa vendida era mueble o inmueble; en el segundo caso la transmisión se efectuaría a favor de aquel adquirente que primero la inscribiera en el Registro de la Propiedad respecto a la persona que hubiese entrado en su posesión con buena fe; aunque según el Tribunal Supremo, que ha hecho una interpretación extensiva de la buena fe, esta se exigiría en todos los casos; extensión que se basa en las últimas palabras del párrafo tercero de dicho artículo, el cual parece indicar que la transmisión siempre necesita de la buena fe.

Aparte de que esta extensión de la buena fe que hace el Tribunal Supremo no sigue las reglas generales sobre la interpretación de las leyes, no cabe la menor duda que esta es la solución lógica, aunque, por otra parte, el

problema no nace sino hasta que la transmisión se ha efectuado de mala fe, ya que solo en este caso es cuando el titular del hipotético *ius ad rem* puede ejecutar su derecho. También puede plantearse cuando el título es claudicante frente a otro.

El *ius ad rem* en el Derecho canónico no ha sido siempre único y uniforme, ni siquiera a última hora: es decir, en el momento de la publicación de los textos del Concilio Vaticano II.

La generación de nuevos obispos, u otros oficios generadores de beneficios, no ha estado exclusivamente en manos de la jerarquía estrictamente eclesiástica, sino también del poder civil e incluso de patronos laicos. Aquí los juegos entre diferentes títulos para el oficio tienen diversos modos de colación del beneficio que tampoco han sido pacíficos. El Derecho canónico *barrió para casa* tanto en tiempo de las Decretales como en la del Codex, y presentó la cuestión como si el título fuese siempre una cuestión canónica y el problema de conflicto se redujese al modo de colación en el beneficio; pero no fue así en los tiempos de la guerra de las investiduras, pues si en Italia se acabó dando la razón al papado, en Alemania y en Sicilia esta dubitativa razón se resolvió a favor del emperador. El triunfo final no recayó en el expendedor de la bula (título) ni en el que entregó la posesión, sino que se atribuyó a soluciones territoriales que están hoy en la base ocultada de los sistemas latinos de solo título y en los germánicos y español de título y modo.

La interpretación del artículo 1473 del Código Civil, en orden a si recoge la figura del *ius ad rem,* comprende dos cuestiones fundamentales que pueden resumirse en cuál sea la acción puede ejercitar el comprador burlado y cuál es la buena fe que exige dicho artículo.

4. EL ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. LOS CUATRO GRANDES TEMAS DE ANÁLISIS

A) Acciones ejercitables

En primer lugar en nuestro Código, lo mismo que en todos los sistemas de Derecho romano, germánico o moderno, se conceden dos posibilidades de acciones, según que el derecho a ejecutar sea real o personal; la acción típica real es la reivindicatoria.

El prototipo o paradigma de la serie de acciones protectoras de la propiedad, en cuanto derecho subjetivo, es la acción reivindicatoria. El párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil establece esta acción al disponer que *el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*.

Deliberadamente, y dado el propósito de este trabajo, no vamos a entrar en el análisis detallado de esta acción, pero sí parece necesario, a los efectos del

examen de la figura del *ius ad rem* y su posible ubicación en el artículo 1473, tener presentes sus rasgos más elementales.

El Tribunal Supremo tiene declarado en numerosas y reiteradas sentencias, que es la acción reivindicatoria la que compete al propietario no poseedor contra quien tiene o posee la cosa indebidamente. Y sus caracteres son: el ser una acción real, derivada del derecho real de propiedad, ejercitable *erga omnes;* una acción de condena y de carácter restitutorio, pues con ella se pretende imponer, por decisión judicial, al demandado la condena a restituir la cosa o bien, y también, a ponerla en poder y posesión del adquirente para que, conforme a la finalidad y función del título, hacerla suya con la entrega debida.

Y los requisitos necesarios para el ejercicio con éxito de la acción, con arreglo a esa copiosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo (52) son: 1) dominio del actor o vocación al mismo; 2) identificación de la cosa, y 3) posesión indebida de esta por el demandado.

El primer requisito es, por tanto, la prueba de su dominio o propiedad de la cosa por el actor o de su titularidad indiscutible. Y esta prueba por el actor es requisito tan inexcusable de la acción reivindicatoria que el demandado deberá ser absuelto si aquella no se aporta, aunque posea sin título (53).

Si examinamos ahora el posible ejercicio de esta acción por el comprador burlado, en el juego del artículo 1473, resulta que no se sabe aún quién es el propietario, y hay que concluir que de ninguna manera podrá así funcionar la acción reivindicatoria, sino que a lo sumo la única acción que podría funcionar —al menos en un primer planteamiento que más adelante matizaremos— sería una acción declarativa de dominio; cierto es que la acción reivindicatoria es también una acción declarativa, pero además de esto tiene el carácter de acción real de condena.

El planteamiento anterior es cierto, respecto a la imposibilidad de que prosperase una acción reivindicatoria, si esta se limitase a ser una acción de recuperación del dominio de la cosa, pero puede entenderse que procede la interposición de esta acción porque en su función se contempla reconocer al *verus dominus* y reintegrarlo en el desempeño de las funciones que, conforme al título, le corresponden sobre la cosa en que se concreta el litigio. Esta no es una acción meramente posesoria, más bien se trata de una acción de condena de una posesión indebida que, a su vez, verifica y ejecuta el contenido del título con *causa traditionis* (venta, herencia, legado, donación, crédito o pago) y completa o restituye, según los casos, el dominio o lo libera de un derecho real

---

(52) Además de la jurisprudencia citada anteriormente, vid. STS de 10, 14 y 25 de junio de 1969, 27 de diciembre de 1976, 6 de diciembre de 1977 y 25 de junio de 1978, como más representativas y reiteradas por otras posteriores.

(53) Entre otros, Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, *op. cit.,* pág. 187.

de goce o carga real claudicantes. Así la reivindicatoria es siempre una acción declarativa con efectos reales de condena y de reconstrucción de una titularidad con destrucción correlativa de otra aparente, indebida o viciosa.

La función declarativa de propiedad de esta acción es literalmente admitida por nuestro Tribunal Supremo, ya que es necesario reconocer el alcance del título para que la condena surta sus efectos; no se trata de declarar el mejor derecho, sino de imponer los efectos de un derecho contradicho por una realidad fáctica indebida y no ajustada al ordenamiento.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1976, recoge esta doctrina, reiterada en otras muchas, al señalar: «La tutela del derecho de propiedad se obtiene especialmente a través de dos acciones distintas, aunque muy enlazadas y frecuentemente confundidas: la propiamente reivindicatoria que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión; y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se le atribuye, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en un ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no se le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada».

Así la acción meramente declarativa de propiedad se diferencia de la reivindicatoria:

De una parte, en que esta es una acción de condena que va más allá de la declaración de dominio del actor, pues se condena al demandado a la restitución de la cosa al actor y dueño, mientras que en la acción declarativa la finalidad está en que el demandado reconozca el dominio del actor simplemente, sin aspiraciones de reintegración o restitución de la cosa, pues su finalidad no es recuperatoria o traditora.

En tanto que, de otra parte, la reivindicatoria exige como uno de sus requisitos que el demandado sea poseedor o tenedor de la cosa. Mientras que en la declarativa no se requiere que el demandado sea poseedor: la legitimación pasiva corresponde simplemente a los que nieguen o contradigan el dominio del actor.

Y, por su parte, en la acción declarativa es de esencia, fundamental, la declaración de propiedad del actor pues a ella se encamina su ejercicio. En la acción reivindicatoria no es esencial tal declaración de propiedad porque puede estar reconocida por el demandado, discutiéndose la restitución de la posesión de la cosa, o de subordinar la tenencia a un título que limite el disfrute o lo sitúe en una función subordinada.

Pero si estas son las diferencias, hay, sin embargo, dos requisitos comunes a ambas acciones, pues la acción declarativa de propiedad exige como requisitos: la prueba de dominio del actor y la identidad o identificación de la cosa. De aquí que al exigirse la prueba de dominio o propiedad, no parece posible el ejercicio de la acción declarativa de dominio por el comprador burlado en el supuesto del artículo 1473 del Código Civil.

También puede tener aquí un campo de aplicación y funcionamiento la acción revocatoria o pauliana regulada en el artículo 1111 del Código Civil, careciendo las partes de la posesión de la cosa a título de dueño.

En este caso, ¿podría ejercitarse por el comprador, en el supuesto del artículo 1473, la acción revocatoria para llegar a la conclusión por ello de que dicho precepto contiene una clara obligación o derecho de obligaciones?

La cuestión plantea, en principio, una primera dificultad debida a la discutible naturaleza jurídica de la acción revocatoria. Sus distintas soluciones llevarían a una distinta catalogación de la figura contenida en el artículo 1473: derecho real, derecho de obligación o mixto real y de obligación.

Y así se discute si la acción revocatoria es:

De una parte, una acción real o una acción personal. La teoría de la acción real (de gran raigambre romana) trata de explicar y justificar que el acreedor pueda perseguir los bienes donde quiera que se encuentren y contra cualquiera que sea el que los posea (eficacia *erga omnes*). La existencia de un vicio en la originaria enajenación permite al acreedor impugnante recuperar los bienes.

La teoría de la acción de naturaleza personal entiende que la acción del acreedor o acreedores solo puede dirigirse contra el autor y, en su caso, contra los cómplices del fraude.

Por otro lado, se plantea si puede ser una acción de nulidad o una acción de rescisión, o de indemnización de perjuicios, o una acción mixta que tiene algo de acción de nulidad y de acción de reparación de perjuicios.

Y, por otro, una acción con función conservativa (ejercitable por el acreedor antes de iniciarse la ejecución por el acreedor cuyo crédito no sea todavía exigible) o acción con función ejecutiva (a ejercitar por los acreedores que ya están ejecutando bienes sobre el patrimonio del deudor que es para ello insuficiente).

Centrada la cuestión más específicamente, a los efectos apuntados, resulta que los dos requisitos para el ejercicio de la acción pauliana son el perjuicio del acreedor (*eventus damni*) y el fraude del deudor (*consilium fraudis*).

El perjuicio del acreedor dimana de que el acto que se impugna ocasiona la insolvencia del deudor, no pudiendo aquel hacer efectivo su crédito de otro modo. Insolvencia del deudor porque no quedan libres bienes suyos sobre los que hacer efectivo el crédito (o que sean insuficientes los que queden) y, subsidiariamente, que no le sea posible al actor obtener de otro modo lo que

se le debe; requisitos contenidos en los artículos 1291.3.º, y 1294 del Código Civil (54).

Aunque si bien en el caso del artículo 1473 puede decirse que habría algo parecido a la acción revocatoria, esta sin embargo no tendría cabida porque el contenido de la posible acción del 1473 no es el mismo de la del 1111, pues lo que se persigue en este último artículo parece que es la insolvencia definitiva con arreglo al principio de la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros; que es cosa distinta de lo que se persigue en el artículo 1473, ya que en este solo existiría una insolvencia específica pero no general, y habría que concluir que tampoco en el artículo 1473 se contiene una acción revocatoria que es la propiamente protectora del típico derecho de obligación.

Si la acción concedida no es real ni personal, cabe preguntarse de qué clase es. Para resolverlo, SÁNCHEZ ROMÁN (55) llegó a decir, haciendo las mismas construcciones que los antiguos civilistas y canonistas, que sería una acción parecida a la derivada del *ius ad rem*.

Pero todavía hay más: dentro del artículo 1473 encontramos un carácter positivo, de entre todas las soluciones por exclusión que allí se citan; es el del reconocimiento de la buena fe, entrando con ello en la segunda gran cuestión.

B) BUENA FE

La exigencia de la buena fe en el artículo 1473 del Código Civil tiene una serie de antecedentes o precedentes legales y doctrinales.

Así, en cuanto a los legales, existirían dos soluciones a partir de dos planteamientos:

En la del Código Civil francés, en su artículo 1141 (56), en el caso de doble venta, la propiedad se transfiere al que primero haya tomado posesión de la cosa mueble con buena fe. Solución en la que se inspira el Proyecto de Código Civil español de 1851.

---

(54) Comentando este precepto, afirma DÍEZ PICAZO, «que el deudor debe haberse colocado en situación de insolvencia es algo que se encuentra en la raíz misma de la fundamentación de la acción», *op. cit.,* pág. 347.

Por su parte, ROCA SASTRE entiende que: «El ordenamiento jurídico concede al acreedor la posibilidad de impugnar los actos de disposición dolosos y dañosos que el deudor realice sobre bienes de su patrimonio que, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal están sujetos a responder del débito por aplicación del artículo 1111 en relación con el artículo 1911, con arreglo al cual, *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», op. cit.,* pág. 457.

(55) *Estudios de Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1899, pág. 588.

(56) Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes succesivement, est purement mobilière, celle de deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propiétaire, encoré que son titre soit posterieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne fois.

En la del Código austriaco (art. 430), en el que se prescinde de la buena fe para atribuir la propiedad al que primero toma posesión de la cosa.

Para una parte de la doctrina, especialmente ESPÍN CÁNOVAS (57), el legislador español se inspiró en el Código Civil francés y en el Proyecto de 1851; pero aumentó las soluciones legales en relación con los inmuebles para el caso de no mediar inscripción.

En el artículo 1141 del Código francés, la exigencia del requisito de la buena fe en la doble venta parece una derogación del principio de transmisión de la propiedad *solo consensu,* consagrado por este Código; pero en realidad no lo es. Y así, según la opinión de un sector de la doctrina francesa (58), el segundo comprador que sea primero en la posesión no adquiere la propiedad porque el vendedor se la transmita, ya que este no es propietario, por haber pasado la propiedad al primer comprador en virtud del contrato. El segundo comprador, no obstante, adquiere la propiedad de la cosa mueble cuya posesión tiene, en virtud de la regla *en fait de meubles posesión vaut titre,* con lo que se trata de una adquisición *a non domino* por aplicación del artículo 2279 del Código francés (59).

Y en cuanto a los precedentes doctrinales del requisito de la buena fe, ya hemos apuntado las soluciones doctrinales canonistas y feudalistas del *ius ad rem,* uno de cuyos casos más elaborados fue el de la doble venta, encontrando en aquella reiteradamente el requisito de la buena fe.

Tal doctrina muestra cómo en el siglo XVI se llega a considerar que en el caso de doble venta de una misma cosa a sucesivos compradores, el segundo comprador que tuviese *ius ad rem* por tener la posesión, debía ceder ante el primero si conocía la existencia de la venta anterior.

En los clásicos castellanos, el *ius ad rem,* creado por el título adquisitivo, representa un llamamiento al futuro derecho real con fuerza mayor que el de la mera obligación personal del vendedor (u otro enajenante) de realizar la transmisión o desposeerse de la cosa: algo que gravita ya sobre la cosa misma con el alcance superior al de la mera acción personal frente al transmitente (60). Se vino reconociendo, tradicionalmente, la presencia de una cierta afectación real, un *ius ad rem* en favor del primer comprador, que venció al *ius in re* posterior, incompatible con él, cuando este hubiera sido adquirido del mismo *auctor* con mala fe, es decir, con noticia de la primera enajenación. Igualmente, según estos

---

(57) ESPÍN CÁNOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *RDP,* 1945, pág. 357.

(58) PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français,* T. III, *Les biens* (PICARD, Maurice), París, 1952.

(59) Del que es trasunto, como es sabido, nuestro artículo 464 del Código Civil.

(60) Vid., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil,* III, vol. I, Barcelona, 1979, pág. 135.

autores clásicos, era preferido el *ius ad rem* nacido por título oneroso, al *ius in re* posterior recibido por título lucrativo.

A través de la evolución doctrinal, el *ius ad rem* aparece configurado como una relación jurídica que, sin llegar a producir los efectos del *ius in re,* produce efectos más fuertes que la *obligatio,* ya que abre la posibilidad de interponer una acción real. Y esta evolución doctrinal llega a consagrarse legislativamente en el Landrecht prusiano, que concede al comprador de cosa cierta un *ius ad rem* (Recht zur sache) distinto del *ius in re* (Recht auf die sache). Y se basa en la existencia de la buena fe entendida como ignorancia al disponer que «aquel que al momento de la inscripción o de la tradición tiene conocimiento de un derecho anterior de otro, no puede prevalerse, en perjuicio de este de la inscripción o de la tradición ejecutadas». Y «si se puede probar que el adquirente ha tenido conocimiento en el momento de tomar posesión de la existencia de un derecho personal de un tercero a la cosa, no puede prevalecer frente a este el derecho real constituido por la tradición». Esta posición tan clara —que no lo es tanto en nuestro derecho histórico y actual— se debe a dos elementos que no se explicitan pero están patentes; primero, que la transmisión de inmuebles —en Prusia y después en todo el imperio alemán— se efectúa por la inscripción registral, lo que supone que el mínimo de diligencia obliga a consultar antes de adquirir a título oneroso y a precio de mercado; y, segundo, que era de regla, como en Roma, que la *mala fides superveniens non nocet*. Aquí sostenemos lo contrario legalmente y en sede de posesión.

Sobre esta base legal se insertará la construcción de la figura, y se considerará el *ius ad rem* como un derecho real con efecto relativo; real en cuanto se dirige contra la cosa, pero su efecto es relativo porque su eficacia queda limitada a un corto número de personas —el deudor, sus causahabientes, el adquirente de mala fe— (61).

En nuestro Código Civil, la buena fe puede ser tomada en consideración por el Derecho en virtud de un doble procedimiento:

a) Con un procedimiento objetivo, equiparando o insertando la buena fe a una norma legal, tal como se hace en el artículo 1103.

b) Por un procedimiento subjetivo, que consistiría en hacer una distinción entre buena y mala fe en cada campo del Derecho y subdistinguirla aún dentro de un mismo campo (62). Así tendríamos que sería diferente la buena fe en el campo de los derechos reales y en el de obligaciones, y aún dentro del primer derecho variarían de institución a institución. Sirvan, a título de ejemplo, los artículos 433 y 1950. Este procedimiento

(61) Ziebarth, *Die Real execution und die obligation,* Halle, 1866, pág. 193.

(62) Respecto de la consideración de la buena fe en los distintos campos del Derecho, cfr. De los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español,* Barcelona, 1965.

> subjetivo de calificar de distinta manera la buena o la mala fe, según la institución en que se verifique, ha sido muy criticado por los autores, ya que no se puede explicar que siendo la buena fe el requisito central del derecho de cosas, varía esta de ser ignorancia, como dispone el 433, a ser creencia, según lo indica el 1950. Y teniendo precisamente en cuenta ambos artículos, tendríamos que la buena o mala fe sería, en suma, en el derecho de cosas, un estado psicológico o de conocimiento. Por el contrario, en el de obligaciones, y según el artículo 1107, la mala fe sería una conducta, o un acto de conducta del deudor que si se realiza con intención sería mala fe, y si sin intención, negligencia.

Hemos señalado que dentro del derecho de cosas, la buena fe tiene distintos requisitos, como lo demuestran los artículos 433 y 1950 del Código Civil. Pero, en realidad, esto tendría una posible explicación. De ambos artículos, el primero está comprendido dentro de la posesión, y el segundo dentro de la prescripción. Pero como se puede considerar, y así lo ha hecho el Código francés y, en parte, el español, que la posesión es uno de los elementos de la prescripción, ya que sin aquella esta no se efectúa y, según otra concepción, la prescripción es efecto de la posesión, en realidad subsistiría la dificultad de la explicación de por qué en ambas son distintos los requisitos de la buena fe. Tendríamos, como señala la doctrina, que el artículo 433 pone como requisito de la buena fe la ignorancia porque se refiere a la posesión por sí y en sí, independientemente de la propiedad y de sus efectos. Y si en el 1950 se habla de creencia, es porque estamos dentro de la prescripción y en ella hay que hacer referencia al poseedor cuando es adquisitiva y al propietario cuando es extintiva, y por tanto la existencia de un propietario cuya acción tiene que prescribir y pasar la titularidad a otra persona. En consecuencia, en esta persona tiene que funcionar la creencia de que el derecho que va a adquirir pertenecía al transmitente, ya que si no lo creía así, este podría hacer uso de la acción que se señala en el artículo 1964 del Código Civil para revocar el negocio concluido, por lo menos dentro de los quince años siguientes a su conclusión, ya que ese es el tiempo de la prescripción de esas acciones.

Pero, aparte de esta explicación, ambos requisitos tendrían una característica común, cual sería el que ambos se refieren a un estado de conocimiento del poseedor respecto de su título.

En el derecho de las obligaciones contractuales no es admisible un principio que se basa en la ignorancia o la creencia entre los requisitos de la buena fe; acreedor y deudor, o si se quiere ambas partes de un negocio, deben haber prestado un consentimiento específico sobre el objeto y la causa de aquel; es decir, en el *ius ad rem* que se plantea en el artículo 1473 sobre la concreta cosa mueble o inmueble cuya titularidad se pretende transmitir, y el tipo de negocio oneroso que se celebra, solo dos son posibles: compraventa (el más

común) o permuta (rara vez). En el cumplimiento del mismo negocio serán los artículos 1103 y 1107 del Código Civil los que determinen que el requisito de la buena fe en materia de obligaciones sería el cumplimiento de las mismas, precisamente para exigir responsabilidad en el caso contrario. Y debido a que las obligaciones nacen por ley contrato, y debido, además, a que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, y a que el deudor no puede válidamente alegar ignorancia en cuanto a la existencia del contrato, es por lo que en materia de obligaciones no son requisitos de la buena fe ni la creencia ni la ignorancia; además como el artículo 1091 está disponiendo que lo concertado entre las partes tiene fuerza de ley, en este caso estaríamos, en realidad, en el artículo 6 del Código Civil.

En el caso de los artículos 1103, 1107 y 1258, pero sobre todo en el 1107, se exige como requisito de la mala fe la existencia de una conducta, que será dolosa o negligente y además que el deudor tenga por afán no cumplir lo que el contrato dice. Por tanto, frente al requisito del conocimiento, como determinante de la buena fe en el derecho de cosas, se alzaría este de la existencia de una conducta en el de obligaciones.

Según el Tribunal Supremo, el concepto de buena fe del artículo 1473 hay que entenderlo como estado de conocimiento y no de conducta; conocimiento en el sentido de desconocimiento o ignorancia. Son muchas las sentencias que se pronuncian en este sentido (63). Pero especialmente la de 16 de febrero de 1981 (64), al afirmar en su Considerando tercero que: «…es de precisar que se trata de una doble venta de un inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad, cosa que realiza en cambio el segundo, que lo es a virtud de lo establecido en el artículo 131, regla 17 de la LH (prioridad registral) y de acuerdo con el citado precepto del Código, es este último quien adquiere la propiedad, siempre que medie buena fe, de acuerdo con la interpretación unánimemente seguida por la doctrina tanto científica, como sobre todo jurisprudencial de este TS; y esta buena fe, en la perspectiva que aquí tiene lugar, es decir, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y concordantes del CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 de nuestro primer Código sustantivo, que tiene que ver pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era exacta o no, respecto de la titularidad dominical que proclama,

(63) Entre otras: 13 de mayo de 1908; 29 de noviembre de 1928; 31 de octubre de 1929; 28 de junio de 1941; 11 de febrero de 1946; 23 de junio de 1951; 11 de junio de 1954; 12 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 30 de enero de 1960; 25 de mayo de 1965; 30 de noviembre de 1967; 24 de enero y 31 de diciembre de 1969; 30 de abril de 1974; 16 de febrero de 1981; 17 de diciembre de 1984, y 12 de marzo y 6 de julio de 1985.

(64) Ponente: Excmo. Señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

según puntualiza, a los fines registrales el artículo 34 de la LH; y ello está en relación con la presunción *iuris tantum* de buena fe del artículo 434, que, como tal solo puede desvirtuarse con la prueba en contrario, pero eso sí, con probanzas auténticas y fehacientes de la alegada mala fe, evidenciadas en este trámite de casación, por la única vía legalmente admitida para hacerlo...».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 8 de mayo de 1982, cuando establece en su Considerando séptimo: «...que el tercero —que lo es el que ha inscrito el art. 32 LH, no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, si precisa, por contra, haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal, no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral, que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente —sentencia de 29 de mayo de 1970—, pues si bien la buena fe se presume, no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción...».

El Tribunal Supremo exige la buena fe, como hemos indicado antes, también en el caso del párrafo segundo del artículo 1473, aunque el texto literal del precepto no lo exija, en una aplicación e interpretación extensiva de dicho requisito. Y así se deduce, lógicamente, de relacionar dicho artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria.

De otra parte, la exigencia de la buena fe en el párrafo segundo del artículo 1473 posee una justificación cumplida dado que, normalmente, la doble venta presupone una actuación fraudulenta del vendedor y no se debe premiar a quien colaboró de alguna manera en el fraude o, al menos, lo conocía y nada hizo por impedir que se consumase; y si aquella tuvo su origen en un descuido o error del vendedor, tampoco merece protección quien se aprovechó de él en su propio beneficio (65).

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que exigen la aplicación de la buena fe en el sentido que examinamos. Caben señalarse, omitiendo otras anteriores, todas las indicadas anteriormente, pero como expresión del contenido de esta doctrina es de destacar la que contiene la sentencia de 17 de diciembre de 1984, en su Quinto Considerando, con arreglo al cual: «...que según reiterada doctrina jurisprudencial, y así lo impone también la relación que ha de establecerse entre el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la preferencia otorgada al comprador que inscribe en el Registro descansa en el imprescindible requisito de la buena

(65) García Cantero, «Comentario del Código Civil, artículo 1473», en *Centenario del Código Civil, op. cit.,* pág. 932. En el mismo sentido, del mismo autor, vid. «Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil,* dirigidos por Albaladejo, T. XIX, pág. 250. Asimismo, cfr. Petit Segura, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa,* Barcelona, 1990.

fe, elemento que tiene cumplida justificación, como ha hecho notar la doctrina científica, por lo mismo que de ordinario la doble venta presupone una actuación dolosa o fraudulenta del vendedor y no merece protección quien colaboró en la maniobra o cuando menos la conoció, y así lo ha hecho ver también la jurisprudencia, actitud que ha de ser reconducida a un estado de conocimiento de la situación existente, tal como se desprende de los artículos 433 y 1950, y por lo tanto la buena fe precisa en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, desconocimiento que no podrá ser apreciado, según la expresión del derecho histórico para describir la mala fe, "si él sopiesse que aquel de quien compra la cosa non avía derecho de la vender" (Partida quinta, título veintinueve, ley catorce), bien entendido que la apreciación de la existencia de tal conocimiento constituye una cuestión de hecho a decidir por el Tribunal de instancia» (66).

Dentro del texto del artículo 1473, el párrafo primero, que se refiere a las cosas muebles, con respecto de las cuales se hace su propietario la primera persona que las haya adquirido de buena fe, no hace más que reenviarse a lo dispuesto en el artículo 464. El primitivo comprador nada podría alegar en contra del segundo adquirente. No existiría, pues, un *ius ad rem* y funcionaría aquí la buena fe como un estado de conocimiento: desde el momento en que el segundo comprador ignorase la existencia del contrato, el primitivo comprador no dispone de ninguna acción del tipo de las del *ius ad rem*.

En el segundo párrafo, que se refiere a las cosas inmuebles, tendríamos que, según la interpretación del Tribunal Supremo, no solo se exigiría el requisito de la inscripción, sino además el de la buena fe, porque en nuestro sistema hipotecario no funciona el principio alemán de que la inscripción, indiferentemente de ser esta de buena o mala fe, es requisito suficiente para verificar la transmisión del bien inscrito. Por tanto, en nuestro Derecho, la transmisión perfecta constaría de la inscripción y de la buena fe. Por ello la acción del primer contratante no funcionaría en el caso de existencia de esta buena fe, o sea, que también aquí el requisito de esta sería un estado de conocimiento: la ignorancia de que se hubiese verificado un contrato anterior.

En cuanto al párrafo tercero, el problema se modifica; no se recoge en él el principio de conocimiento porque, al parecer, entramos en el campo de los derechos de obligación, ya que anteriormente lo que se tiene en cuenta no es el *ius ad rem,* sino la situación resultante, independientemente de la acción que correspondería al primer comprador, y ahora lo que se valora es el título contractual, por el único medio posible de valorarlo: por la culpa o inculpabilidad existente en él.

---

(66) Vid., en este sentido, ALBACAR LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil. Doctrina y jurisprudencia. Artículo 1473.* Madrid, 1991, págs. 218 y sigs.

Se refiere este párrafo tercero (67) al comprador de un inmueble cuando no está ya inscrito en el Registro; el problema se resuelve en dos posibilidades: *a)* el que sea primero en la posesión; *b)* el que, a falta de esta, presente un título más antiguo. En ambos casos no puede funcionar el requisito del conocimiento y, por tanto, para anular este título de fecha más antigua es menester la culpabilidad que, por otra parte, solo funciona en el caso de que el vendedor y el segundo comprador realicen un contrato en fraude de acreedores; por tanto, mientras este fraude no exista, la posesión sería legítima, aunque el título fuera vicioso. Así pues, para la existencia de la mala fe en este caso se precisaría la conducta dolosa frente al simple conocimiento o ignorancia.

Cuando se trata de un título de fecha más antigua, el problema sería el mismo; se requeriría para la existencia de la mala fe la concurrencia de una conducta dolosa.

C) ¿Cuándo se entiende que ha habido inscripción?

El interrogante con el que pasamos a esta tercera gran cuestión cabría también plantearla de la siguiente manera: ¿cuándo se entiende que la adquisición ha sido inscrita en el Registro o, correlativamente, «que no hay inscripción»?

Para responder a este interrogante hay que distinguir:

a) Que la finca figure en el Registro a nombre del vendedor, en cuyo caso la falta de inscripción se deberá a no haberla solicitado ninguno de los adquirentes o a no haberse otorgado escritura pública.

b) Que la finca no esté inmatriculada —o que se halle interrumpido el tracto— no pudiendo los adquirentes conseguir la inscripción ordinaria.

De otra parte, habiendo algún comprador por documento privado, y no habiendo presentado al Registro la escritura pública ninguno de los que la tienen otorgada a su favor, ¿valdría como «inscripción», a los efectos del artículo 1473.2, la anotación preventiva de la demanda de aquel al vendedor para que eleve a escritura el documento privado? La solución no depende de si tal anotación es, en sentido estricto, de las representativas de un futuro asiento de inscripción, sino de la preferencia que otorga el derecho anotado, en el siguiente doble sentido:

1. Si la demanda procede del primer adquirente, la anotación preventiva de la misma haría valer el título de fecha más antigua, al que concedería definitiva preferencia.

---

(67) «Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

2. Si la demanda procede de un segundo o tercer adquirente, su anotación también conseguiría prioridad para la escritura pública que se inscribiera luego en virtud de la demanda, pues a partir de aquel asiento provisional, la toma de razón de cualquier escritura a favor de anterior adquirente sería claudicante y sujeta al resultado de la *litis* (68).

Asimismo, la solicitud de inmatriculación de la finca o reanudación del tracto conceden, en principio, prioridad al solicitante, pues en su origen el artículo 1473 está formulado sobre un sistema registral de mera prioridad sin tracto sucesivo, y tal es, entre nosotros, el significado del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia, no obstante, parece admitir el valor de la primera inscripción, a los efectos del artículo 1473, pasados, a lo sumo, los dos años a que alude el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

En este punto, cabe plantear otra cuestión: ¿hasta qué momento puede la inscripción conferir preferencia sobre la posesión o el título?

Un sector de la doctrina (69) responde a la cuestión del siguiente modo: habiendo entrega real antes de la inscripción, aquella tiene eficacia transmisiva, al menos esto es lo que se deduce del artículo 1473.3.

En cambio, mientras no haya entrega real, puede inscribir, anotar o inmatricular cualquiera de los adquirentes de buena fe, quedando inoperante, como razón de preferencia, la prioridad del título (acto adquisitivo); en particular la de la escritura pública no inscrita, que carece de eficacia frente a la ulterior inscrita, de donde aquella, por sí, ni transfiere la posesión a que se refiere este precepto ni determina una prioridad de título operante fuera del pleito. Pues de lo contrario, no sería precisa ni serviría nunca la inscripción como criterio de preferencia, ya que antes de ella se habría otorgado escritura pública y la preferencia se habría convalidado en el comprador que la obtuviera primero; lo cual no es el sentido del artículo 1473.

La preferencia del título de fecha más antigua únicamente vale, por tanto, cuando el conflicto entre diversos adquirentes llegue al terreno judicial: la inscripción realizada o la posesión recibida después del emplazamiento, no confieren ya prelación alguna.

(68) Vid., en relación con la pretensión de inscripción de dos escrituras públicas de compraventa sobre la misma finca, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 14 y 26 de julio de 1988. Y en un sentido similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1988.

(69) Lacruz Berdejo, *op. cit.,* pág. 158.

D) Especialidad del artículo 1473 en el sistema de adquisición y transmisión en el Código Civil

El examen de la situación jurídica del segundo adquirente, primero en la posesión, en la doble hipótesis de que tenga buena fe o que carezca de ella, nos lleva a la afirmación de que el artículo 1473 recoge un sistema especial.

Planteado el sistema de adquisición en el Código Civil y las repercusiones de la teoría del título y el modo —tema en el que deliberadamente no se entra— no se trata de una derogación ni de la tradición ni de la inscripción; la especialidad está en la introducción de la buena fe, especialidad fundamental que viene a exigir el artículo 1473.

Sin el juego del artículo 1473, en el supuesto que examinamos, habría adquirido definitivamente la propiedad de la cosa vendida aquel comprador a quien primero se hubiese entregado. Pero con el artículo 1473 realmente la entrega ya por sí sola no es decisiva, pues si alguien recibe de mala fe la posesión de lo que se vendió no por eso deviene dueño, mientras que el que habiendo comprado de buena fe no recibió la entrega de la cosa —sino que esta se da a otro comprador de mala fe— tiene derecho a convertirse en dueño de la misma.

Por lo que respecta al caso de que lo vendido sea un inmueble, el Código Civil en el artículo 1473, en relación con la Ley Hipotecaria, lleva a la conclusión de que a tenor del texto de ambos —1473 en el Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria— resulta que recoge la misma posición: protección en su adquisición al que de buena fe ha comprado una cosa de aquel que en el Registro aparezca con facultad para transmitirla y ha inscrito en el mismo su adquisición; prefiriéndolo sobre aquel otro comprador que, incluso habiendo recibido realmente la cosa con anterioridad, no llegó a inscribirla a su nombre.

De todo lo anterior parece que hay que deducir que en el supuesto del artículo 1473, la falta del requisito de la buena fe condiciona la aplicación del artículo 609. El Código Civil no permite que entre en juego este precepto existiendo la mala fe, es decir, el conocimiento de una venta anterior. Estos efectos enervadores de *un ius in re* son precisamente los que constituyen la figura jurídica típica y especial del caso contenido en la regulación de la doble venta.

El derecho personal anterior triunfa sobre el *ius in re* posterior, merced a la protección otorgada al primero de condicionar el segundo a la ignorancia de la existencia de aquel. La mala fe actúa de freno impidiendo que se consuma la transmisión de la propiedad.

Se producen, por tanto, efectos que no son reales, pero que son, ciertamente, más fuertes que los obligacionales. Por ello, entendemos que el requisito de la buena fe exigido en el artículo 1473 no puede explicarse más que por una figura parecida a la de un *ius ad rem,* aunque más débil que el regulado por el Código prusiano a que nos hemos referido antes.

Y puede concluirse que el artículo 1473 del Código Civil no contiene la figura histórica y la fuerza que tuvo el *ius ad rem,* sino una figura afín a la del *ius ad rem* sobre la base de la aplicación del juego de la buena fe como un sistema especial condicionante del sistema de la tradición del artículo 609 del Código Civil.

RESUMEN

DOBLE VENTA
VENTA DE COSA COMÚN
BUENA FE

Los problemas derivados de la doble venta se centran en determinar cuál de los diferentes compradores tiene un derecho preferente a convertirse en titular dominical definitivo. Los distintos intereses en juego pasan por acudir, de un lado, al sistema consignado en el artículo 1473 del Código Civil; de otro, a las diferentes acciones que tutelan el derecho de propiedad, teniendo como principio básico la concurrencia inexcusable de la buena fe de aquel cuyas pretensiones consisten en convertirse en dueño; a ello hay que añadir el sistema de transmisión del artículo 609 del Código Civil.

Para solucionar la controversia de los derechos de los diferentes compradores, se han dado diversas soluciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Lo que aquí apuntamos es la posibilidad de acudir a los derechos derivados de la titularidad de un ius ad rem, *entendiendo que el artículo 1473 no contiene la fuerza que tuvo dicha figura histórica, sino una figura afín sobre la base de la aplicación del juego de la buena fe como un sistema especial condicionante del régimen de la tradición de nuestro Código Civil.*

ABSTRACT

DOUBLE SELLING
SALE OF SHARED PROPERTY
GOOD FAITH

The problems derived from the selling of the same property to multiple buyers are centered in finding which of the buyers will be deemed the definitive lawful owner. The various interests in play require the recourse, first, to the system established in article 1473 of the Spanish Civil Code; and secondly to the different actions that guard property rights, having as a basic principle the concurrence of good faith in the one who claims ownership; and then, it has to be added, to the transfer system of article 609 of the Spanish Civil Code.

The authors and the courts have given various solutions in order to solve the controversy regarding the rights of the different buyers. What we note here is the possibility of resorting to the rights derived from the ownership of a jus ad rem, *understanding that article 1473 of the Spanish Civil Code doesn't have the strength of the historical figure, but that of a germane figure based upon the operation of good faith as an special determinant of the tradition system of the Spanish Civil Code.*

(Trabajo recibido el 29-6-2012 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

Protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en los diversos sistemas transmisivos: un intento de valoración (*)

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

I. PRESUPUESTOS: PLURALIDAD DE PRINCIPIOS Y DIVERSIDAD DE COMBINACIONES:

1. Principios básicos de los diversos sistemas: causalidad-abstracción y consensualismo-tradición.
2. La alternativa en los sistemas registrales: inoponibilidad o fe pública.
3. Dificultades de la comparación de sistemas.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: EXCESO ALEMÁN Y DEFECTO FRANCÉS:

1. La duplicidad de sistemas protectores en el BGB.
2. La conjunción del sistema transmisivo español.
3. La deficiente protección francesa.
4. La fallida singularidad portuguesa.

III. VALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES.

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación del MEC, que lleva por título «Garantías y mercado» (DER 2009/09312), cuya investigadora principal es la profesora Ana Cañizares Laso.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES:

1. La privilegiada posición de los acreedores en el BGB.
2. La débil posición del vendedor en el sistema consensual y su corrección.

V. VALORACIÓN FINAL.

I. PRESUPUESTOS: PLURALIDAD DE PRINCIPIOS Y DIVERSIDAD DE COMBINACIONES

1. Principios básicos de los diversos sistemas: causalidad-abstracción y consensualismo-tradición

La transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles se haya determinada tanto por el sistema transmisivo adoptado por un ordenamiento, como por las normas registrales de cada país. En principio, es el régimen de adquisición de la propiedad el que determina qué presupuestos son necesarios para que se transmita la propiedad derivativamente. Pero los efectos frente a terceros de esa transmisión pueden quedar modalizados en virtud de las normas del Registro Inmobiliario, hasta el punto de que, quien es propietario según las reglas estrictamente civiles, se vea privado de la cosa en virtud de la protección de que goza el tercero registral. En consecuencia, solo estudiando conjuntamente las normas que rigen el sistema transmisivo de cada ordenamiento, y las variaciones que introducen las normas registrales, podemos perfilar la protección con que en cada caso cuentan los terceros, ya se trate de adquirentes o de acreedores que confiaron en la apariencia jurídica.

Las formas básicas en que se puede estructurar los sistemas transmisivos de la propiedad dependen de la combinación de dos alternativas básicas: la opción entre un ordenamiento causal y abstracto, y la opción entre un ordenamiento consensual o traditorio (1). Llamamos sistema causal a aquel en que el desplazamiento patrimonial depende de la existencia y validez del contrato u obligación que fundamenta la transmisión: una compraventa, permuta, legado obligacional o cualquier otra forma negocial que haga surgir una obligación de transmitir la propiedad. En cambio, llamamos sistema abstracto a aquel en que la transmisión se produce con independencia de la existencia y validez de la obligación previa que la explica o fundamenta. En los sistemas abstractos,

(1) Sobre la configuración de estas diversas opciones, en especial abstracción y causalidad, Jauernig, «Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip», en *Juristische Schulung (JuS),* 1994, págs. 721 y sigs.; Joost, «Trennungsprinzip und Konsensprinzip», en *Festschrift Zöllner,* II, Colonia, 1998, págs. 1161 y sigs. También el documentado libro de Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Vekehrsschutz durch Abstraktion,* Tubinga, 1996, págs. 7 y sigs.

lo determinante es la existencia de una concorde voluntad en las partes de, respectivamente, transmitir y adquirir el dominio. Tal transmisión se deriva y explica por la existencia de un negocio obligatorio que vincula a ella; pero la inexistencia o nulidad de esa obligación no determina la nulidad de la transmisión, que depende solo de la voluntad transmisiva. El efecto de la falta de obligación previa que fundamenta la transmisión es únicamente conceder al transmitente una acción de enriquecimiento injusto para recobrar la propiedad de la que se desprendió sin causa jurídica.

Junto a la contraposición entre sistemas abstractos y causales, la otra alternativa que determina las líneas básicas del régimen transmisivo es la distinción entre sistemas consensuales y traditorios (2). Por sistemas consensuales se entiende aquellos en que la titularidad se transfiere por mero efecto del contrato, sin necesidad de forma externa que haga perceptible a los terceros el hecho de la transmisión. Por sistemas traditorios entiendo aquellos que exigen de un signo externo, típicamente la *traditio* o entrega de la cosa, para dar por perfeccionada la transmisión del dominio. Dentro de estos últimos, hay que llamar la atención sobre el hecho de que, en materia de inmuebles, el elemento externo o de publicidad que muchos de ellos exigen para la transmisión ya no es la *traditio* o entrega, sino la inscripción en el Registro Inmobiliario, de forma que no se es dueño de un bien inmueble hasta que la transmisión se hace constar en el Registro. Son los llamados sistemas de inscripción constitutiva, en los que la tradición se ha visto desplazada por la inscripción como elemento que hace perceptible la transmisión.

De la elección entre las alternativas vistas se podrían derivar básicamente cuatro binomios, combinando causalidad o abstracción y consensualismo o tradición. Pero la realidad es que ningún ordenamiento ha adoptado un sistema abstracto y consensual, tal vez porque, aunque posible en sí, entrañaría una estructura un tanto peculiar, sumamente conceptual y a la vez desprendida de todo rasgo externo (3). Los ordenamientos vigentes en Europa se inclinan, o

---

(2) Sobre esa dualidad de sistemas, vid. VAN VLIET, «Iusta causa traditionis and its history in European Private Law», en *European Review of Private Law (ERPL),* 2003, págs. 342 y sigs.; sobre la evolución francesa que llevó al sistema consensual, DEROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations,* París, 2007, págs. 233 y sigs.; también, BUCHER, «Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: das woher und wohin dieses Models des Code civil», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP),* 1998, págs. 615 y sigs.

(3) En efecto, si ni negocio obligatorio ni entrega desempeñasen ningún papel en la transmisión, sería necesario fijar un momento independiente, sin más virtualidad que la jurídica, para hacer recaer allí la voluntad de transmitir. Además de ese problema de la excesiva complejidad de ese sistema, el hecho de que ningún ordenamiento haya acogido un sistema abstracto y consensual se explica por el hecho de que la abstracción se desarrolló a raíz de las explicaciones de SAVIGNY de las fuentes romanas, que partían en todo caso de un sistema traditorio. Precisamente, la tesis de SAVIGNY lo que hace es configurar la *traditio* romana como un propio negocio jurídico, dotado de un elemento volitivo independiente respecto al negocio obligacional [vid. RANIERI, «Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen

bien por seguir un sistema causal y consensual —Francia, Italia, Bélgica, Portugal—, o bien por seguir uno causal pero traditorio —España, Austria, Holanda, Suiza—, o bien, en fin, por seguir uno abstracto y traditorio —Alemania— (4). Con todo, conviene tener en cuenta que, dentro de los que siguen el modelo de exigencia de tradición, la mayoría de ellos han optado en materia de inmuebles por sustituir la tradición por la inscripción, de forma que en Alemania, Austria, Holanda o Suiza, en el ámbito inmobiliario, no se puede ya decir que el sistema sea traditorio, sino entendiendo esto en un sentido lato, como contrapuesto a consensual; el sistema en esos países es, propiamente, de inscripción constitutiva.

2. La alternativa en los sistemas registrales: inoponibilidad o fe pública

La diversidad de resultados a que conduce cada sistema se ve aún más ampliada por el hecho, ya mencionado, de que los resultados de los sistemas adquisitivos se pueden ver modificados a consecuencia de la publicidad registral: por ejemplo, el primer comprador que ha adquirido la propiedad conforme a las reglas sustantivas de la transmisión, puede verse privado de ella, a favor de un segundo comprador, en virtud de la protección registral.

Pero también en materia registral se abre un abanico de diferentes principios que los ordenamientos pueden escoger para configurar su propio sistema. Así, son conocidas las variantes entre los sistemas de folio real y personal, de transcripción o de inscripción, de inscripción facultativa u obligatoria, entre otras posibilidades. Con todo, muchas de ellas se refieren a cuestiones más bien procedimentales; a efectos de variación en el esquema adquisitivo, la alternativa de más trascendencia, y la que aquí se va a tener en cuenta, es la planteada entre los sistemas de publicidad meramente negativa, también llamados de inoponibilidad, y los sistemas registrales que conocen una publicidad de efectos positivos, también llamados sistemas de fe pública.

Los sistemas de inoponibilidad, o de eficacia meramente negativa, son aquellos que se basan en la idea de que la falta de publicidad de una adquisición le priva de protección frente a los posibles terceros que, desconociendo ese derecho,

---

Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhundert», en Coing/Wilhelm (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts in 19. Jahrhundert,* II, Frankfurt a.M., 1977, págs. 90 y sigs.].

(4) Sobre esta clásica tríada de sistemas transmisivos, con referencias puntuales a sus legislaciones, Drobnig, «Transfer of Property», en Hartkamp *et al.* (ed.), *Towards a European Civil Code,* Nijmegen, 2011, págs. 1003 y sigs. También de Pablo Contreras, «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en Cámara Lapuente (coord.), *Derecho Privado europeo,* Madrid, 2003, págs. 951 y sigs.; Wacke, «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit der Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», en *ZEuP,* 2000, págs. 254 y sigs.

publicaron sus titularidades en el Registro. En este sistema, la protección que se presta a un tercero inscrito no deriva tanto del hecho de haber adquirido un derecho confiando en el Registro, cuanto de la penalización que sufre el titular cuya posición real no tuvo acceso al Registro. En estos sistemas, el Registro tiene una eficacia meramente preclusiva, que se podría resumir en la frase «lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito». El Registro brinda al que inscribe de buena fe la garantía de que las posibles enajenaciones previas que llevase a cabo el enajenante o sus antecesores, no le serán a él oponibles; pero no le asegura que el enajenante sea realmente titular de la cosa.

En cambio, en los sistemas de fe pública o de eficacia positiva del Registro, el sistema permite confiar al adquirente inscrito en que, para él, y en tanto que sea de buena fe, el contenido publicado por el Registro será tenido por verdadero. No solo se priva de eficacia a lo no inscrito, sino que, a efectos del tercer adquirente de buena fe, se dan por ciertos los datos inscritos y por inexistentes los no inscritos. El Registro goza entonces, frente a terceros de buena fe, de una presunción de integridad y exactitud, de forma que, no solo se considera que cualquier transferencia real ha debido tener reflejo en él, sino también que por el hecho de haberse inscrito será eficaz para el tercer adquirente que confió en ella. La idea de fondo de este sistema se puede resumir diciendo que la titularidad inscrita existe para tercero que la adquiere confiando en esa inscripción (5).

3. Dificultades de la comparación de sistemas

Configurada la transmisión de la propiedad en tres grandes sistemas —los comúnmente llamados consensuales, abstractos y de título y modo—, y distinguiendo entre ordenamientos registrales de eficacia negativa y positiva, sería posible de nuevo combinar una pluralidad de alternativas, hasta un máximo de seis. Pero la realidad es que, al igual que sucedía al combinar los principios que

(5) La diferencia entre el sistema de publicidad positiva y el sistema Torrens, vigente entre otros lugares en Australia, Canadá y ciertos Estados de Estados Unidos, es que, en el sistema de publicidad positiva descrito, lo inscrito se da por existente «frente a tercero que confía en él»; mientras que en los Registros que siguen el sistema Torrens la publicidad registral actúa como realidad *erga omnes,* con efectos convalidantes de la posible nulidad del título, de forma que propietario es y solo es quien aparezca inscrito. En un Registro así constituido, la «inexactitud registral», como concepto técnico, desaparece, pues no se puede dar ya el hecho de que el inscrito no sea propietario. Con todo, ni el sistema Torrens es idéntico en todos los ordenamientos en que rige, ni el efecto convalidante de la inscripción es universal, sino limitado a unos casos que varían de un lugar a otro. Sobre el sistema Torrens en general, y en particular sobre los efectos convalidantes que allí puede tener la inscripción, Arrieta Sevilla, *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español,* Madrid, 2010, págs. 120 y sigs.; vid., también, sobre los limitados efectos convalidantes del sistema Torrens en su plasmación en la legislación canadiense, Greg Taylor, *The Law of the Land - The Advent of the Torrens System in Canada,* Toronto, 2008, págs. 11 y sigs.

pueden configurar la transmisión del dominio, los ordenamientos europeos no han reflejado todas las posibilidades existentes. Y así, *de facto*, se puede decir que la combinación de alternativas acaba conduciendo a tres soluciones, pues los ordenamientos que acogen un régimen transmisivo consensual han tendido a un esquema registral de efectos meramente negativos (Francia, Italia, Bélgica), mientras que los países que han adoptado el sistema abstracto (Alemania) o de título y modo (España, Austria, Suiza, Holanda) acogen la eficacia positiva del Registro. La única excepción a esta regla la constituye Portugal, que combina un sistema consensual con un Registro que parece acoger el principio de fe pública; con todo, como luego veremos, la jurisprudencia portuguesa ha llevado a cabo una interpretación tan restrictiva de los casos en que el legislador acogió el principio de fe pública que, en la realidad, se aproxima más a un sistema de inoponibilidad.

Ante esta reducción de soluciones, y dado que los efectos más importantes para los terceros dependen del propio esquema transmisivo por el que un ordenamiento opte —pues el Registro no influye en relación con la protección de los acreedores sin garantía real, al ser estos simples terceros, y no terceros inscritos—, voy a tomar como punto de comparación tres concretos ordenamientos, el francés, el alemán y el español, en cierto modo paradigmáticos de cada uno de los mencionados sistemas transmisivos. Pero a fin de que se pueda completar el cuadro resultante, expondré en su lugar la regulación portuguesa, que ha intentado combinar un esquema transmisivo consensual con un Registro que admite, así sea limitadamente, el sistema de fe pública. De este modo se puede tener una imagen razonablemente amplia de las diversas soluciones que conviven en territorio europeo. Imagen que, aunque limitada a la eficacia de los sistemas transmisivos en relación con los terceros, puede trasladarse a la valoración general de cada solución en comparación con la otra. No en vano hay que tener en cuenta que la eficacia propia de los sistemas transmisivos no se mide en la relación *inter partes*, sino en los efectos que producen frente a terceros (6).

---

(6) Conviene tener en cuenta que la diversidad de resultados solo se puede advertir cuando en la relación jurídica intervienen terceros, ya sean adquirentes o acreedores de un bien, pues si el conflicto surge *inter partes,* pese a la diversidad de sistemas, las consecuencias serán a la postre las mismas. Piénsese que, por más que la transmisión se produzca con el contrato o quede condicionada a la entrega, e independientemente de que dependa o no de la validez del negocio obligatorio antecedente, mientras no haya intervenido un tercero, cualquier invalidez o ineficacia de la relación jurídica que ha dado lugar a la transmisión podrá ser solventada a favor del *tradens,* ya se haya transmitido el bien con la entrega o no, ya se base la restitución en una acción real o de enriquecimiento sin causa. En cuanto a otros problemas, la solución es independiente del sistema transmisivo adoptado. Piénsese en la liquidación de frutos y gastos *inter partes,* en que el artículo 1095 del Código Civil español atribuye los frutos de la cosa al adquirente desde que surge la obligación de entregarla, por más que esta no haya sido entregada, y en consonancia, por tanto, con los resultados de un

II. LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: EXCESO ALEMÁN Y DEFECTO FRANCÉS

1. La duplicidad de sistemas protectores en el BGB

El sistema transmisivo alemán es heredero de la particular interpretación que hizo Savigny de las fuentes romanas. Ante la aparente contradicción entre los textos del *Corpus Iuris Civilis* que exigían una *iusta causa* para que la tradición operase la transmisión del dominio, y los textos que, en caso de pago de un *indebitum*, daban lugar a una acción readquisitiva personal, la *condictio indebiti*, y no a una acción real, como sería más congruente con un sistema causal, Savigny entendió que la *iusta causa traditionis* no consistía en el contrato obligatorio que daba lugar a la entrega, sino en la propia voluntad de transmitir y de adquirir que concurría en las partes. El negocio obligacional sería solo indicio de la existencia de esa voluntad, pero no causa de la transmisión, de forma que, existiendo voluntad de adquirir y transmitir, y concurriendo la *traditio*, la propiedad se transferirá al adquirente. La nulidad o inexistencia contractual solo dará lugar a una acción personal de enriquecimiento sin causa dirigida a la readquisición de la cosa por el que se desprendió de ella en virtud de un título inexistente (7).

Este sistema se impuso en todo el ámbito alemán por el prestigio de su propulsor. A su favor actuaba, además de la legitimación histórica que le daba el ser considerado como el sistema del Derecho romano clásico, el argumento, ya esgrimido por Ihering, de que la abstracción de la transmisión respecto a su causa obligacional proporcionaba una especial seguridad jurídica al tercer adquirente. El hecho de que fuese inexistente o inválido el contrato no impedía la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, el tercer adquirente de un

---

sistema consensual donde esos frutos serán del adquirente en virtud del mismo dominio que ya ha adquirido. Y la misma independencia respecto al sistema transmisivo se da a la hora de resolver los problemas que se presentan en caso de pérdida o perecimiento de la cosa: en los sistemas consensuales rige el principio *periculum est emptoris,* que se ve entonces respaldado y coordinado con el de *res perit domino* (vid., por ejemplo, arts. 1138 del Código Civil francés o 1465 del Código Civil italiano); en cambio, en los sistemas de título y modo y abstractos hay diversidad de soluciones, pues si en España parece claro que el Código sigue también la regla *periculum est emptoris* (art. 1452, vid al respecto, recientemente, Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador,* Valencia, 2011, págs. 143 y sigs., y la bibliografía allí citada), y lo mismo sucede en Suiza (art. 185 de su Código de Obligaciones), en Austria y Alemania, el principio es atribuir los riesgos al transmitente, que no podrá ya exigir el pago del precio si sin su culpa no puede entregar la cosa vendida (§§ 1064, 1048-1051 y § 446.1 del ABGB y del BGB, respectivamente).

(7) Sobre el origen histórico de la interpretación de Savigny, sigue siendo fundamental, Felgentraeger, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre,* Leipzig, 1927. Vid., también, más reciente, Huber, «Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip», en *Festschrift Canaris,* Munich, 2007, págs. 471 y sigs.

bien no debía preocuparse de la posible nulidad o anulabilidad del negocio del que traía causa su transmitente. En una serie de adquisiciones en cadena, producida la transmisión por el acuerdo de voluntades y la *traditio*, el siguiente adquirente devenía propietario inatacable, pues la acción del primer enajenante que transmitió sin causa era meramente personal, y no tenía eficacia ninguna frente al tercer adquirente del bien (8).

Además de esa seguridad que se proporcionaba al tercer adquirente en una cadena transmisiva en caso de fallo del vínculo obligacional en un eslabón previo, el hecho de que el sistema exigiese la *traditio* para la transmisión del dominio proporcionaba otro elemento de seguridad jurídica al adquirente frente a los posibles contratos previos que hubiese celebrado un propietario obligándose a la entrega. Es decir, que en caso de doble venta o enajenación, el hecho de que el sistema transmisivo exija la tradición, hace que el segundo comprador que recibe la cosa no tenga que preocuparse de la posible enajenación previa llevada a cabo por su causante. La transmisión del dominio exige entrega, de forma que el segundo adquirente que adquiere de quien se obligó a transmitir y no lo hizo, adquiere de propietario y se verá defendido como tal. Es más, la total abstracción entre negocio obligacional y transmisión hace que ni siquiera se pueda considerar de mala fe a quien adquiere conociendo la titularidad obligacional previa de un tercero (9).

Las comisiones redactoras que elaboraron el BGB aceptaron plenamente este modelo diseñado por SAVIGNY. Solo introdujeron un cambio de entidad, provocado por la existencia del Registro Inmobiliario: se determinó que, en el ámbito inmobiliario, la tradición quedaba sustituida por la inscripción en el Registro de la Propiedad, de forma que, en adelante, la propiedad inmueble se transmite en Alemania por la concurrencia de la voluntad de transmitir y de adquirir en enajenante y adquirente —el llamado contrato o acuerdo real— y la inscripción de la transmisión en el Registro. Es el sistema que sigue hoy vigente en los §§ 873 y 925 del BGB. La adopción de un sistema de inscripción constitutiva y abstracto garantiza una gran seguridad jurídica, pues el principio de inscripción protege al que inscribió en los casos de doble venta, mientras que el principio de abstracción protege al tercer adquirente en caso de nulidad del contrato del que trae causa su enajenante (10).

---

(8) Sobre la importancia que los propios propulsores de la abstracción concedieron a su positivo efecto para la protección del tráfico jurídico, LIEBS, «Abstraktion im Neueren gemeinen Recht», en *Orbis Iuris Romani* 7 (2002), págs. 59 y sigs.

(9) Sobre este punto, SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf,* Berlín, 1999, pág. 241; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag,* Berlín, 2002, págs. 140 y sigs.

(10) Sobre ello, KÖBLER, «Die Regelung des Eigentumserwerbs an Grundstücken in Preußen von ALR zum BGB», en COING/WILHELM (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert,* III, Frankfurt a.M., 1976, págs. 201 y sigs.

Pero la existencia del Registro de la Propiedad dio lugar a otra novedad, que también iba a influir, así fuese de forma indirecta, en el sistema transmisivo. Conforme con los principios registrales que a menudo se llaman germánicos —denominación equivoca, pues propiamente son del moderno Derecho alemán—, el § 892 del BGB estableció el sistema llamado de fe pública registral, con su eficacia protectora positiva de quien confió en el Registro. En consecuencia, quien de buena fe adquiera la propiedad de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirla, será mantenido en su adquisición, aunque resulte inexacta esa inscripción o se resuelva o anule en virtud de causas que no constan en el mismo Registro.

Con todo ello, y esto probablemente no fue advertido por los redactores del BGB, se produce una especie de sobreprotección del adquirente, pues la protección va a venir al tercero por vías que se superponen (11). En efecto, si en caso de doble enajenación la protección del adquirente frente a las enajenaciones previas venía tradicionalmente asegurada por el principio de tradición —aquí sustituido por el de inscripción constitutiva—, ahora, aunque se prescindiese del principio de tradición y se asumiese el de transmisión consensual, el adquirente quedará protegido por el principio de fe pública, pues él adquirirá en tal caso de quien, aun no siendo propietario, consta en el Registro como tal.

Pero también en caso de un tercer adquirente que adquiere de quien a su vez lo había hecho en virtud de un negocio obligatorio inexistente o nulo, dicho tercer adquirente puede quedar protegido a partir de la publicación del BGB por dos vías. Por un lado, en virtud del principio de abstracción, tal y como explicaban los propulsores de ese principio, pues habiendo transmisión entre el primitivo enajenante y primer adquirente, pese a la inexistencia de la causa obligatoria, el tercero adquirirá *a domino,* y la acción del primer enajenante tendente a la readquisición, por tener naturaleza personal, no podrá alcanzarle. Pero también, y aunque no existiese esa protección a tercero derivada de la abstracción, porque el tercer adquirente que adquiere de quien en el Registro figuraba con capacidad para transmitir deberá ser protegido en virtud del principio de fe pública registral del § 892 BGB, siempre y cuando desconociese el defecto de titularidad de su transmitente.

Conviene señalar que, si en el caso típico de la doble enajenación, la protección que depara el principio de inscripción es la misma que la que depararía el

(11) El hecho de que los autores del BGB no advirtieron que el principio de abstracción y el de fe pública registral coincidían en su efecto protector sobre los terceros, se desprende de la lectura de las actas de la comisión redactora, y ha sido destacado por varios autores: WACKE, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik,* Colonia, 1974, págs. 38 y sigs., esp. nota 99; WIEGAND, «Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht», en *Archiv für die civilistische Praxis (AcP),* 190 (1990), págs. 119 y sigs.; VAN VLIET, «Iusta causa traditionis and its history in european private law», en *ERPL,* 2003, pág. 368.

de fe pública de no existir aquel, en el caso de lo que he llamado «adquisiciones encadenadas o derivadas», la protección brindada por los principios de abstracción y fe pública no se superponen para todos los supuestos; dicho gráficamente, si en el primer caso los círculos formados por los principios protectores son concéntricos, aquí son secantes. Y así, se pueden diferenciar en estos supuestos de adquisiciones en cadena hasta tres grupos de casos: una, en la que el tercer adquirente viene hoy protegido por el principio de abstracción, pero en la que lo estaría igualmente, de no existir este, por el de fe pública registral; me refiero a los casos en que la primitiva enajenación en la serie causal fue producto de un negocio obligatorio nulo o inexistente, pero en que concurrió voluntad de adquirir y transmitir y se inscribió la enajenación en el Registro: el tercero que adquiere de inscrito y desconociendo ese problema se encontrará protegido por el principio de abstracción —ha adquirido *a domino*, y la acción del primitivo enajenante no le alcanza por ser personal—, pero lo estaría igualmente por el principio de fe pública registral si el sistema no fuese abstracto —adquiriría de buena fe de quien en el Registro consta como titular—.

El segundo grupo de casos viene determinado porque solo la fe pública, y no la abstracción, protege al tercero. Son aquellos en que el vicio determinante de la nulidad o inexistencia no solo afecta al contrato obligatorio que servía de base a la transmisión, sino también a la propia voluntad abstracta orientada a la transmisión, al llamado contrato real abstracto: piénsese en aquellos supuestos en que el vicio de la voluntad (violencia, dolo), no solo afecta al negocio causal sino también inhiere en la voluntad transmisiva. En estos casos, la perturbación creada por la causa de nulidad no solo dará lugar a una transmisión carente de causa, y por tanto susceptible de una acción de enriquecimiento del § 812 BGB tendente a la readquisición, sino a la propia nulidad de la transmisión, por falta o vicio de la voluntad requerida en el contrato transmisivo-real (12).

Por último, existe otra serie de supuestos en que la protección solo puede venir ofrecida por el principio de abstracción, de forma que el tercero, en caso de que

(12) En contra de lo que se podría pensar desde una mentalidad acostrumbrada al principio de causalidad, estos casos en que el vicio afecta tanto al contrato obligatorio como al contrato transmisivo-real no son excesivamente frecuentes. La abstracción, tal como se diseña en el ordenamiento alemán, no solo afecta a la relación entre la transmisión y la obligación que la causa, haciendo que la primera sea independiente de la segunda (abstracción externa), sino se refiere también a que el acuerdo transmisivo-real es independiente respecto a las motivaciones que guiaron a los contratantes (abstracción interna). Y así, es claro que una nulidad del contrato obligatorio por incapacidad, dolo o violencia, afectará también al acuerdo transmisivo subsiguiente —pues si el negocio transmisivo no se ve afectado por ellas, su celebración podría ser equiparada a una convalidación del negocio obligatorio nulo—. En cambio, el hecho de que un contrato haya sido celebrado por error, o en contra de la ley o las buenas costumbres, no debe comportar la nulidad del negocio transmisivo subsiguiente, pues este es totalmente independiente de esas motivaciones. Sobre la distinción entre abstracción interna y externa, vid. JAUERNIG, «Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip», en *JuS,* 1994, pág. 721 y sigs.

ese principio se suprimiese, quedaría desprotegido: son aquellos casos en que el tercero conocía la nulidad o inexistencia del vínculo obligacional entre el primer enajenante y el primer adquirente que luego enajenó; en efecto, si el sistema no fuese abstracto, el tercero adquiriría de quien, sin ser verdadero propietario —pues no lo sería en un sistema causal, por falta de título—, consta en el Registro con facultades de transmitir; en estos casos, su mala fe, entendida como conocimiento del vicio del primer negocio —o, lo que es lo mismo en un esquema causal, como conocimiento de la falta de titularidad del inscrito—, le impediría completar su adquisición, pues solo queda protegido por el principio de fe pública registral el que adquirió *a non domino* desconociendo la inexactitud del Registro.

De la conjunción de principios que forman el sistema alemán —inscripción constitutiva, abstracción, fe pública— resulta una protección del tercer adquirente ciertamente completa, pero tal vez superflua y, como luego diré, quizá excesiva. Tal vez superflua porque la protección prestada por la fe pública puede parecer que hace prescindible el principio de inscripción, ya que, aun siendo el sistema consensual, la fe pública registral protegería en caso de doble enajenación todos los supuestos amparados hoy por el principio de inscripción. Y quizá excesiva porque los supuestos protegidos por el principio de abstracción y que no lo estarían por el principio de fe pública si el ordenamiento fuese causal —los casos en que el tercero conocía el vicio del negocio entre primitivo causante y el adquirente que a él le transmitió—, constituyen supuestos en que difícilmente puede decirse que el tercero merezca protección.

2. La conjunción del sistema transmisivo español

El sistema transmisivo español es resultado de una coherente evolución histórica, muy ligada a la interpretación más común de los textos romanos. El Derecho español heredó el sistema de título y modo, causal y traditorio, que popularizaron los juristas del *ius commune*. Tal como reflejan hoy los artículos 609 y 1095 del Código Civil, que son los que abordan de modo más directo la cuestión, la propiedad se adquiere derivativamente en España por la conjunción de un título válido —obligación o contrato antecedente— y la entrega. La falta de la obligación, por inexistencia o invalidez, provoca la total ineficacia de la transmisión. La falta de entrega, en cualquiera de las formas previstas en los artículos 1462 y siguientes, determina que, a pesar de la existencia de la obligación de transmitir, el dominio se mantenga en manos del obligado a transmitir; el facultado por un título a exigir la entrega de la cosa es acreedor de dominio, pero no todavía propietario.

Lo mismo que sucede en Alemania, la asunción del principio de tradición, en su versión pura de exigencia de entrega tanto para muebles como para inmuebles, engendra ya una cierta protección para el adquirente. El adquirente al

que se hizo *traditio* de la cosa no debe preocuparse por los posibles vínculos obligacionales previos que hubiese asumido el transmitente, siempre y cuando le sean a él desconocidos en el momento de contratar (art. 1473).

El principio de causalidad crea, en cambio, un cierto problema para la protección del adquirente frente a los posibles defectos que afecten a las titularidades de que trae causa el enajenante. Es decir, que en caso de nulidad o invalidez de una transmisión, todos los posteriores adquirentes del bien se ven sometidos, en tanto no se completen los largos plazos de la usucapión inmobiliaria, a la acción reivindicatoria que pueda entablar el enajenante que no llegó a transmitir por faltar el justo título. En un sistema civil desconocedor del Registro, regiría ilimitadamente la regla *resolvitur iure dantis, resolvitur ius accipientis.*

Ese problema de seguridad jurídica, cierto en el Derecho histórico español, se encuentra atajado hoy día por el principio de fe pública que acoge la Ley Hipotecaria. En virtud de los artículos 34, 37 y 40 de dicha ley, se establece que el adquirente que contrató a título oneroso con quien en el Registro consta como titular real, desconociendo la posible inexactitud del Registro, será mantenido en su adquisición, por más que se anule o resuelva la del titular del que trae causa.

Pero la admisión del principio de fe pública no solo ha alterado la regla de protección de terceros en caso de nulidad de una transmisión antecedente, sino que también, necesariamente, ha afectado a la protección del adquirente frente a las posibles vinculaciones previas de su transmitente. Aquí el principio de fe pública rectifica el sistema creado por el principio de tradición, que queda en cierto modo sometido a él. Ya no será defendido primeramente aquel a quien se entregó una cosa en virtud de título válido, sino, como establece el artículo 1473, quien en virtud de justo título, y desconociendo al contratar la existencia de otras titularidades obligacionales, primero inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. Solo a falta de inscripción, caso en el que ya no puede actuar la protección brindada por el principio de fe pública, entra en acción la protección tradicionalmente concedida por el principio de tradición al primero que de buena fe completó el proceso adquisitivo mediante la conjunción de título y modo (13).

De esta forma, el Derecho español crea un sistema que coordina los diferentes principios. Las dificultades que puede ocasionar a los terceros el principio de causalidad se ven subsanadas por las reglas registrales que acogen el de fe pública. Este último principio se superpone y coordina con el de tradición para proteger al adquirente frente a las enajenaciones previas. Y ni siquiera se puede decir propiamente que el principio de fe pública haga prescindible la protección otorgada por el de tradición porque, al no ser el sistema registral español de

(13) Para todas las cuestiones relativas a la relación entre el artículo 1473 del Código Civil y las normas de la Ley Hipotecaria, puede verse el libro de Saborido Sánchez, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario,* Madrid, 2009, págs. 131 y sigs., con la bibliografía allí citada.

inscripción constitutiva y ni siquiera obligatoria, puede darse el caso de que el adquirente no alcance la protección registral, y tenga entonces que acogerse a la que le brinda el haber completado la adquisición mediante la tradición.

Una última particularidad me parece importante reseñar del sistema español en relación con todos los de su entorno. Me refiero al hecho de que la protección de que goza el adquirente frente a los posibles fallos de la cadena transmisiva de la que trae causa, o frente a las posibles obligaciones asumidas por su causante, solo existirá si dicho adquirente lo es a título oneroso. El Derecho español es heredero, también aquí, de una larga tradición del Derecho común que entiende que, en el conflicto por la titularidad de un bien entre dos sujetos con una afección sobre él, merece ser preferido aquel que contrató a título oneroso (regla *potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando)* (14).

3. La deficiente protección francesa

El Derecho francés llevó a cabo un particular desarrollo de las fuentes romanas, hasta prescindir en el *Code civil* de una *traditio* que, como requisito de la transmisión, ya había dejado de exigir en la práctica jurídica. Los artículos 711, 938, 1138 y 1583 de su Código Civil, modelo en este punto de muchos otros ordenamientos, recogen el principio consensual, conforme al cual la obligación por sí sola, sin necesidad de entrega, opera la transmisión de la propiedad (15). Con esa solución, el Derecho francés otorgaba una particular relevancia a la obligación, pues no solo, conforme con el principio de causalidad, se hacía necesaria la validez de esta para la efectividad de la transmisión, sino que se llegaba al punto de que la misma obligación, por sí sola, produjese el desplazamiento patrimonial.

Si este sistema consensual engendra algunas posibles ventajas de celeridad en los desplazamientos patrimoniales —que generalmente han tendido a ser so-

(14) La regla tiene su origen más remoto en D. 50, 17, 41, 1. Sobre su desarrollo en el Derecho europeo, Wacke, «Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* 118 (2001), págs. 264 y sigs.

(15) Solamente en relación con la donación no solemne de bienes muebles sigue la doctrina jurídica francesa exigiendo la entrega de la cosa, en este caso como requisito de validez del negocio. Dicha donación manual no se encuentra prevista en el Código Civil francés, que en su artículo 931 exige como requisito de validez de la donación su celebración ante notario, y que, de acuerdo con el sistema consensual, establece en el artículo 938 que la propiedad se transmitirá con independencia de la entrega. Pero ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia que, de acuerdo con un principio jurídico común a todo el Derecho Privado europeo, y expresado en francés en la regla *donner et retenir ne vaut,* exige como requisito de validez de la donación manual de cosa mueble la entrega de la cosa. Sobre esto, vid. Wacke, «Donne et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung», en *AcP,* 201 (2001), págs. 256 y sigs.; Ourliac/Gazzaniga, *Histoire du Droit Privé français,* París, 1985, pág. 245; Lévy/Castaldo, *Histoire du Droit Civil,* París, 2002, núm. 1018 y sigs., 1021.

brevaloradas—, no son pocas las dificultades que crea en otros ámbitos. Aparte de las referidas a la construcción jurídica de ciertas figuras, que la doctrina francesa ha tenido que ir salvando mediante excepciones o limitaciones a la regla del consensualismo —problemas de la venta de cosa ajena, futura, genérica—, el problema quizá mayor del sistema causal y consensual francés es la inseguridad que crea en el tráfico jurídico y en las adquisiciones reales, tanto en caso de enajenación previa por quien se presenta como propietario, como en caso de nulidad o invalidez, en la cadena transmisiva de que trae causa el enajenante, de un eslabón transmisivo previo.

En efecto, el principio de consensualidad de la transmisión provoca que quien contrató la adquisición de un bien, por más que reciba la posesión de la cosa, no goce de protección frente a las posibles transmisiones previas que haya podido llevar a cabo quien a él se lo enajenó. El segundo contratante no gozará, aunque haya recibido posesión de la cosa, de más protección de la que gocen las adquisiciones *a non domino*.

Por lo que respecta a los supuestos de nulidad o invalidez de un contrato situado en la cadena transmisiva de que trae causa el enajenante, la situación del tercer adquirente será la misma que la ya expuesta en el sistema español antes de que intermedie la protección registral. Y así, en virtud del régimen causalista de transmisión, la nulidad o inexistencia de un eslabón en la serie adquisitiva determinará la nulidad de todos los subsiguientes, en tanto no sean sanados por las reglas de las adquisiciones *a non domino*.

Esta vulnerabilidad del adquirente en el sistema francés, derivada de la conjunción de consensualismo y causalidad, podría hacer pensar que las adquisiones *a non domino* de inmuebles gozan allí de una particular protección. Sin embargo, el régimen registral francés no acoge el principio de fe pública, especialmente idóneo para la protección de terceros, sino un régimen de mera inoponibilidad, en que la única protección que se ofrece al adquirente proviene de una vía más bien indirecta, la sanción o penalización de las titularidades que, pudiendo tener acceso al Registro, no llegaron a inscribirse. Desde el punto de vista de la protección de terceros llama la atención que los sistemas transmisivos consensuales, como ya dije, y con la excepción de Portugal, no acojan un sistema registral de fe pública, que completaría sus carencias; pero su opción por el sistema de inoponibilidad resulta en realidad coherente desde el punto de vista sistemático: dado que el mero contrato transmite la propiedad, y que la invalidez de una transmisión supone la ineficacia de todas las subsiguientes que de ella traigan causa, el Registro no puede ofrecer garantía de las titularidades que publica y ha de limitarse a sancionar, con el consiguiente beneficio de tercero, a quien no inscribió su titularidad debiendo hacerlo.

Resultado de ese régimen de inoponibilidad que preside el sistema registral francés (arts. 28 y 30 de la Ordenanza de 4 de enero de 1955), es que, quien celebró un contrato transmisivo con quien en el Registro constaba como titular

de un bien, quede amparado una vez inscriba frente a las posibles enajenaciones previas llevadas a cabo por el transmitente o sus antecesores y que no hayan tenido acceso al Registro (16). Dado que lo no inscrito no goza de protección frente a tercero inscrito que contrató confiando en la apariencia registral, el adquirente que de buena fe contrata con el titular registral e inscribe en el Registro no ha de inquietarse por las posibles enajenaciones previas llevadas a cabo por el enajenante o sus antecesores (17). El Registro corrige en este punto los defectos del sistema consensual.

En cambio, no puede decirse lo mismo sobre los problemas creados a la seguridad del tráfico jurídico por la vigencia del principio de causalidad. Al no existir un sistema de publicidad positiva, el adquirente, por el hecho de inscribir en el Registro, no queda a resguardo de la reivindicatoria que pueda interponer cualquier antecesor jurídico del transmitente, en caso de que se haya desprendido del bien por un contrato inexistente, inválido o incluso posteriormente resuelto. La ineficacia de un elemento en la cadena transmisiva provoca la ineficacia de las subsiguientes transmisiones, sin que la inscripción pueda subsanar esto, y hasta que transcurran los plazos de la usucapión inmobiliaria.

Con todo, consciente de este grave problema que afecta a la seguridad jurídica, el legislador francés ha intentado, dentro del sistema de inoponibilidad, arbitrar los medios suficientes para proteger a los adquirentes inmobiliarios. Y así, ha establecido que las causas de resolución de una transmisión que hayan sido especialmente previstas en el contrato, solo podrán actuar contra tercer adquirente cuando hayan sido expresamente inscritas en el Registro (arts. 28.2 y 30.1 de la Ordenanza registral). Además de eso, y tanto en caso de causas de resolución derivadas de cláusulas contractuales, como en caso de causas de invalidez o ineficacia contractual derivada de la ley, se ha establecido que las

---

(16) En el caso de que la primera enajenación sea a título lucrativo, el segundo adquirente a título oneroso será protegido aunque no haya procedido a la inscripción, siempre que el primero no haya inscrito (arts. 939 y 941 *Code Civil*). La posición del donatario es más débil por tanto, en cuanto a la inoponibilidad, que la del adquirente oneroso, pues, en caso de que no inscriba su adquisición, la donación es inoponible, no solo frente a otros adquirentes del bien que hayan inscrito su adquisición, sino frente a cualquier tercer interesado —salvo el donante y sus causahabientes—, aun cuando su derecho no conste inscrito o no sean titulares reales. Eso hace que incluso los acreedores del donante estén protegidos frente a las donaciones no inscritas que este haya realizado (THÉRY, *Sûretés et publicité foncière,* París, 1998, núm. 389; AYNÈS/CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière,* París, 2006, núm. 653; SIMLER/DELEBECQUE, *Droit Civil - Les sûretés, La publicité foncière,* París, 2009, núm. 841).

(17) Con todo, como ha destacado la doctrina, la exigencia de buena fe del tercero inscrito para poder acogerse a la protección del Registro no es plenamente coherente con ese carácter sancionador de la inoponibilidad. Pero tal exigencia de buena fe responde a un desarrollo autónomo de la jurisprudencia y encuentra ahí su fundamento. Vid. MAZEUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil - Sûretés, publicité foncière,* París, 1999, núm. 710 y sigs.; PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière,* París, 2000, núm. 413; SIMLER/DELEBECQUE, *Droit Civil - Les sûretés, La publicité foncière,* núm. 827.

demandas dirigidas a obtener la declaración de invalidez o ineficacia de un determinado contrato únicamente podrán ser acogidas por los tribunales cuando la misma demanda haya sido objeto de anotación en el Registro [arts. 28.4.*c)* y 30.5 de la citada Ordenanza]. A pesar de estas medidas, hay que tener en cuenta que el problema fundamental sigue vigente, ya que la mayoría de casos de nulidad o ineficacia provienen no del contrato, sino de la misma ley (nulidades o anulabilidades, rescisión, resolución por incumplimiento), y podrán por tanto tener eficacia contra tercero por más que este haya inscrito en el Registro con total desconocimiento del hecho que podía provocar la ineficacia de su adquisición. Únicamente en materia de resolución del contrato de compraventa por impago del precio se ha introducido una regla de protección de terceros, estableciendo que el privilegio del vendedor por el precio pendiente de pago (art. 2374.1.º *Code civil*) solo puede operar en perjuicio de tercer adquirente si ha sido objeto de inscripción (art. 2379); a raíz de eso se entiende que el tercer adquirente de un inmueble, una vez que inscriba su adquisición, queda inmune frente a los efectos de la resolución por impago que contra el comprador-transmitente, eslabon intermedio de una cadena transmisiva, pueda interponer el vendedor originario que no hizo inscribir en el Registro la falta de pago del precio.

4. La fallida singularidad portuguesa

Tal vez haya sido la conciencia de esas graves carencias de los sistemas que combinan causalidad y consensualidad de la transmisión, e inoponibilidad del sistema registral, lo que llevó al legislador portugués, en el *Código do Registo Predial*, aprobado por Decreto-ley de 6 de julio de 1984, a admitir el principio de fe pública como régimen protector de los adquirentes inscritos. El artículo 17.2 establece que «la declaración de nulidad del Registro no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe, si la inscripción de los correspondientes actos fue anterior a la anotación de la acción de nulidad». Ese artículo, combinado con el que establece el sistema de inoponibilidad en el artículo 5 del mismo Código, debiera llevar al ordenamiento portugués a salvar en todo caso al adquirente que, a título oneroso y de buena fe, adquiere un derecho de quien en el Registro figura con capacidad para transmitirlo.

Sin embargo, la realidad es que la interpretación dada por el Supremo Tribunal de Justicia portugués y por la propia jurisprudencia registral a los citados artículos de su *Código do Registo Predial*, ha conducido a dejar entre paréntesis la posible voluntad del legislador portugués de combinar su sistema de transmisión consensual con el principio de fe pública. Actualmente, la solución preconizada unánimemente por la jurisprudencia y mayoritaria en la doctrina, defiende que el citado artículo 17.2 de la norma registral solo se aplica a aquellos casos en que la inexactitud deriva, no de la nulidad de un negocio jurídico, sino

de un incorrecto funcionamiento del propio Registro que provoca una inscripción inexacta. Los casos en que la inexactitud proviene de la nulidad del negocio jurídico inscrito habrán de resolverse según el artículo 291 del Código Civil, que establece para estos casos un limitado efecto positivo una vez que hayan transcurrido tres años desde la transmisión, y siempre que el adquirente sea a título oneroso y de buena fe (18). Se trata de un efecto positivo del Registro muy limitado, más aún desde que el Supremo Tribunal de Justicia, siguiendo la misma línea restrictiva del principio de fe pública que ha mantenido desde la publicación del *Código do Registo Predial*, ha entendido en la sentencia de 26 de octubre de 2004, que el plazo de tres años para que la inscripción pueda legitimar la adquisición de un tercero no empieza a correr desde celebrado el contrato afectado por el vicio invalidante, sino desde que contrataron el entonces adquirente y un tercero que aspire a la protección registral.

En consecuencia, se puede decir que si el ordenamiento portugués parecía querer combinar un sistema de transmisión consensual del dominio, acogido por el artículo 408 de su Código Civil, con un sistema registral de fe pública, establecido por el citado artículo 17.2 de su norma registral, de forma que se compatibilizasen consensualismo y seguridad del tráfico jurídico, se ha quedado en un cierto punto intermedio: en un sistema de inoponibilidad pleno —establecido por el art. 5 del *Código do Registo Predial*— y un sistema de fe pública restringido, que solo se aplica sin limitaciones en caso de inexacto funcionamiento del Registro, y transcurridos tres años en caso de que la falta de titularidad del *tradens* derive de un vicio de su negocio transmisivo. Tal vez ello sea muestra de la dificultad inherente a los sistemas consensuales para acoger el principio de fe pública.

III. VALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES

De lo dicho se puede concluir que el sistema alemán, abstracto, constitutivo y de fe pública, presenta un problema de sobreprotección del adquirente, mientras que el sistema francés, consensual, causal y de inoponibilidad, presenta un grave defecto de protección del tercero. Y así lo han puesto de manifiesto ciertos autores en los respectivos países —con más franqueza por parte de la doctrina alemana que por la francesa—.

---

(18) Oliveira Ascensão, *Direito Civil - reais,* Coimbra, 2000, págs. 368 y sigs.; Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos reais,* Lisboa, 2004, págs. 130 y sigs.; Santos Justo, *Direitos reais,* Coimbra, 2007, págs. 76 y sigs. También, sobre el Registro portugués en general y sobre estas cuestiones, Martínez Escribano, «Líneas generales del Derecho Registral portugués», en *RCDI,* 2006-6 (698), pág. 2453.

El problema principal del sistema alemán en relación con los terceros adquirentes, tal como ha destacado un sector de su doctrina, radica en la protección que el principio de abstracción presta al tercero que adquirió un bien conociendo que su transmitente lo había adquirido a su vez en virtud de una obligación inexistente o inválida (19). Como ha argumentado WACKE, una ponderación de intereses entre el enajenante de un bien que lo transmitió en virtud de una obligación solo aparente, y el tercer adquirente de ese mismo bien que lo adquirió conociendo el vicio de aquella transmisión, debe llevar a tener por más atendible el interés del primer transmitente que el del tercer adquirente que conocía la citada perturbación. Desde un punto de vista ético, no merece protección quien conocía que la titularidad de la que trae causa era susceptible de revocación. Más aún si se tiene en cuenta que el principio de fe pública, en materia de inmuebles, garantiza que, sin necesidad del distorsionante principio de abstracción, el tercero de buena fe que adquiere de quien en el Registro figura como titular sea mantenido en su adquisición (20).

Sin embargo, los defensores del principio de abstracción han opuesto una serie de argumentos para justificar su pervivencia. El más importante, que recoge STADLER en un documentado trabajo, es que la abstracción actúa como un «mal menor», algunos de cuyos efectos pueden ser ciertamente problemáticos, pero que garantiza una gran seguridad del tráfico jurídico: sin abstracción, y por más que existiese un sistema registral con efectos positivos y protectores de terceros, el adquirente de un derecho real debería examinar y comprobar los pasos previos en la cadena transmisiva si no quiere que la ineficacia de un eslabón transmisivo anterior le afecte. Según esta opinión, en caso de que el sistema transmisivo no fuese abstracto, el adquirente de un bien, si quiere garantizar la eficacia protectora del Registro, debiera comprobar la efectiva adquisición de quien consta inscrito, pues en otro caso puede ser tachada su adquisición como de mala fe, en cuanto que culposamente omitió las comprobaciones que le hubiesen sacado del error en cuanto a la titularidad (21).

Pero la realidad jurídica es muy otra. Que quien adquiere una titularidad real de quien en el Registro consta como dueño no tiene en modo alguno que inquirir por la situación extrarregistral es algo comúnmente admitido en

---

(19) La sobreprotección del tercer adquirente, que provoca la solución alemana la han puesto de manifiesto, entre otros, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II/1, Munich, 1986, págs. 18 y sigs.; WIEGAND, «Die Entwicklung des Sachenrechts in Beziehung zum Schuldrecht», en *AcP,* 1990, págs. 119 y sigs.; WESTERMANN, *Sachenrecht,* Heidelberg, 1998, págs. 30 y sigs. (págs. 92 y sigs., en la traducción al castellano de MIQUEL *et al., Derechos reales,* I, Madrid, 2007).

(20) WACKE, «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit der Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», en *ZEuP,* 2000, págs. 254 y sigs.

(21) STADLER, *Gestaltunsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion,* Tubinga, 1996, en particular págs. 374 y sigs.

cualquier ordenamiento que acepte el principio de fe pública y, en concreto, en el ordenamiento alemán. La doctrina y la jurisprudencia alemana sostienen unánimemente que ni siquiera en caso de desconocimiento por culpa grave de la inexactitud registral se entiende excluida la buena fe necesaria para que actúe el principio de fe pública. Es decir, que aunque el sistema del BGB fuese causal, el § 892 no requeriría en modo alguno de investigación sobre la titularidad del *tradens* para defender la adquisición del tercero registral. Como ha dicho expresivamente la doctrina, solo el que intencionadamente cerrase los ojos para no advertir el defecto de titularidad del transmitente inscrito sería considerado, en virtud de ese hecho, como adquirente de mala fe y privado, en consecuencia, de la protección que podría prestarle el principio de fe pública a su adquisición *a non domino* (22).

Otra razón que los partidarios del principio de abstracción han aportado en pro de su vigencia, siempre de acuerdo con esa argumentación que lo denomina «mal menor» para unas supuestas ventajas superiores, es que su presencia justifica la existencia del principio de fe pública. Según esta idea, un sistema de fe pública, que concede una eficacia positiva, de auténtica creación de titularidades, a las inscripciones registrales, se ha de basar en el dato cierto de que, de hecho, lo inscrito coincide con la realidad extrarregistral; o dicho de otra forma, un sistema en que se producen frecuentes disociaciones entre realidad y Registro, no puede acoger el principio de fe pública registral, pues eso entrañaría una desprotección del dominio. La explicación de que los sistemas consensuales adopten sistemas registrales de inoponibilidad se basa, según esto, precisamente en que el principio de transmisión consensual del dominio ocasiona numerosas divergencias entre lo inscrito y la realidad dominical, y por eso los ordenamientos consensuales no se atreven a adoptar un sistema registral de fe pública, ciertamente muy protector, pero que acabaría conduciendo al excesivamente frecuente desamparo del *verus dominus*.

De acuerdo con lo anterior, el principio de fe pública, aceptado por el ordenamiento registral alemán, no haría en modo alguno superfluo el principio de abstracción; más bien al contrario, es el principio de abstracción, al producir una drástica disminución de las nulidades transmisivas, el que permite y justifica que el legislador acoja el principio de fe pública (23).

---

(22) En materia inmobiliaria existen pocas dudas de que nunca puede ser considerado de mala fe el tercer adquirente por el hecho de no haber comprobado la titularidad del transmitente que constaba inscrito. Solo en materia de bienes muebles y en ciertos casos se ha admitido que algunas circunstancias externas pueden hacer surgir un deber de investigar la titularidad del enajenante si no se quiere ser considerado de mala fe. Vid., al respecto, BARTELS, «Zur Frage der Ursächlichkeit bei den Nachforschungsobliegenheiten des § 932 BGB», en *AcP,* 2005, págs. 687 y sigs., y 692 y sigs.

(23) STADLER, *Gestaltunsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion,* Tubinga, 1996, en particular págs. 507 y sigs.

Pero tampoco esta argumentación resulta convincente. Si posee indudable valor para explicar la peculiar coordinación de los principios transmisivos, carece en cambio de fuerza cuando pretende convertir a la abstracción en *conditio sine qua non* de la fe pública. Basta observar que, de los numerosos ordenamientos que acogen el principio de fe pública —Austria, Holanda, Suiza, España, limitadamente Portugal—, solo el alemán lo coordina con la abstracción, mientras que todos los otros son causalistas. Abstracción y fe pública nacieron en dos contextos distintos —la interpretación de los textos romanos sobre la transmisión y la seguridad del mercado hipotecario, respectivamente—, y no se requieren en modo alguno para mantenerse. Más bien, la presencia de un sistema hace superfluo al otro.

Como resumen de la situación del tercer adquirente en el Derecho alemán puede decirse que el BGB, al combinar abstracción y fe pública, concede un exceso de protección al adquirente de titularidades inmobiliarias. Si resulta lógico defender a quién adquirió de buena fe de quien en el Registro constaba como titular, no puede, en cambio, justificarse en el plano ético y de política legislativa que el ordenamiento proteja a quien adquirió conociendo el vicio causal de su transmitente, que obligaba a este último a devolver. La protección del tráfico jurídico no puede ser sobredimensionada hasta el punto de defender a quien, por su conducta y actuación, no merecía tal protección.

Pero si el sistema alemán presenta un problema de sobreprotección, el sistema francés —como todos los consensuales, incluido el portugués— presenta un problema grave, ya expuesto, de defecto de protección. Aquí sí, la protección del tráfico jurídico exigiría que la conjunción de sistemas registrales protegiese a quien, de buen fe, adquiere de quien en el Registro figuraba con facultades de transmitir. Es incluso poco coherente que Francia, a través del amplio régimen de adquisición *a non domino* de muebles contenido en el artículo 2276 de su Código Civil (antiguo 2279), preste más protección a quien adquirió un mueble confiando en la apariencia posesoria que a quien adquirió un inmueble confiado en la publicidad registral.

Sin embargo, la doctrina francesa, con pocas excepciones, tiende a no ir más allá de mencionar el problema que puede surgir para el tercer adquirente inmobiliario en caso de ineficacia de un eslabón en la cadena transmisiva, sin denunciar lo inadecuado de esa solución legal ni proponer, en consecuencia, una modificación de su sistema que permita salvar el problema. Solo alguna voz aislada ha abogado por la admisión del principio de fe pública registral (24).

Por último, parece que el sistema español presenta una combinación coherente y apropiada de los diferentes principios jurídicos; causalismo, tradición y fe pública permiten trabar un sistema donde la seguridad jurídica y del tráfico

(24) MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil III/1 - Sûretes-Publicité foncière,* París, 1999, núm. 655.

encuentra acomodo a la par que la necesaria defensa del dominio. Algunas voces, en este contexto, han propuesto hacer evolucionar dicho sistema hacia la inscripción constitutiva, tal como sucede en la mayoría de sistemas de fe pública; pero, a pesar de las posibles ventajas de ese sistema, la realidad es que por ahora no se hace sentir en la práctica jurídica la necesidad de abandonar el sistema traditorio y declarativo, de menor eficacia integradora de las titularidades en el Registro, ciertamente, pero de mayor autorresponsabilidad y economía procesal.

En fin, vistas así las cosas, y a efectos de la protección del tercer adquirente, parece que los sistemas que siguen el principio de abstracción o el consensual asumen una serie de consecuencias negativas, ya sea por protección de quien no parece merecedor de tal protección —el adquirente de mala fe alemán—, ya sea por falta de protección de quien parece merecerla —el adquirente que confió en el Registro francés—. Problemas que se evitan en España. Y que parece se podrían evitar en Portugal si sus tribunales no se resistiesen a una interpretación más favorable al principio de fe pública.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

Si la protección del tercer adquirente venía determinada por la concreta elección de principios, tanto transmisivos como registrales, entre los de la terna alternativa que al comienzo expuse —consensualismo o tradición, causalismo o abstracción, inoponibilidad o fe pública—, la protección de los acreedores ordinarios resulta ajena al esquema registral adoptado. Dado que los acreedores no son terceros protegidos por el Registro, sus créditos no pueden satisfacerse más que a cargo de los bienes y derechos que efectivamente estén en el patrimonio del deudor; el hecho de que el Registro publique incorrectamente una titularidad del deudor no les beneficia, pues el *verus dominus* podrá ejercitar el *ius separationis* —excepción hecha, lógicamente, de que el acreedor lo sea con garantía real; en ese caso será protegido como tercer adquirente, no del dominio, sino de un derecho real—. En consecuencia, será el particular sistema transmisivo —consensual y causal, traditorio y causal o traditorio y abstracto— el que determine la protección de que gozan los acreedores en caso de ejecución particular o concursal sobre los bienes del deudor (25).

(25) Ese hecho de la falta de influencia del sistema registral en relación con la protección de los terceros acreedores hace que, en este punto, vaya a obviar el tratamiento portugués, pues sus problemas serán los mismos que los que se presentan en cualquier sistema de transmisión consensual.

1. La privilegiada posición de los acreedores en el BGB

El problema más grave que presenta el sistema alemán vuelve a ser provocado por el principio de abstracción, hasta el punto de que, junto a la posición del tercero de mala fe, es el otro gran argumento que ha llevado a la doctrina alemana a proponer su supresión. Se trata del hecho de que, producida la transmisión de un bien en virtud de la concorde voluntad de adquirir y transmitir, abstracción hecha de la inexistencia o invalidez del negocio obligatorio que la explica o fundamenta, en caso de que efectivamente se haya transmitido sin causa, y que, por tanto, el transmitente tenga una acción de enriquecimiento injusto del § 812 BGB para recuperar la cosa, esa acción, por ser personal y no privilegiada, no tendrá eficacia alguna para levantar un embargo o extraer el bien del procedimiento concursal que hayan iniciado los acreedores contra el adquirente. Conforme a una lógica aplicación del sistema abstracto, el bien se ha transmitido, el *accipiens* se ha hecho propietario, y el enajenante lo único con lo que cuenta es una acción personal de restitución del desplazamiento patrimonial injustificado. Acción personal que, en consecuencia, se hallará sometida a la ley del dividendo, en caso de concurso, o carecerá de la eficacia de una tercería de dominio o de mejor derecho para oponerse a la ejecución singular sobre el bien transmitido.

El Derecho alemán ha sido absolutamente coherente en la aplicación de su sistema, y no ha pretendido sustraerse a sus consecuencias. El § 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO) no da posibilidad alguna a quien transmitió un bien en virtud de una causa obligatoria nula a levantar el embargo que pese sobre él. La posible acción de enriquecimiento del transmitente habrá de satisfacerse en el equivalente económico, pero no podrá alcanzar el bien trabado por otro acreedor.

Del mismo modo, y con total coherencia, los §§ 35 y 47 de la Ordenanza Concursal (InsO) excluyen la posibilidad, en caso de insolvencia del adquirente, de un *ius separationis* de quien transmitió en virtud de un negocio obligatorio nulo. La posición de este es la de un acreedor de dominio, sometido a ley del dividendo con todo el resto de acreedores no privilegiados.

Estas rígidas consecuencias de la insolvencia del adquirente sin causa o del embargo del bien así adquirido en su patrimonio, gravemente perjudiciales para el transmitente sin causa, han llevado a un representativo sector de la doctrina alemana a postular el abandono del principio de abstracción, presupuesto y razón de todo el problema. Defienden que, si el ordenamiento causal, al mantener la dependencia entre transmisión y obligación, permite evitar esos resultados, habrá que volver a ese sistema, abandonando el introducido por Savigny. La protección del crédito no puede llegar al punto de perjudicar la posición de quien, sin causa jurídica atendible, se desprendió de un bien (26).

---

(26) Así, entre otros, Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II/1, 13.ª ed., Munich, 1986, págs. 15 y sigs.; Westermann, *Sachenrecht,* 7.ª ed., Heidelberg, 1998, págs. 30

Sin embargo, también aquí los partidarios de la abstracción han trazado una serie de razones para justificar las consecuencias de la abstracción. La más importante es el llamado argumento de simetría, basado en la comparación con el supuesto inverso. Según dicho argumento, si es el vendedor con contrato nulo el que recae en concurso, y este se declara una vez cobrado el precio, por más que no existiese el principio de abstracción, el comprador no tendría más que una acción personal, sometida a la regla del dividendo, para recuperar el dinero que pagó, ya que el precio, al integrarse en el patrimonio del vendedor, se habría mezclado y confundido y hecho de su propiedad. En consecuencia, resulta adecuado y congruente que en la situación inversa —aquella en la que es el comprador con contrato nulo el que recae en concurso—, el vendedor no goce de más protección de la que tendría el comprador en el otro caso. Las posiciones del comprador y del acreedor ante el concurso de la otra parte serán así, por vía del principio de abstracción, simétricas (27).

Pero la realidad es que el argumento, ciertamente ingenioso, no resulta muy convincente: la simetría o equivalencia de las posiciones no conduce más que a una especie de equiparación negativa o «igualdad para lo malo». Se logran los mismos efectos, pero lo único que se consigue es expandir una solución insatisfactoria que, en el caso de insolvencia del vendedor, es consecuencia necesaria de la fungibilidad del dinero, pero que en el caso contrario es voluntariamente adoptada por el legislador. Una solución salomónica que, como la bíblica, solo es justa en apariencia. Y que desconoce que la simetría entre comprador y vendedor solo se produce en el plano teórico, y no entre las concretas partes de un contrato de compraventa inválido en que el vendedor ha transmitido ya la propiedad al comprador. Pues, vigente el principio de abstracción, ¿qué consuelo va a reportar al vendedor, sometido a la ley del dividendo, saber que en el supuesto inverso el comprador se hallaría en la misma situación, si solo él, el vendedor, ha cumplido, y el comprador es totalmente ajeno a ese problema?

También a favor de la abstracción, se ha dicho que su efecto en caso de insolvencia del comprador con contrato nulo no es tan grave, pues solo afecta al vendedor que se adelantó a cumplir su prestación sin recibir la otra, ya que en otro caso habría recibido el precio, y solo lo devolvería a cambio del reintegro del bien. Y la desprotección del vendedor con contrato nulo, que se fió del

---

y sigs. (págs. 92 y sigs. en la traducción al castellano de MIQUEL *et al., Derechos Reales,* I, Madrid, 2007).

(27) VON CAEMMERER, «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», en *Rabels Zeitschrift,* 12 (1938/39), págs. 675 y sigs.; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* II, 3.ª ed., Berlín, 1979, págs. 176 y sigs. (págs. 219 y sigs. en la traducción al castellano de MIQUEL y GÓMEZ CALLE, *El negocio jurídico,* Madrid, 1998); WIELING, «Das Abstraktionsprinzip für Europa», en *ZEuP,* 2001, págs. 301 y sigs.; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB,* 8.ª ed., Heidelberg, 2002, marg. 230; HUBER, «Savigny und das sachenrechtliche Abstrakionsprinzip», en *Festschrift Canaris,* Munich, 2007, págs. 471 y sigs., y 505 y sigs.

comprador y se adelantó a entregar la cosa, y al que no se le concede, en caso de insolvencia del comprador, más que una acción personal sometida a la ley del dividendo, es totalmente coherente y ajustada, pues se le otorga el mismo tratamiento que al resto de acreedores, que igualmente se fiaron del concursado concediéndole crédito (28).

Pero también este intento de cohonestar los efectos del principio de abstracción me parece, por varias causas, condenado al fracaso. Fundamentalmente, y dejando aparte que no contemple el problema en caso de donación o embargo del bien por un acreedor individual, porque no tiene en cuenta que la base que justifica la igualdad de tratamiento de los acreedores ordinarios en el concurso es que todos ellos asumieron conscientemente la posición de acreedores, concediendo crédito al ahora insolvente sin exigir posibles garantías. Y desde esta perspectiva no existe equivalencia entre la posición de esos acreedores, que conscientemente asumieron un riesgo, y la de quien, desconociendo la ineficacia contractual, entregó en virtud de un contrato que daba por válido.

2. La débil posición del vendedor en el sistema consensual y su corrección

El principio de transmisión consensual crea, por su parte, un problema en caso de insolvencia del comprador, adquirente mediante contrato válido, o de ejecución por un acreedor en sus bienes. Me refiero al hecho de que, dado que la propiedad se transmite por efecto del propio contrato, el bien se integra inmediatamente y sin necesidad de entrega en el patrimonio del comprador, con lo cual sus acreedores pueden, en teoría, trabarlo o incluirlo en la masa concursal, pese a que el bien se halle aún en manos del vendedor, pues es el criterio de titularidad el que determina la masa activa o los bienes susceptibles de embargo. Es decir, que pese a que el vendedor no ha realizado conducta alguna de cumplimiento de su obligación, el bien ya se ha desplazado de su patrimonio. Y él, en cambio, si no ha cobrado el precio, se halla sometido a la ley del dividendo, dado que al dinero, por ser un bien genérico, no le afecta el sistema de transmisión consensual hasta que no es concretado y especificado.

Estas consecuencias del sistema consensual han sido modificadas por el legislador francés, que ha optado aquí, con una actitud práctica, por no llevarlo a sus últimos resultados. Para justificar esas correcciones se ha apoyado fundamentalmente en el derecho de retención del vendedor, de eficacia frente a tercero (arts. 1612 y 1613 del *Code civil*), que permite al vendedor denegar la entrega de la posesión hasta que reciba el pago del precio. El Código de

(28) von Caemmerer, «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», en *Rabels Zeitschrift,* 12 (1938/39), págs. 675 y sigs.

Comercio de 2000 ha dado eficacia a ese derecho de retención también en el ámbito concursal, impidiendo que el bien vendido entre a formar parte de la masa activa del comprador concursado, en tanto no se lleve a cabo el pago del precio (art. L. 624-14): la ley concede al administrador concursal la posibilidad de pagar el precio y recibir la cosa (art. L. 622-7); en caso de que el administrador no decida en ese sentido, y tampoco inste la resolución del contrato, le corresponde al vendedor un derecho de resolución frente a la administración del concurso si esta no procede al cumplimiento del contrato (art. L. 622-13, todos del Código de Comercio, reformado en parte en 2008). La doctrina francesa entiende además que, en caso de que un acreedor del comprador pretenda una ejecución individual sobre el bien comprado pero aún no entregado por el vendedor, el derecho de retención permite levantar el embargo en caso de que el precio no haya sido totalmente satisfecho (29).

En cambio, el legislador francés ha optado por no alterar una consecuencia del sistema consensual que, sin ser de especial gravedad, si me parece un tanto peculiar: me refiero al hecho de que, en caso de insolvencia del vendedor o de ejecución de sus acreedores sobre el bien vendido, el comprador tenga un derecho de separación o una tercería de dominio aunque el bien permanezca en manos del vendedor, basado en la propiedad del bien que adquiere con el contrato (art. 1583 *Code civil*). Si el comprador ha pagado y ha concedido crédito al vendedor, permitiéndole que no le entregue la cosa, no se ve claro el fundamento de que reciba mejor tratamiento que el resto de acreedores del vendedor. Parece que se ve favorecido frente a estos por un efecto un tanto indirecto del sistema consensual.

V. VALORACIÓN FINAL

La conclusión que de todo esto se extrae es que, en mayor o menor medida, tanto el principio de abstracción como el principio de consensualidad de la transmisión producen una serie de disfunciones en la protección de los terceros adquirentes y de los acreedores. En el caso de la abstracción, la protección que brinda a quien adquirió un bien sabiendo que su transmitente lo había adquirido en virtud de un contrato inválido y que, en consecuencia, estaba obligado

(29) SIMLER/DELEBEQUE, *Droit Civil - Les sûretés, la publicité foncière,* París, 2009, núm. 584 y sigs.; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, *Droit des sûretes,* París, 2010, núm. 630. Más allá incluso del derecho de retención, el Derecho francés brinda otros medios de defensa al vendedor cuando el comprador resulta insolvente: así, el artículo L. 624-13 del *Code de Commerce* le concede un derecho a recuperar las cosas muebles vendidas que se encuentran en tránsito; y, en las compraventas inmobiliarias, el Registro concede al vendedor un privilegio especial, necesitado de inscripción, del que ya se ha hablado, que le permite satisfacerse preferentemente al resto de acreedores (arts. 2374.1 y 2379.1 del *Code Civil*).

a retransmitirlo; y también la difícil posición en que queda el enajenante en caso de insolvencia de quien adquirió de él sin causa. En el caso del sistema consensual, el problema que crea para la protección del tercer adquirente de buena fe en caso de nulidad de un eslabón anterior, y la difícil posición en que deja, de aplicarse consecuentemente, a quien vendió un bien y aún no cobró el precio, en caso de insolvencia del comprador.

Las dos objeciones al sistema consensual podrían ser objeto de refutación. Así, diciendo que el problema de la protección del tercer adquirente de buena fe en caso de nulidad de una adquisición previa, no se deriva del principio de transmisión consensual, sino de la combinación de causalidad y sistema registral de inoponibilidad, y que podría evitarse adoptando uno de fe pública. Pero bien hemos visto que, al menos de modo fáctico, existe en los sistemas consensuales una perceptible tendencia a la adopción de sistemas registrales de inoponibilidad: el hecho de que el principio de transmisión consensual disocie titularidad y apariencia, hace que los sistemas consensuales no se atrevan a dar el paso de atribuir la titularidad basándose en la apariencia registral. El caso portugués, donde el intento del legislador de combinar consensualismo y fe pública no ha conseguido realmente alcanzar esa meta, sirve en cierto modo para ejemplificar este hecho. Y en cuanto a la segunda objeción, la difícil posición en que queda el vendedor en caso de insolvencia del comprador, de nada serviría decir que el ordenamiento francés ha corregido ese efecto apoyándose en el Derecho de retención, pues eso es la mejor muestra de la necesidad que ha sentido ese ordenamiento de apartarse del sistema consensual para alcanzar soluciones más adecuadas.

La conclusión a la que se puede llegar es que los sistemas de título y modo, completados por un Registro presidido por el sistema de fe pública, son los que mejor responden a los intereses de todas las partes. El principio de causalidad actúa como una exigencia de motivación en el ámbito de los desplazamientos patrimoniales, mientras que el principio de tradición evita una disociación de apariencia y titularidad y brinda la mejor base a un principio de fe pública que permite una recta protección de terceros. De esta forma se logra que los desplazamientos patrimoniales sean coherentes con los postulados éticos y de justicia, y que en caso de conflicto goce de protección, sin necesidad de corrección externa, quien más parece merecerla.

RESUMEN

TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD
SISTEMAS REGISTRALES
PROTECCIÓN DE TERCEROS
ADQUIRENTES Y ACREEDORES

La diversidad de sistemas transmisivos existentes en Europa, unida a la variedad de regímenes de protección que ofrecen los diferentes sistemas registrales, da lugar a un distinto nivel de protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en cada ordenamiento. Aunque las combinaciones de sistemas podrían ser, en principio, múltiples, se observa una tendencia de los sistemas de transmisión consensual por el régimen registral de mera inoponibilidad, mientras que los sistemas traditorios, incluido el abstracto alemán, tienden a adoptar un régimen registral de fe pública. La combinación de consensualismo en la transmisión y sistema registral de inoponibilidad crea un grave problema para los terceros adquirentes, que no pueden confiar en la titularidad del enajenante. Por el contrario, el sistema alemán crea una sobreprotección del tráfico jurídico, con resultados no del todo conformes con la buena fe. Y esos problemas se repiten en relación con los acreedores. En cambio, los sistemas transmisivos de título y modo, que combinan este con el régimen registral de fe pública, evitan todas esas consecuencias indeseadas de los otros sistemas.

ABSTRACT

TRANSFER OF OWNERSHIP
REGISTRY SYSTEMS
PROTECTION OF THIRD PARTY
PURCHASERS AND CREDITORS

The variety of ownership-transfer systems in Europe, together with the diversity of schemes applied by the different registration systems, provide varying levels of protection for third party purchasers and creditors in each country. Theoretically there could be multiple combinations of systems, but in fact consensual systems of ownership-transfer tend towards a scheme of simple non-oppositional registration, whereas systems of transfer based on delivery or registration, including the German law, tend to adopt a registration system of public faith. The combination of consensual transfer and non-oppositional registration system creates a serious problem for third purchasers, who can not rely on the ownership of the transferor. On the contrary, the protection provided by abstract system to the goods traffic may appear excessive; and these problems are repeated in each system in relations to creditors. On the other hand the causal transfer of ownership combined with a registration system of public faith avoids all these undesirable consequences.

(Trabajo recibido el 14-9-2011 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

DICTÁMENES Y NOTAS

La inscripción de bienes inmuebles a favor de Fondos de Titulización

por

SEBASTIÁN DEL REY BARBA
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL MARCO Y LA EVOLUCIÓN NORMATIVA:

1. Antecedentes.
2. La Ley del Mercado Hipotecario.
3. Los Fondos de Titulización Hipotecaria.
4. Los Fondos de Titulización de Activos.
5. Esquema común de los Fondos de Titulización.

III. INSCRIPCIÓN DE INMUEBLES A FAVOR DE FTH Y FTA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:

1. Planteamiento del problema.
2. Posición inicial de los Registradores de la Propiedad. Defectos señalados:

A) *Falta de personalidad jurídica.*
B) *La composición del patrimonio de los fondos.*
C) *Otros posibles defectos.*

3. Posición y argumentación de los presentantes.

IV. LA SOLUCIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 27 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL:

1. Contenido de la modificación.
2. Defectos formales de la nueva normativa.
3. Problemas de fondo que pueden plantearse.
4. Consecuencias.
5. Otros problemas que se pueden plantear.

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos analizar los distintos problemas que pueden surgir con la inscripción en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales a favor de Fondos de Titulización de Activos (FTA) y de los Fondos de Titulización Hipotecaria (FTH).

Se había planteado esta cuestión en numerosos Registros de la Propiedad de nuestro país, adoptándose por los registradores diversas soluciones. La más frecuente fue la de rechazar la inscripción de titularidades a favor de este tipo de Fondos, basándose en diversos argumentos, entre otros, la carencia de personalidad jurídica de los mismos. Por Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, se permitió la inscripción de bienes inmuebles a favor de los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos.

Estos supuestos son, sin duda, una novedad en nuestra práctica jurídica y económica. No hay que olvidar que es fruto de la situación de crisis económica que sufrimos desde hace unos años. Estas solicitudes de inscripción de inmuebles a favor de los FTA y FTH vendrán determinadas por la cesión que se ha hecho a los mismos o bien, en un procedimiento de ejecución de hipoteca y por tanto judicialmente, o bien, como consecuencia de una dación en pago de deudas, extrajudicialmente. En ambos casos, como resultado de una situación de insolvencia de un deudor hipotecario, y tratándose de préstamos o créditos hipotecarios que hubieran sido cedidos en todo o en parte a estos Fondos como consecuencia de un proceso de titulización previa.

En el presente trabajo vamos a exponer la evolución normativa en la regulación de este tipo de Fondos de Titulización, distinguiremos los argumentos que en un primer momento se dieron para denegar este tipo de titularidades en el Registro de la Propiedad, expondremos la solución dada a este punto en concreto por el denominado Pacto de Zurbano, con el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, y por último, los problemas que entendemos lleva consigo una solución como la prevista dada la situación económica actual.

Sin embargo, antes de entrar de lleno en la materia y teniendo en cuenta el componente eminentemente financiero de este tipo de Fondos, cabría hacer una reflexión previa sobre el carácter civil de este tema.

Para justificar este estudio desde la perspectiva del Derecho Civil, debemos tener en cuenta que la regulación de los Fondos de Inversión en general afecta al Derecho Civil tanto en su configuración jurídica como en los conceptos en que se sustenta (1). También interesará desde un punto de vista civil, por la

(1) Cfr. Ortí Vallejo, Antonio, y García Garnica, María del Carmen, «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 690, año 2005, págs. 1221-1267. En este artículo se van a señalar

necesaria delimitación de conceptos clásicos en la materia como la dación en pago de deuda y la dación para pago, la figura del mandato y la gestión de negocios ajenos por quien ostente la representación de los partícipes de estos fondos, etc...

Consideramos preciso también relacionar este tipo concreto de Fondos de Titulización con el Derecho Hipotecario o Registral Inmobiliario.

Las consecuencias que intentaremos extraer de este trabajo no van a ser puramente registrales o hipotecarias, sino que la inscripción a favor de estos Fondos tiene unos importantes efectos prácticos y sustantivos que pondremos de manifiesto. Sin embargo, hay que evitar que el origen de esos efectos, que pueden ser perniciosos o al menos peligrosos en algunos casos, se encuentre en permitir que esos Fondos sean titulares registrales. Es decir, que dicha inscripción sirva para dar una apariencia de protección a terceros que pueden resultar afectados y a los que realmente no se les ha dado la protección exigida por la ley.

Llama también la atención que se ponga en relación el Registro de la Propiedad con los Fondos de Titulización de Activos e Hipotecaria, ya que aquel se refiere fundamentalmente a inmuebles, y estos tienen un carácter eminentemente mobiliario, por lo que se refiere a su activo como luego estudiaremos. Los Fondos de Inversión Inmobiliaria *(real estate investment trusts)* regulados hoy por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (LIIC), son instrumentos de inversión colectiva que invierten su patrimonio en inmuebles urbanos (viviendas, locales, aparcamientos...), para su arrendamiento, que es de donde proviene su rentabilidad y también del incremento de su valor patrimonial. Los FII, por su objeto, sí que permitirían una relación estrecha con el Registro de la Propiedad y una regulación y un estudio desde la perspectiva del Derecho Hipotecario o Registral Inmobiliario (2). Por otro lado, los Fondos de Inversión Mobiliaria *(Security investment fund)*, serán aquellas instituciones de inversión cuyo patrimonio está constituido por activos financieros de renta fija, de renta variable y de renta mixta. Los FTH y FTA no se incardinan en esta distinción que resulta de la LIIC, pero su naturaleza sin duda es mobiliaria por su patrimonio y objeto. De lo dicho resulta ya lo que será un hilo conductor a lo largo de este trabajo; la incongruencia que en principio resulta de que este tipo de fondos que invierten en bienes muebles, puedan ser titulares de bienes inmuebles y que además se

---

una serie de problemas y cuestiones de los fondos en general y de los FII en particular cuya solución vendrá determinada por el Derecho Civil, como la carencia de personalidad jurídica de los mismos, el que las facultades de administración y disposición no corresponden a los partícipes del fondo sino a una sociedad gestora, las relaciones entre la entidad emisora, la gestora y el propio fondo, etc.

(2) El artículo 38.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con los fondos de inversión inmobiliaria ya establecía: «La inscripción de bienes inmuebles pertenecientes al fondo en el Registro de la Propiedad se efectuará a su nombre».

pretenda (y se practique) la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad. Esta sería una primera razón y justificación para su estudio desde la perspectiva del Derecho Hipotecario, ya que no hay que olvidar que la inscripción en el Registro no es un mero requisito formal o de apariencia jurídica de la titularidad que permite transmisiones posteriores, sino que, de acuerdo con la normativa hipotecaria y del resto de nuestro ordenamiento jurídico, la inscripción atribuye unos efectos jurídicos de gran importancia desde el punto de vista civil (legitimación, fe pública registral) que no podrán perjudicar a terceros no intervinientes. Por otro lado, la inscripción a favor de un determinado titular, podrá dar lugar a adquisiciones *a non domino* cuando se cumplan determinados requisitos.

En defensa del interés registral y civil de la materia, no cabe olvidar que, en todo caso, nos vamos a referir a la inscripción de inmuebles que se encontraban hipotecados en garantía de un préstamo o crédito, y cuya hipoteca constaba inscrita previamente en el Registro a favor de la entidad acreedora y cedente.

De acuerdo con estas premisas podemos plantearnos si era necesario o no una norma que permitiera configurar a los FTH y FTA como titulares registrales.

En todo caso, no debemos perder de vista que nos encontramos ante una institución de naturaleza compleja, tanto por los distintos ámbitos normativos que confluyen en la misma, como en su funcionamiento e intervinientes. Se trata de una materia, en particular los fondos y en general los instrumentos de la denominada ingeniería financiera, que en los últimos años, debido a la influencia que han tenido en la crisis económica mundial, ha pasado de ser prácticamente desconocida a ser centro de numerosas críticas, algunas fundadas y otras no.

II. EL MARCO Y LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

1. Antecedentes

Para entender debidamente el funcionamiento de este tipo de fondos debemos hacer una breve referencia a cómo se ha llegado a la situación actual desde el punto de vista de su regulación.

El término titulización procede de la palabra inglesa *securitizacion* que, a su vez, deriva de los *securities* o valores mobiliarios, comprendiendo estos tanto los representados mediante títulos como mediante anotaciones en cuenta. El legislador español ideó así un término equivalente al anglosajón. Si bien el término titulización, en el ámbito de la regulación española del mercado de valores, hará referencia más a la representación de valores mediante títulos que mediante anotaciones en cuenta (3). La titulización podemos definirla como el proceso de

(3) Cfr. Madrid Parra, Agustín, señala que el legislador se vio obligado a forzar el lenguaje para expresar una realidad para la que nuestro idioma no tenía un término previsto.

conversión de un préstamo o activo no negociable en un valor negociable (4). En un sentido más estricto sería aquel procedimiento de transformación financiera mediante el cual préstamos o créditos hipotecarios (en la titulización hipotecaria), u otros activos o derechos de crédito (en la titulización de activos), de la cartera de una entidad (cedente) pueden ser vendidos o cedidos, en todo o en parte, a los inversores en forma de valores negociables, generalmente mediante previa agregación o modificación de algunas de sus características como añadir garantías adicionales o modificando los flujos de pagos.

Estos procedimientos de titulización hay que encuadrarlos en la necesidad de financiación de las entidades de crédito. En el ámbito continental, la actividad de las entidades de crédito ha venido constituida fundamentalmente por lo que se conoce como actividad de «crédito indirecto». La captación de fondos del público reembolsables a la vista y la cesión a terceros de fondos cobrando un precio por ello. La ganancia de las entidades, en esta actividad tradicional de la banca, se encuentra en la diferencia entre lo pagado por recibir los fondos y lo cobrado por prestarlos. Las entidades de crédito responden, a su vez, frente a sus acreedores por los fondos captados, y soportan el riesgo de impago de sus propios deudores.

A ello hay que añadir que tienen ciertos límites a la cesión de fondos, que vendrán marcados no solo por la liquidez disponible, sino también por la regulación contable aplicable a las entidades de crédito, que establece, atendiendo al riesgo asumido por las entidades, unas limitaciones como las del llamado coeficiente de caja o la de recursos propios que, en definitiva, van a imponer fuertes restricciones a la actividad crediticia para garantizar la solvencia frente a sus acreedores mediante obligadas provisiones (5).

Este problema se pone especialmente de relieve en los supuestos de préstamos o créditos de larga duración, que implican una práctica inmovilización de los recursos financieros invertidos. Todo ello supone una merma significativa de la actividad, por lo que las entidades han de buscar otras vías para obtener liquidez.

Como respuestas al problema planteado fueron apareciendo diversas soluciones: Los sistemas de titulización que son propios, como hemos señalado

---

Añade que el vocablo que utilizó la Ley 19/1992 (que se ha mantenido para estos procesos de financiación) es un término complejo y forzado y que incluso el legislador tuvo que corregir la errata de fondos de *titulación,* en vez de la correcta *titulización,* que se había deslizado en la denominación sumarial de la propia ley. «La llamada titulización hipotecaria (Ley 19/1992)» en número 29 de *Derecho de los Negocios,* págs. 4 y 5.

(4) El diccionario de la RAE define el término titulizar como «Convertir determinados activos, generalmente préstamos, en valores negociables en el mercado».

(5) El Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, reconoce en su Exposición de Motivos que como consecuencia de la acumulación de bienes inmuebles en el balance de las entidades de crédito, es necesario establecer una serie de medidas de saneamiento de dichos balances de las entidades de crédito, entre ellas, el reforzamiento de los recursos propios a través de provisiones.

del ámbito anglosajón, y otra vía, la vinculación de patrimonios, más propia de los sistemas europeos y que en nuestro país encontró acomodo, como veremos, mediante la figura de las cédulas y de los bonos hipotecarios.

En los países anglosajones estos problemas habían sido resueltos mediante sistemas avanzados de gestión del riesgo de crédito. En concreto, en Estados Unidos la figura jurídica de la titulización existía desde 1968 (6). Mediante estos sistemas, el riesgo se reducía sustancialmente por la cesión a terceros de porciones de carteras de crédito que eran asumidas por «entidades vehículo» especiales, asumiendo la gestión la entidad de crédito de origen. De este modo, un mayor volumen de las carteras de crédito permitía una menor utilización de los recursos propios y, por tanto, una mayor posibilidad de negocio. Son los CDOs (*Collateralised debt obligations*), que engloban los CLOs (*Collateralised loan obligations*) y los CBOs (*Collateralised bond obligations*). Términos que se hicieron muy famosos en los últimos años como consecuencia de la crisis económica con relación a las hipotecas *subprime,* cuyo riesgo se había ido transmitiendo mediante su participación a otras entidades, hasta «contaminar», gran parte de los instrumentos financieros y vehículos de inversión existentes en el mercado internacional.

En nuestro país, a comienzos de los años ochenta, se puso de manifiesto la necesidad de movilización de los recursos financieros que en los préstamos y créditos concedidos se encontraban inmovilizados. Una primera posibilidad que se planteó era la cesión ordinaria de créditos, que se encontraba ya en la legislación española. Esta se encuentra regulada en nuestro Código Civil (CC) en los artículos 1526 y siguientes. Y en el Código de Comercio (CDC) en los artículos 347 y 348. Además, con relación a los créditos hipotecarios, que son la gran mayoría de los que hoy día conceden las entidades de crédito, su cesión viene regulada de manera especial (por la estrecha unión que existe entre crédito y garantía) en el artículo 1878 del Código Civil y 149 a 152 de la Ley Hipotecaria (LH). Ahora bien, esta regulación va a establecer una serie de requisitos (7) para la cesión de los créditos hipotecarios que hacen inviable su aplicación para transmisiones en masa de grandes volúmenes de créditos en mercados primarios y secundarios.

---

(6) V.gr. En el mercado danés, la titulización también lleva funcionando más de cincuenta años.

(7) El artículo 149 de la LH, en su primer párrafo, establece que: «El crédito hipotecario puede cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro». Estos tres requisitos señalados, escritura pública, notificación al deudor e inscripción del Registro son los que harían muy gravosa la cesión en masa de los créditos hipotecarios mediante esta cesión ordinaria de créditos. Así, si no hay escritura e inscripción, por la propia naturaleza hipotecaria del crédito, no será oponible la cesión a terceros. Y si no hay notificación al deudor, el artículo 150 de la LH hace al cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario.

2. La Ley del Mercado Hipotecario

El origen de la titulización en nuestro país vino de la mano de la regulación del mercado hipotecario, que tenía como objetivo fundamental abrir nuevas vías de financiación para las entidades de crédito. Surgió así la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (LMH) y su Reglamento de 7 de abril de 1982, habiendo sido este último recientemente sustituido por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril (RMH). Esta normativa prevé tres figuras distintas, como son las cédulas, los bonos y las participaciones hipotecarias, que denomina como títulos del Mercado Hipotecario.

Como requisitos comunes a todos estos títulos o valores (8) del Mercado Hipotecario, hay que señalar que los préstamos y créditos hipotecarios a que se refieran los mismos han de cumplir los estrictos requisitos que se recogen en la sección segunda de la propia ley. Así, habrá de tratarse de préstamos o créditos que financien con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad, así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo segundo y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en la ley, sea cual sea su finalidad (art. 4). Los préstamos y créditos a que se refiere la ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que estén previstas en la propia ley (art. 5) (9). Como otras exigencias, dentro de la sección segunda, será necesario que los bienes hipotecados hayan sido tasados con determinados requisitos y que estén asegurados contra daños por el valor de tasación (arts. 6 y 7).

---

(8) Madrid Parra considera que a pesar de que la LMH se refiera a ellos como títulos, tras la Ley del Mercado de Valores de 1988 y tras el Real Decreto 1289/1991 habría que referirse a ellos como «valores» hipotecarios. En «Marco legal de la titulización de activos financieros en España», Perspectivas del Sistema Financiero, núm. 44, 1993, pág. 11 y nota al pie número 13. Aunque debemos tener en cuenta que el Real Decreto 716/2009 los sigue denominando como «títulos hipotecarios» o «títulos del mercado hipotecario».

(9) Los artículos 4 y 5 tienen redacción según Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

El régimen jurídico de estos títulos hipotecarios es diverso entre sí, pudiendo distinguir fundamentalmente entre la regulación de las cédulas y bonos y la de las participaciones hipotecarias.

La emisión de cédulas y bonos no permite transmisión de riesgo alguno relacionado con los créditos hipotecarios a los titulares de esos valores. Son «obligaciones» que contrae el emisor frente al adquirente. Las cédulas hipotecarias son valores consistentes en un derecho de crédito contra la entidad emisora, estando garantizadas por toda la cartera de créditos hipotecarios de la entidad que los emite con ciertos límites (10). Los bonos hipotecarios son también valores que confieren un derecho de crédito contra el emisor, pero su garantía descansará en determinados créditos o préstamos hipotecarios afectados como cobertura de la emisión.

Por tanto, no hay cesión alguna del crédito ni hay transmisión de riesgo a los titulares de cédulas y bonos hipotecarios. Estos titulares solo asumen el riesgo de impago por parte del emisor, sabiendo que se cuenta con la garantía de toda la cartera de créditos hipotecarios en el caso de las cédulas, o con la de determinados créditos en el caso de los bonos (11).

Las participaciones hipotecarias, de acuerdo con la regulación que contemplan los artículos 15 de la LMH y el artículo 26 RMH, son valores que pueden representarse mediante títulos nominativos o anotaciones en cuenta. Representan los derechos que el emisor (alguna de las entidades del art. 2 de la ley) transmite a su titular —partícipe— sobre todo o parte de uno o varios préstamos o créditos hipotecarios de su cartera.

---

(10) El artículo 16 de la LMH establece un límite al volumen de cédulas emitidas en relación a la cartera de créditos hipotecarios de la entidad. Así, el volumen de aquellas no puede superar el 80 por 100 de «los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera, que reúnan los requisitos establecidos en la sección II, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios», y el artículo 18 añade que superado dicho límite deberá la entidad restablecer el equilibrio comprando cédulas o aumentando la cartera de créditos hipotecarios.

Estos límites son también aplicables a la emisión de bonos hipotecarios con relación a los créditos afectados (arts. 17.1 y 18.2 LMH). Así nos dice el artículo 17.1 de la LMH: «El valor actualizado de los bonos hipotecarios deberá ser inferior, al menos en un 2 por 100 al valor actualizado de los préstamos y créditos hipotecarios afectados».

(11) Originariamente se preveía para los bonos hipotecarios que su garantía pudiera hacerse constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de las hipotecas afectas a la emisión, que se consideraba por algunos autores como una subhipoteca. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, modificó la redacción del artículo 13 de la LMH, suprimiendo la necesidad de inscripción registral (aunque hablemos en sentido estricto de notas marginales) que preveía la normativa anterior. Esta supresión ha sido criticada por diversos autores, entre otros García García, que señala que: «Podría incluso producirse en la práctica situaciones de afectación de hipotecas a los bonos inexistentes, lo que supone volver a un sistema de clandestinidad e inseguridad jurídica... Corriendo el riesgo de emitir bonos sin garantía registral alguna». En comentarios al artículo 13 del LMH, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* Tomo II, 6.ª ed., Ed. Civitas.

Nos encontramos, por tanto, que a diferencia de las cédulas y bonos hipotecarios, con las participaciones sí que se produce una cesión pura (12) del crédito o préstamo hipotecario. Ello con la consecuente transmisión del riesgo (13), de todo, o de la parte del crédito o préstamo participado.

Cabe señalar, sin perjuicio de que luego volveremos sobre este punto, que esta transmisión del riesgo no supone que el emisor salga del todo de la cadena de refinanciación. La entidad seguirá respondiendo ante los partícipes del total pago de la participación, incluso si se produce una amortización anticipada, de conformidad con el artículo 33 del RMH, ya que la entidad emisora permanece como gestor del crédito participado. Solo quedará totalmente liberada de esta responsabilidad en el caso de falta de pago por el deudor. Esta particularidad habrá que tenerla en cuenta a los efectos de valorar la solución adoptada para el problema que nos ocupa.

Sin embargo no se lleva a cabo con las participaciones hipotecarias una verdadera titulización en términos equivalentes a los sistemas anglosajones. Para ello es necesario que se trate de emisiones en masa de valores homogéneos, mediante las que se amplíe aún más el espectro de adquirentes de los mismos, y que al producirse esa dispersión del riesgo, se abaraten los costes de los créditos y préstamos hipotecarios. En el caso de las participaciones hipotecarias, la limitación que supuso el artículo 26.2 RMH (aun después de la reforma por RD 716/2009) al señalar que «en todo caso, cada valor se referirá a una participación en un determinado préstamo o crédito hipotecario», excluye la posibilidad de que se refiera el título o valor a «varios» créditos como sí que reconoce el artículo 15 de la Ley. Esta limitación impidió en la práctica que se pudieran emitir de manera masiva participaciones hipotecarias homogéneas y estandarizadas de un grupo de créditos hipotecarios. En definitiva, no era posible la titulización.

---

(12) En la redacción original de la Ley del Mercado Hipotecario no quedó claro si las participaciones suponían o no una verdadera cesión de la porción correspondiente del préstamo o crédito participado, si bien ello ha quedado claro en la propia Ley al añadir al artículo 15 de la Ley 19/1992 la mención de que en caso de concurso de la entidad emisora de la participación el titular goza de un derecho absoluto de separación del crédito en la porción participada. También resulta claramente el carácter de cesión del crédito en la redacción del RMH de 2009.

(13) También en cuanto si suponían o no una transmisión del riesgo del crédito o préstamo participado hubo en un primer momento problemas, puesto que a pesar de la literalidad de los artículos 15.6 LMH y del original 62.3 RMH de 1982, el Banco de España negaba la posibilidad de extraer del balance de la entidad los saldos de las participaciones hipotecarias emitidas. Posición esta que cambió con la Circular 4/1991, que se adelantó a la reforma del RMH de 1991 y a la Ley 19/1992. Hoy también queda claramente expuesto en el artículo 26.4 RMH de 2009.

3. Los Fondos de Titulización Hipotecaria

Esta posibilidad de emisión masiva de títulos homogéneos, la brindó la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre «Régimen de Sociedades, Fondos de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Titulización Hipotecaria», que viene a proporcionar los instrumentos necesarios para ello que no son otros que la creación de los denominados Fondos de Titulización Hipotecaria (FTH). Estos Fondos, de acuerdo con el artículo quinto de la Ley 19/1992, son patrimonios separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica, que, sin perjuicio de lo dispuesto en el número siete, estarán integrados, en cuanto a su activo, por las participaciones hipotecarias que agrupen, y en cuanto a su pasivo, por valores emitidos en cuantía y en condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo.

Son agrupaciones de participaciones hipotecarias las cuales, además de corresponder a préstamos que reúnan los requisitos establecidos en la Sección II de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, deberán tener un vencimiento igual al de los préstamos participados (art. 5.4).

Los valores emitidos con cargo a los Fondos podrán diferir en cuanto a tipo de interés (que podrá ser fijo o variable), plazo y forma de amortización, régimen de amortización anticipada en caso que se produzca la de las participaciones hipotecarias, derecho de prelación en el cobro u otras ventajas especiales en caso de impago de las participaciones hipotecarias o cualesquiera otras características (art. 5.6). Estos valores, que va a emitir el Fondo, no tenían una denominación especial en un primer momento, si bien en la Exposición de Motivos del Real Decreto 926/1998 los denominará «bonos de titulización hipotecaria». Cabe destacar que los FTH tendrán carácter cerrado, lo que significa que a partir del momento de su constitución, no se puede modificar ni el activo ni el pasivo del Fondo, sin perjuicio de la posible sustitución de las participaciones hipotecarias únicamente en los supuestos previstos legalmente.

Los valores —bonos— que se emitan con cargo a cada Fondo deberán ser evaluados por una agencia de calificación crediticia y dicha calificación deberá constar en el folleto de emisión (art. 5.8) (14).

La administración y representación legal de los Fondos corresponderá a las Sociedades Gestoras que los hubieran creado. La constitución de cada Fondo se formalizará en escritura pública (art. 5.2) que deberá ser objeto de verificación y registro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y ni los Fondos ni los valores que se emitan con cargo a ellos serán objeto de inscripción en el Registro Mercantil (art. 5.3). Las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización

(14) Redacción según la reciente Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE), núm. 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia.

Hipotecaria (art. 6) podrán tener a su cargo la administración y representación legal de uno o más Fondos y les corresponderá, en calidad de gestoras de negocios ajenos, la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos que administren.

La existencia de estas Sociedades Gestoras de Fondos es de gran importancia para comprender el fenómeno de la titulización y las cuestiones que de ella se derivarán. De tal modo, al carecer este tipo de Fondos de personalidad jurídica, serán estas sociedades gestoras las que otorgan la escritura de constitución del propio Fondo y gestionan el proceso de transformación financiera que implica la titulización. Estas sociedades deberán inscribirse en el Registro Mercantil en su calidad de sociedad anónima (art. 20 del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Los Fondos de Titulización de Activos

Por lo que respecta a los Fondos de Titulización de Activos (FTA), fueron creados, a imagen de los Fondos de Titulización Hipotecaria, por el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras.

Aprovechando el éxito y la acogida que habían tenido en la práctica bancaria los Fondos de Titulización Hipotecaria, el Gobierno, con el objetivo siempre de facilitar y abaratar el crédito acordó, en primer lugar, la extensión del régimen previsto para la titulización hipotecaria a otros préstamos y derechos de crédito en el artículo 16 (15) del Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre «medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo». En este mismo sentido se pronunciaba la Disposición Adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (16). Con estas habilitaciones y antes de la regulación reglamentaria,

---

(15) Este artículo 16 establece bajo la rúbrica de «Titulización de préstamos y otros derechos de crédito» que: «El Gobierno, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España, podrá extender el régimen previsto para la titulización de participaciones hipotecarias en los artículos 5 y 6 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Hipotecaria, con las adaptaciones que resulten precisas, a la titulización de otros préstamos y derechos de crédito, incluidos los derivados de operaciones de *leasing,* y los relacionados, en general, con las actividades de las pequeñas y medianas empresas».

(16) El número segundo de esta DA 5.ª establece: «2. El Gobierno, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España, podrá extender el régimen previsto para la titulización de participaciones hipotecarias en los artículos 5 y 6 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre los Fondos de Titulización Hipotecaria, con las adaptaciones y cambios

que llegaría unos años más tarde, para financiar los resultados de la moratoria nuclear, se promulgó la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. La Disposición Adicional octava de esta ley reguló como una modalidad específica de los Fondos de Titulización de Activos, los denominados «Fondos de Titulización de la Moratoria Nuclear».

Con todos estos antecedentes se produce ya el desarrollo reglamentario por el Gobierno en esta materia que dio lugar al Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización.

Esta regulación sigue el esquema fiduciario de patrimonios sin personalidad jurídica de los Fondos de Titulización Hipotecaria de la Ley 19/1992, a cuya regulación se remite para todo aquello que no esté expresamente contemplado en el propio Real Decreto (art. 1.2). Se van a caracterizar estos Fondos, en cuanto al activo por la posibilidad de integrar activos financieros y otros derechos de crédito, admitiendo tanto la cesión de créditos presentes como la de futuros. En cuanto al pasivo, se establece como regla general la financiación mediante valores de renta fija. No obstante se admite, para facilitar la viabilidad financiera de ciertas estructuras, la financiación vía préstamos concedidos por entidades de crédito. De igual modo, y como instrumento que refuerza la solvencia y el equilibrio patrimonial de la entidad, se regula un tipo específico de pasivo como son las denominadas *aportaciones* de inversores institucionales que se caracterizan por corresponderles el remanente que, en su caso, puede quedar con ocasión de la liquidación del Fondo. Asimismo se prevé que los valores que emitan sean objeto de negociación en un mercado secundario organizado salvo que se dirija exclusivamente a inversores institucionales (arts. 2 y 10). Los activos deben tener carácter homogéneo y su cesión al Fondo debe ser plena e incondicionada y por la totalidad del plazo remanente hasta el vencimiento. Los Fondos de Titulización de Activos pueden ser abiertos o cerrados, siendo cerrados aquellos Fondos en los que, a partir del momento de su constitución, no se modifique ni su activo ni su pasivo (art. 3). Y abiertos aquellos cuyo activo, pasivo, o ambos, puedan modificarse después de la constitución del

---

que resulten precisos, a la titulización de otros préstamos y derechos de crédito, incluidos los derivados de operaciones de *leasing,* y los relacionados con las actividades de las pequeñas y medianas empresas.

Los Fondos que se autoricen, al amparo de la normativa que se dicte, se denominarán Fondos de Titulización de Activos (FTA). Por su parte, el número cinco de esta misma Disposición se referirá al régimen de las sociedades gestoras y establece: «5. Reglamentariamente se regulará el régimen jurídico de las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización, quienes podrán asumir tanto la administración y representación legal de los Fondos de Titulización Hipotecaria previstos en la Ley 19/1992, de 7 de julio, como la de los Fondos de Titulización de Activos. Las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria, actualmente existentes, podrán transformarse en Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización en los plazos y con cumplimiento de las condiciones que se determinen reglamentariamente».

Fondo en algunas de las formas previstas (art. 4). Tenemos por tanto que los FTA son patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, integrados, en cuanto a su activo, por los activos financieros y otros derechos que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y, en su caso, por préstamos concedidos por entidades de crédito.

Se exige también la necesidad de que el riesgo financiero de los valores emitidos con cargo a cada Fondo sea objeto de evaluación por una entidad calificadora reconocida al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Pudiendo, cuando se trate de emisiones de carácter principal no subordinado, hacer depender la verificación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una determinada calificación de riesgo [art. 3.3.*b)*].

Se regula además lo relativo a la escritura de constitución (art. 6), el folleto informativo (art. 7), y las causas de extinción (art. 11).

El resto de la normativa se va a dedicar a las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización, regulando de manera unitaria estas, ya se trate de titulización hipotecaria (17) o de titulización de activos. Asimismo tendrán por objeto exclusivo la constitución, administración y representación legal, tanto de los Fondos de Titulización de Activos como de los Fondos de Titulización Hipotecaria y les corresponderá, en calidad de gestoras de negocios ajenos, la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos que administren y de los restantes acreedores ordinarios de los mismos (art. 12 del RD 926/1998).

Posteriormente la Ley 44/2002, de 22 de diciembre, de «Medidas de Reforma del Sistema Financiero», señaló en su Exposición de Motivos que en el Capítulo III se contemplaban una serie de medidas para mejorar las condiciones de financiación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), las cuales debían recurrir a la garantía hipotecaria para obtener financiación bancaria. Por ello esta ley, para incentivar la concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, permitió a las entidades de crédito aumentar la proporción de carteras hipotecarias que pueden ceder a los Fondos de Titulización de Activos a través de la figura de la participación hipotecaria. De este modo, el artículo 18 de esta ley señala que *«las participaciones hipotecarias agrupadas en los fondos de titulización de activos podrán corresponder a préstamos y créditos que no reúnan los requisitos establecidos en la sección segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Estas participaciones se emitirán y comercializarán con la denominación de "certificados de transmisión de hipoteca"».*

---

(17) Estas Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización vinieron a sustituir a las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria que se regulaban en la Ley 19/1992, previendo el propio Real Decreto 926/1998, en su Disposición Transitoria un plazo de dos años para la conversión voluntaria de aquellas que ya existían.

Esta última incorporación al activo posible de los FTA es de gran importancia, puesto que nos encontramos con cesiones mediante valores mobiliarios de un tipo de préstamo o crédito de baja calidad, ya que no reúnen los requisitos de la sección segunda de la Ley del Mercado Hipotecario. De hecho, para evitar en cualquier caso la confusión de estos Certificados de Transmisión de Hipoteca (CTH), con las participaciones hipotecarias, la Disposición Adicional primera del Real Decreto 716/2009, que desarrolla la LMH, aclara el régimen aplicable a estos CTHs, configurándolos como una cesión del crédito o préstamo al igual que las participaciones hipotecarias, pero que no entran en la definición estricta de dicho título del mercado hipotecario, ya que no tienen garantizada una calidad mínima, y que se le aplicarán las normas de las participaciones hipotecarias salvo las especialidades de esta Disposición Adicional. En resumen, gozan prácticamente del mismo régimen de las participaciones, pero con muchas menos garantías. Todo ello con la finalidad de potenciar la concesión de préstamos y créditos.

Como señala VALLE MUÑOZ (18), deberían distinguirse claramente entre estos certificados y las auténticas participaciones hipotecarias, tanto por la diferente calidad de los créditos susceptibles de ser participados, como por el tipo de fondo que podrá titulizarlas. Así, en cuanto a la diferente calidad de los créditos, los certificados de transmisión de hipotecas, al no tener que reunir los requisitos de la LMH, podrán ser valores que transmitan en todo o en parte créditos o préstamos garantizados por segunda hipoteca, o cuya garantía recaiga sobre inmuebles no tasados de manera objetiva. Ser créditos o préstamos que rebasan los porcentajes legales máximos entre crédito y valor de tasación del bien, o que se refiera a hipotecas sobre derechos excluidos de la LMH por no tener un valor suficientemente estable y duradero como el usufructo o los derechos de aguas.

Y también habrá que diferenciar los CTH de las auténticas participaciones hipotecarias en que los Fondos de Titulización Hipotecaria únicamente pueden tener en su activo a estas últimas —la propia ley los definía como agrupaciones de participaciones hipotecarias—, mientras que los Fondos de Titulización de Activos pueden tener en su activo los CTH. Además, no habría inconveniente para que también lo integraran participaciones hipotecarias en un sentido estricto sin perjuicio de otros cualesquiera derechos de crédito (19).

---

(18) VALLE MUÑOZ, José Luis, «Notas acerca de la inscripción a favor de Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos», en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales del Decanato Autonómico de Catalunya,* núm. 146, enero-febrero de 2010, págs. 110-120.

(19) El Real Decreto 926/1998 en su artículo primero habla en general de «activos financieros y otros derechos». Las posibilidades son muy amplias y según el tipo de activo titulizado se podría distinguir: titulización de préstamos *(Collateralized Debt Obligations/Collateralized Loan Obligations),* titulización de derechos de cobro sobre el Estado *(ABS State),* titulización de derechos de tarjetas de crédito *(ABS Credit Cards),* titulización de préstamos para automóviles *(Auto Loan-Backed Securities)* y titulización de *leasing (ABS Leasing)* entre otros. Como curiosidad entre los distintos activos que podrían titulizarse podemos recordar

5. Esquema común de los Fondos de Titulización

A modo de esquema en el funcionamiento de ambos tipos de Fondos de Titulización podemos distinguir en la cadena de refinanciación los siguientes actores básicos:

Entidad originadora o cedente: En principio podía ser cualquier persona física o jurídica con derechos de cobro o flujos de caja previsibles, pero que en España en todo caso para los FTH, y prácticamente en todos los supuestos de los FTA serán entidades financieras de las reguladas en el artículo segundo de la Ley del Mercado Hipotecario (20).

Estas entidades cedentes con la titulización consiguen un doble objetivo: por un lado obtener liquidez y, por otro, transferir riesgos financieros, de crédito y de mercado.

Fondo de Titulización o vehículo: Se trata de la entidad jurídica que hace posible la transformación de los activos en títulos negociables. Este vehículo tiene la función de constituir un patrimonio separado del cedente que va a permanecer al margen de los riesgos generados por la entidad originadora.

Sociedad Gestora: Como ya hemos señalado antes, al carecer el Fondo de personalidad jurídica es necesaria la existencia de un administrador o persona jurídica con capacidad legal para actuar en su nombre, que son las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización.

Inversores: Dado el elevado grado de especialización requerido en el uso de estos instrumentos, así como la dificultad de su seguimiento y valoración, los bonos emitidos en estas operaciones de titulización se encuentran fundamentalmente dirigidos a inversores institucionales. Hemos visto que en determinados supuestos de hecho serán los únicos que puedan adquirir estos bonos, si bien ello no impide que una vez adquiridos puedan, a su vez, ofertarlos a otros inversores particulares dentro de otros instrumentos o vehículos de inversión. La intervención de estos inversores o bonistas es de gran importancia puesto que

---

que el equipo de fútbol cántabro, Racing de Santander, cedió a su Fondo de Titulización las recaudaciones futuras que se iban a realizar en su campo en los años siguientes, lo que le permitió paliar su deuda y además hacer nuevos fichajes. En el extranjero lo mismo ocurrió con el Arsenal inglés, que le permitió construir su nuevo estadio, y DreamWorks, la productora cinematográfica de Steven Spielberg, titulizó la recaudación de sus películas para conseguir acometer su salida a bolsa.

(20) El citado Real Decreto 716/2009 (RMH) como novedad reconoce además de las entidades del artículo 2 de la LMH, que las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea puedan emitir participaciones hipotecarias que tengan por objeto préstamos y créditos obtenidos por ellas, garantizados por hipotecas sobre inmuebles situados en España. De acuerdo con lo señalado antes de acuerdo con la Disposición Adicional 1.ª de este Real Decreto, deberá entenderse hecha esta previsión también para los CTH con las mismas condiciones.

la finalidad última de estas operaciones es la dispersión del riesgo crediticio y la de obtener financiación a un precio razonable.

Agencias de calificación o *rating:* La intervención de estas agencias es de gran importancia, puesto que nuestra legislación exige como requisito previo que conste la calificación en el folleto de emisión y en toda la publicidad del Fondo. Llevando a cabo una evaluación profesional, externa e independiente del riesgo implícito a estos valores puede el potencial inversor compararlo con otro tipo de emisiones o productos financieros en general.

Una vez vista la situación jurídica de los FTH y FTA ha de conectarse con la posibilidad de que sean titulares registrales.

III. INSCRIPCIÓN DE INMUEBLES A FAVOR DE FTH Y FTA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. Planteamiento del problema

La posibilidad de inscripción de bienes inmuebles a favor de los FTH y FTA no se había planteado con anterioridad. De hecho la tendencia en la titulización en general era evitar a toda costa la constancia en el Registro de la Propiedad de las transmisiones de las participaciones hipotecarias. Algo comprensible en un ámbito en el que la celeridad en las transacciones se impone, aún a costa de una merma en la seguridad jurídica (21).

Por ello, llama la atención el hecho de que se haya solicitado, en estos últimos años, la inscripción de bienes inmuebles a favor de este tipo de Fondos en el Registro de la Propiedad. Ahora, cuando han pasado casi veinte años desde la publicación de la Ley 19/1992, que creó los FTH, y catorce años desde que se crearon los FTA por el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo. El problema comienza a plantearse en numerosos registros de toda España a comienzos del año 2009, cuando se solicita la inscripción a favor de Fondos de Titulización, Hipotecaria o de Activos, de bienes inmuebles que previamente una entidad de crédito había adquirido mediante una dación en pago de deuda (derivada de un préstamo o crédito hipotecario), o bien mediante la cesión del remate de acuerdo con el artículo 647.3 de la LEC al propio Fondo por parte de la entidad de crédito ejecutante en un procedimiento de ejecución hipotecaria de bienes hipotecados.

Antes de explicar cuál fue la posición mayoritaria de los registradores ante este tipo de operaciones y la pretensión de inscribirlas, cabría aclarar porqué

(21) Téngase en cuenta la reforma por Ley 41/2007, en el sentido de reducir la constancia que se hacía por nota al margen de las hipotecas afectas a las emisiones de bonos hipotecarios (vid. nota núm. 9).

se produce la aparición de estos supuestos en la práctica jurídica y económica de nuestro país.

Estos supuestos son una manifestación más de la crisis económica y financiera que azota nuestra economía y la de todo el mundo desde hace unos años. En nuestro país a la crisis financiera global se le ha de añadir una crisis inmobiliaria que ya existía y que se acentuó con la crisis económica. La crisis financiera comenzó con la «contaminación» de los instrumentos de inversión de todo el mundo mediante activos denominados «tóxicos», con un alto riesgo de impago, entre ellos de las denominadas hipotecas *subprime*. La posterior quiebra de entidades financieras como *Lehman Brothers*, entidades aseguradoras como AIG y de las dos mayores entidades hipotecarias estadounidenses *Fannie Mae* y *Freddie Mac* fueron consecuencia de aquella contaminación y el detonante del pánico inversor que nos ha acompañado los últimos años.

La crisis económica en España se vio agravada por la existencia de la llamada «burbuja inmobiliaria» (22), un crecimiento exponencial del valor del suelo y de los activos y bienes inmobiliarios que no se veía respaldada por un crecimiento real de la economía. Esta situación venía apoyada por un descenso continuado de los tipos de interés, nominales y reales, y por el fácil acceso a la financiación internacional de nuestro sistema bancario. La explosión de esta burbuja, o al menos un cierto desinfle de la misma ya había comenzado antes de que estallara la crisis económica mundial si tomamos como fecha aproximada de esta el día de la quiebra de *Lehman Brothers*. Así ya en el año 2006 se comienza a producir una bajada generalizada, aunque aún es moderada, del precio de la vivienda, y se pone de manifiesto además un aumento del plazo normal de venta efectiva de un inmueble (23).

Dentro de la creación de la burbuja inmobiliaria tendrá gran importancia entender el sistema de tasaciones que se llevan a cabo por las entidades de crédito. En un momento de alegría en la concesión de créditos y préstamos, acentuado por los tan denostados *bonus* y la obtención de ventajas por objetivos, las entidades acudían a sistemas de concesión de préstamos según el valor del bien que se quería adquirir y que serviría de garantía, esto es, según el valor de tasación o *loan to value,* y no se tomó en cuenta en muchos casos los ingresos reales del deudor, *loan to incomes,* en una valoración correcta de los riesgos de

(22) Campos Echeverría, José Luis, *La burbuja inmobiliaria española,* Ed. Marcial Pons, 2008. El autor expone con claridad en esta obra el origen de la burbuja inmobiliaria señalando la existencia de dos burbujas interrelacionadas, la del precio de la vivienda y la del crédito.

(23) Mateo, Borja, en *La verdad sobre el mercado inmobiliario,* en sus páginas 116 y sigs., hace un certero análisis en el tiempo de la evolución del mercado inmobiliario y pone de manifiesto que ya desde el año 2004 se notaban ciertos síntomas de debilitación del mercado inmobiliario, tras la constante subida de precios que habían experimentado en los años anteriores este tipo de activos.

la operación. Se partía de que los precios de los activos inmobiliarios siempre crecerían, que es lo que había ocurrido hasta entonces, y que la situación laboral y económica del deudor no cambiaría.

La situación económica posterior vino a terminar con esas prácticas, produciéndose un auténtico cierre de la circulación del crédito, pero el mal ya estaba hecho. Con un índice de desempleo en constante crecimiento, el incremento de los tipos de interés, una bajada brusca del precio de los inmuebles y el escaso flujo de dinero al mercado, gran parte de los deudores hipotecarios se encuentran con que no pueden pagar sus hipotecas y el banco se ve obligado a acudir a la ejecución de las garantías para poder cobrar su crédito.

Ahora bien, aquí cabe también señalar otro dato de importancia para la cuestión que nos planteamos. El sistema de responsabilidad universal que resulta del artículo 1911 del Código Civil. Este artículo implica, junto con el artículo 105 de la LH en relación con la hipoteca, que el deudor va a responder de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros, no solo con el bien que se haya ofrecido en garantía (24). Esta materia es de gran actualidad por una sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, que negaba a la entidad de crédito ejecutante la posibilidad de reclamar la parte de deuda restante alegando que ya había cobrado, adjudicándose el bien inmueble en la subasta, aunque por el 50 por 100 de su valor. A raíz de esa sentencia se ha planteado una discusión acerca de la posibilidad de limitar la responsabilidad de la deuda en los supuestos en que exista garantía hipotecaria a dicho bien hipotecado sin que juegue en estos casos el artículo 1911 del Código Civil. Este sistema es el que rige en el ordenamiento de algunos de los Estados de Norteamérica, que no se caracterizan por ser los más evolucionados en la materia. Sin poder entrar a fondo en esta materia, únicamente señalar que la asunción de un sistema de estas características no debería aplicarse retroactivamente por ir contra la necesaria seguridad jurídica (art. 9 CE). Además encarecería los préstamos al ver las entidades de crédito mermadas sus garantías y supondría una contracción aún mayor del flujo crediticio, como así lo han puesto de relieve los distintos expertos que han opinado en la materia (25). Distinto sería

(24) Esto salvo que se hubiera producido una concreción de responsabilidad a ese bien por acuerdo de ambas partes conforme al artículo 140 LH.

(25) El diario «El economista.es» en su edición de 30 de mayo de 2011, entre otros medios, se hizo eco de las declaraciones en tal sentido del Catedrático de Derecho Civil, Vicente Guilarte, que señaló que la implantación de la dación en pago con efectos retroactivos choca frontalmente con el principio de seguridad jurídica proclamado por nuestra Constitución.

En el mismo sentido la que fuera Ministra y Secretaria de Estado de Vivienda, Beatriz Corredor, declaró que legalizar la dación en pago perjudicaría a la mayoría de las familias, ya que la banca en estos casos no daría más de la mitad del valor de tasación y aumentaría los tipos de interés. Entre otros, en el diario «El Mundo» de 3 de marzo de 2011.

la sujeción de las entidades de crédito de manera voluntaria a este sistema y para casos muy concretos de insolvencia extrema (26).

En nuestro sistema, la existencia del principio de responsabilidad patrimonial universal ha dado lugar en la práctica a dos situaciones que los acreedores van a distinguir: si se trata de deudores que no pueden afrontar el pago de la cuota hipotecaria, pero que tienen otros ingresos o bienes suficientes, o, si se trata de deudores hipotecarios que no pueden pagar, pero que además se encuentran en situación de desempleo y desarraigo, que sería el caso de numerosos inmigrantes en nuestro país. A los primeros, las entidades de crédito les exigirán el importe de la deuda y acudirán al procedimiento de ejecución judicial de las garantías hipotecarias para resarcirse, y si no es posible hacerlo en la totalidad del crédito, en virtud de la responsabilidad universal embargarán otros bienes para cobrar la totalidad de lo adeudado. Con el segundo grupo que hemos distinguido no se ha procedido así de manera general. En estos casos, ante la dificultad de terminar cobrando el total del crédito o préstamo, se ha acudido a la dación en pago de deudas, dando por extinguida la deuda con la cesión que del bien inmueble hace el deudor a la entidad de crédito valorándose dicho inmueble por el importe de la deuda pendiente.

En algunos de estos supuestos, tanto de ejecución judicial como dación en pago, nos encontramos con que las hipotecas que garantizaban esos préstamos o créditos habían sido objeto de titulización:

a) Si la titulización se llevó a cabo mediante participaciones hipotecarias, a través de un FTH o FTA a que se hubieran incorporado.
b) Si los préstamos o créditos no reunían los requisitos necesarios para ello, mediante la figura ya vista de los Certificados de Transmisión de Hipoteca, que se incorporarían a un FTA.

Aparecen así los dos casos a que hemos hecho antes referencia. Supuestos en que se solicita la inscripción a favor de un FTA o FTH del inmueble que se ha cedido en pago de deuda a la entidad de crédito. O bien, supuestos de cesión del remate por la entidad al Fondo en los procedimientos de ejecución judicial. En ambos casos, para solicitar la inscripción en el Registro, se argumentaba como título de adquisición por parte del Fondo, que con anterioridad las hipotecas que garantizaban las deudas y gravaban los inmuebles ya habían

(26) En el momento de publicación de este trabajo se ha producido una nueva regulación en esta materia mediante el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que prevé una serie de medidas como la dación en pago o una quita de la deuda, etc., para determinados deudores que se encuentren situados en lo que se denomina como umbral de exclusión, y para aquellas entidades financieras que se hayan acogido al Código de Buenas Prácticas que se publica como anexo del Real Decreto-ley.

sido cedidas al Fondo dentro del procedimiento de titulización y por tanto el bien inmueble que ahora se adjudicaba (o cedía) al banco (entidad cedente), no debía ser del mismo sino inscribirse a favor del Fondo (cesionario).

2. Posición inicial de los Registradores de la Propiedad. Defectos señalados

Los registradores se encontraron, por tanto, con procedimientos ejecutivos y de resarcimiento de deudas en los que se alegaba que el titular final del préstamo, tras la cesión por el acreedor en un proceso de titulización, era un Fondo de Titulización. Solicitándose la inscripción del dominio de bienes inmuebles a favor del propio Fondo.

En ambos casos, dación en pago y cesión del remate en ejecución hipotecaria, se calificaron (27) (28) los títulos con los mismos defectos impeditivos de la inscripción, ya que eran aplicables a ambos supuestos. Por tanto vamos a exponer ahora los defectos de una manera conjunta.

A) *Falta de personalidad jurídica*

Ya hemos visto que una de las características fundamentales de este tipo de Fondos es su carencia de personalidad jurídica, constituyen un patrimonio separado sin personalidad, lo que implica, entre otras consecuencias, que deban actuar representados por las Sociedades Gestoras.

Este constituía el primero de los defectos que impedía la inscripción del inmueble a favor de estos Fondos, puesto que, por un lado, el artículo 9.4.º de la LH exige que se hará constar en toda inscripción que se haga en el registro, «la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción», que es desarrollado por el artículo 51.9.ª del RH. Además el artículo 11 del propio RH establece que: «No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica».

---

(27) Cuando hablamos de calificación y defectos que impedían la inscripción de estos títulos hay que tener en cuenta, en todo caso, el principio de independencia en la calificación del registrador (arts. 18 y 19 bis de la LH y sentencia de la AP de Granada, de 17 de noviembre de 2006). De modo que los señalados aquí son efectivamente defectos que en el ejercicio de la práctica profesional se pusieron a los documentos de este tipo que se presentaron en los distintos registros y que numerosos registradores calificamos en este sentido. Pero en ningún caso se puede interpretar como una actuación unánime de calificación.

(28) Sobre calificación, en general, véase, Gómez Gálligo, Francisco Javier, *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral),* Ed. Thomson Civitas, 2.ª ed., 2008.

Se trata este de un defecto claro que impide la inscripción de bienes inmuebles a favor de este tipo de Fondos (29), teniendo en cuenta tanto la normativa reguladora de los mismos, que señalan su falta de personalidad jurídica, como las normas citadas de la legislación hipotecaria. Sin embargo consideramos que no se encontraba aquí el mayor obstáculo. De hecho, si fuera el único, la solución a estos supuestos podría haber venido a través de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), sin necesidad de una nueva norma jurídica.

Decimos esto porque existen en nuestro ordenamiento otros supuestos de inscripción en el Registro de Bienes Inmuebles o derechos reales a favor de entes sin personalidad jurídica que han sido admitidos por Resolución de la propia DGRN. De hecho, el mismo artículo 11 del RH permitía, en la redacción original de 1998, la inscripción a favor de algunas de esas entidades y en concreto de los Fondos de Titulización (30). Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, anuló esta reforma del artículo 11 del RH en sus últimos cuatro números aunque, no por una razón de carácter objetivo sino de carácter formal, de jerarquía normativa: era necesaria una norma de rango legal.

---

(29) MATEO Y VILLA, Íñigo, planteaba la posibilidad de que la inscripción se realizara a favor de las Sociedades Gestoras que al ser sociedades anónimas sí que gozaban de personalidad jurídica y que estos supuestos supondrían una figura similar a la fiducia *cum amico* o transmisión dominical por razón de gestión o administración. «De la fiducia gestión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 704, 2007, págs. 2585-2677. Sin embargo, esta posibilidad no es la perseguida por las operaciones que estudiamos y excede de la función propia de estas sociedades gestoras. Por lo que era rechazada por los propios presentantes.

(30) La redacción original del artículo 11 por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, establecía:

«No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica.

Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido.

Podrán inscribirse cesiones y adjudicaciones de bienes inmuebles y derechos reales a favor de las comisiones de acreedores, sin necesidad de expresar su composición, acordadas en convenios que pongan fin a suspensiones de pagos, concursos o quiebras, identificándose en el asiento el auto judicial de homologación del convenio. Tales inscripciones no serán oponibles a los acreedores que acrediten haber ejercitado su derecho de abstención mediante certificación judicial.

Serán susceptibles de inscripción los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulización hipotecaria, o de titulización de activos. El acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos.

También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal».

Esta anulación, como señala GARCÍA GARCÍA (31), implica que al tener por causa que esta materia no podía regularse por reglamento (no el que fuera en sí inadecuada), puede mantenerse la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado existente con anterioridad a la regulación anulada, con relación a la inscripción a favor de entidades sin personalidad jurídica. Así, el párrafo segundo, que se refería a las uniones temporales de empresas, siendo de aplicación a las mismas la Resolución de 25 de marzo de 1993, el párrafo 3.º, a las comisiones de acreedores a las que es aplicable la Resolución de 28 de enero de 1987 y también las Resoluciones de 30 de enero de 2003 y 20 de septiembre de 2005. Por su parte, el párrafo 5.º anulado del artículo 11, se refería a las anotaciones de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, lo que es posible hoy de acuerdo con la doctrina del Centro Directivo establecida, entre otras, en la Resolución de 19 de febrero de 1993. En todos estos casos y teniendo en cuenta las Resoluciones mencionadas, se había admitido que fueran titulares registrales a pesar de carecer de personalidad jurídica.

El párrafo 4.º, por su parte, es el que se refería a la inscripción a favor *de los fondos de pensiones, fondos de inversión y titulización hipotecaria o titulización de activos,* respecto de los que señala GARCÍA GARCÍA, que habrá que estar a lo que resulte de su regulación legal, en concreto a los bienes que pueden integrar sus respectivos patrimonios. Así en cuanto a los Fondos de Pensiones, el artículo 72.*e)* del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, lo permitiría, puesto que prevé la inversión en bienes inmuebles, créditos hipotecarios y derechos reales inmobiliarios de los Fondos de Pensiones. Los Fondos de Inversión Inmobiliaria, de acuerdo con su propia naturaleza, pueden tener inscritos a su nombre los bienes inmuebles que le pertenecen, como así resulta del artículo 38.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

En este mismo sentido, cabe recordar que, el propio TS en la sentencia de 31 de enero de 2001, no niega de manera absoluta las inscripciones a favor de los Fondos, lo que censura es la equiparación de todos los Fondos, igualando los que tienen respaldo legal que den cobertura reglamentaria a la reforma del artículo 11 del RH, a los que carecen de tal cobertura.

Pero entonces, ¿qué sucede con los FTH y los FTA a los que expresamente se refería el artículo 11 RH? ¿Qué se podría inscribir entonces a favor de los FTH y FTA? Al calificar debíamos distinguir el bien o derecho que se pretendiera inscribir, conectándolo con la propia naturaleza del Fondo y por tanto con los bienes o derechos que podían ser susceptibles de integrar su patrimonio. De modo que el sentido del artículo 11 del Reglamento sería

(31) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Comentarios al artículo 11 RH. «Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil»,* 6.ª ed., Ed. Civitas.

que estos Fondos podrían ser titulares registrales solo de bienes que pudieran integrar su patrimonio.

Con la antigua redacción del artículo 11, no habría inconveniente en inscribir la emisión de participaciones hipotecarias —en cuanto constituyen cesión de un préstamo o crédito— a favor de un FTH, o de certificados de transmisión de hipotecas o cesiones de créditos o préstamos hipotecarios a favor de un FTA, dado que la agrupación de este tipo de valores o derechos constituye el objeto de estos Fondos. En el caso de las participaciones hipotecarias y de los certificados de transmisión de hipoteca esta posibilidad existe aunque es improbable. Y es improbable porque hay que distinguir dentro de su régimen jurídico dos supuestos en orden a que se haga constar o no la emisión en el Registro de la Propiedad. Existen dos clases de participaciones hipotecarias en orden a su emisión, las limitadas en su suscripción y tenencia a inversores institucionales o profesionales, entre los que se encuentran los FTH (32), y las llamadas «ilimitadas», que pueden ser negociadas por cualquier inversor por el público en general. Solo respecto de estas últimas será necesaria la constancia de la emisión de la participación (también por asimilación en el caso de los certificados de transmisión de hipoteca) al margen de la hipoteca a que se refiera. Constancia

(32) En cuanto a lo que debe entenderse por inversores institucionales o profesionales, el artículo 78 bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, señala que: «2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 3. En particular tendrá (*sic*) la consideración de cliente profesional: Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea. Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales. Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar. Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros. Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras. Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio. Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas. (…) 4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales».

que se va a hacer mediante una nota marginal que será de las sucedáneas de una inscripción.

Es por ello que en el caso más frecuente de la suscripción y tenencia por inversores institucionales, es posible pero no probable, que se hiciera constar la emisión en el Registro. Porque no lo exige la normativa, por la dificultad que comporta el gran número de hipotecas a que se refieren y por la diversidad de registros a los que afectan.

Con la redacción de 1998, por tanto, se podían hacer inscripciones a favor de este tipo de fondos a pesar de la carencia de personalidad jurídica. Pero como decía el último inciso del artículo 11.4 del Reglamento Hipotecario: «El acta de inscripción se practicará a favor de dichos Fondos como parte del patrimonio de los mismos». Esto es, de bienes que pudiesen integrar su patrimonio.

Nos encontramos que la falta de personalidad jurídica es un defecto que impide la inscripción teniendo en cuenta la actual redacción del artículo 11 del RH. Pero entendemos que aunque dicho artículo conservara la redacción original de 1998, impediría también la inscripción de inmuebles a favor de los Fondos de Titulización por ser bienes que no pueden integrar su activo. Pasamos así al segundo de los defectos que se señalaron respecto de estos negocios jurídicos.

B) *La composición del patrimonio de los Fondos*

El segundo de los defectos que se señalaron a los títulos presentados es que el activo de estos Fondos solo podía estar integrado por derechos de crédito. Si se trata de FTH por participaciones hipotecarias, y si son FTA por estas y/o por otros activos y demás derechos de crédito. El artículo 5 de la Ley 19/1992 señala que los FTH «estarán integrados en cuanto a su activo por las participaciones hipotecarias que agrupen». El artículo 2 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, también en cuanto al activo de los FTA habla exclusivamente de «derechos de crédito y otros activos financieros». En ningún caso se habla de la posibilidad de que su patrimonio, su activo, integre bienes inmuebles.

El artículo 5 de la Ley 19/1992 en su número 3.º añade: «otorgada la escritura de constitución del Fondo, no podrá sufrir alteración sino en los supuestos excepcionales y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan». Lo mismo sucede respecto a los FTA, los activos que integren en el futuro el patrimonio del Fondo también han de ser derechos de crédito y toda modificación del activo que no esté prevista en la escritura de constitución del Fondo no se podrá llevar a cabo cuando se trate de Fondos de carácter cerrado a imagen de los FTH. Como hemos ya señalado, es posible que estos Fondos se configuren como fondos abiertos (aquel cuyo activo, pasivo, o ambos, puedan modificarse después de la constitución del mismo). Para estos casos se prevén una serie de

garantías que se refieren fundamentalmente a la posibilidad de integrar derechos de crédito de duración diversa (33).

En ambos casos debería haberse previsto en la escritura de constitución del Fondo la posible modificación del activo en un caso tan importante como es que se modifique la naturaleza de los derechos que lo integran. O al menos entendemos que hubiera sido aconsejable una información a los bonistas de esa modificación del patrimonio del Fondo.

C) *Otros posibles defectos*

Dentro de la independencia de la calificación de los Registradores, en las numerosas notas de calificación que se pusieron a este tipo de documentos presentados, podemos destacar otros defectos.

Así, con relación a los principios hipotecarios de tracto sucesivo y legitimación (arts. 20 y 38 LH), se señaló que era necesario que se acreditara la cesión del crédito o préstamo hipotecario de la entidad de crédito al Fondo, ya que al no ser necesaria la constancia de tal cesión en el Registro, no se podía comprobar la afirmación de que el préstamo no pertenecía ya a la entidad de crédito sino al Fondo, como consecuencia de un procedimiento de titulización y que por eso, se le cedía la titularidad del inmueble en las daciones en pago de deuda, o se le cedía el derecho de remate en las adjudicaciones judiciales.

Derivado también de estos principios, otro defecto común que se señalaba era la imposibilidad de que la cancelación de la hipoteca la solicitara entidad o persona (Fondo o la Sociedad Gestora) distinta de la entidad de crédito que aparecía en el Registro como titular registral del derecho real de hipoteca y por tanto única legitimada para solicitar su cancelación (art. 82 LH).

Los defectos derivados de la aplicación del principio de especialidad, en tanto que deben estar perfectamente determinados los sujetos intervinientes, los derechos que se pretenden inscribir y la finca sobre la que recaen, también aparecerían en alguna de las notas de calificación redactadas. Por ejemplo, por no describir adecuadamente la finca sobre la que se realizan estas operaciones, o faltar la correspondiente identificación de los intervinientes en materia de representación, etc.

---

(33) El artículo 6.2 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, es el que establece esas garantías: «La escritura pública de constitución de los fondos de activo renovable o ampliables deberá, además: Precisar la entidad o tipos de entidades cedentes de los activos que adquiera o vaya a adquirir el fondo, en el momento inicial o con posterioridad a su constitución. Especificar el límite temporal de vida del fondo y, en el caso de fondos ampliables, su importe máximo. Prever el mecanismo por el que quedarían salvaguardados los derechos de los inversores en caso de vicios ocultos, falsedades o negligencias que afecten a los activos adquiridos con posterioridad al momento de la constitución.

También relacionado con el principio de especialidad, el artículo 51.9.*b)* exige que cuando se trate de personas jurídicas conste la previa inscripción, en su caso, en el registro correspondiente. El artículo 383 del RH del mismo modo señala que: «no podrá practicarse inscripción alguna de bienes inmuebles o derechos reales a favor de una sociedad mercantil si no consta previamente haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil». De acuerdo con ello deberán constar los datos de inscripción de la Sociedad Gestora que representa al Fondo en el Registro Mercantil al ser Sociedades Anónimas, y podíamos plantearnos si a pesar de carecer de personalidad jurídica, sería también necesaria que constase, en su caso, la inscripción del propio Fondo en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En este mismo sentido, el artículo 5.4 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, prevé que la inscripción de los FTA en el Registro Mercantil será potestativa, y que en todo caso deberán depositar sus cuentas anuales en el mismo.

La actuación de los registradores en esta materia por tanto, si bien no fue unitaria, sí fue bastante homogénea. Se partía del convencimiento de que estas operaciones por la que se pretendían ceder a estos Fondos bienes inmuebles, no cuadraban del todo con el funcionamiento y naturaleza normal de este tipo de instrumentos financieros. Era cierto que la situación económica había cambiado, pero no se podía pretender interpretar la normativa vigente de modo que le fuera favorable. Se jugaba en estos casos con los intereses de unos terceros que no tenían intervención en el negocio jurídico y que podían resultar perjudicados por el mismo como son los bonistas, los partícipes del fondo. Y además se pretendía hacer a través de una institución como es el Registro de la Propiedad, que tiene como una de sus principales finalidades la protección de esos terceros.

3. Posición y argumentos de los presentantes

En diversos escritos, que las asesorías jurídicas de las entidades de crédito y de las Sociedades Gestoras presentaron, se intentaban superar a base de voluntarismo y de unas interpretaciones forzadas de las normas aplicables los defectos que se habían señalado en las notas de calificación (34).

(34) Estos escritos, redactados por las asesorías jurídicas de las Sociedades Gestoras y vinculadas a determinadas entidades de crédito, no implicaban propiamente un recurso gubernativo contra las notas de calificación, sino una serie de argumentaciones jurídicas destinadas a convencer al registrador de la oportunidad de la inscripción. A pesar de ser un documento de importancia en este trabajo, por su cuidada argumentación jurídica defendiendo la posición contraria a la que mantuvimos, razones de obligado secreto profesional impiden hacer mayores referencias de tales documentos. Lo mismo cabe decir de las distintas escrituras de constitución de los fondos.

Así, frente al defecto de la carencia de personalidad jurídica, se alegaba que el texto reglamentario ya recogió la posibilidad de que los Fondos fueran titulares registrales, y que la anulación de este precepto lo fue no por razones de fondo sino de forma, por falta de rango legal. En esta línea se señalaba que los Fondos, aunque según su normativa específica carecen de personalidad jurídica, hoy día cabría hablar de una cierta personalización, ya que se le reconocen unos derechos y se les exigen unas obligaciones. En este sentido, su configuración como obligados tributarios sería un claro ejemplo. Ya hemos destacado que a nuestro juicio no es la carencia de personalidad el principal defecto de estos títulos. Ya que, aun cuando estuviese en vigor la redacción de 1998 del artículo 11 del RH, habría también dudas de que un inmueble pudiese integrar el activo de este tipo de Fondos.

Se aludía, asimismo, a la necesaria coordinación entre la realidad registral y la extrarregistral. De modo que, para evitar que exista una realidad extrarregistral en la que los Fondos ya son titulares *de facto* de los bienes inmuebles, satisfacen los impuestos derivados de su adquisición y son titulares en el Catastro era necesario inscribir las titularidades en el Registro de la Propiedad. A lo que se podría contestar que, efectivamente, únicamente podían ser titulares *de facto* porque no había ninguna norma jurídica que le reconociese la posibilidad de serlo *de iure*.

Se abogaba también en estos escritos, por el reconocimiento de una «personalidad restringida» de aptitud para los actos que basten al cumplimiento del fin de la entidad, aunque lo cierto es, que esta «semi-personalidad jurídica» tan extraña a nuestro ordenamiento jurídico, únicamente podría venir mediante una norma jurídica que la regulara.

De igual modo se presentaron argumentos con relación a la imposibilidad de que integren en su patrimonio bienes inmuebles debido al carácter homogéneo de este tipo de Fondos. Se alegaba por los presentantes el que en la escritura de constitución del fondo se solía hacer una referencia genérica a esta posibilidad (35) en el marco de la cesión de los préstamos hipotecarios:

«*Las participaciones hipotecarias/certificados de transmisión de hipoteca confieren al Fondo en cuanto titular de las mismas, los siguientes derechos en relación con cada uno de los préstamos hipotecarios: (…)*

d) a percibir cualesquiera cantidades, inmuebles, bienes o derechos que sean percibidos en pago del principal, intereses o gastos de los préstamos hipotecarios, tanto por el precio del remate o importe determinado por resolución

(35) Posibilidad de, durante la vida del fondo, modificar el activo del mismo. Solo se puede si así lo prevé la propia escritura de constitución del Fondo y en cada caso concreto al calificar toda la documentación aportada, habría que ver si efectivamente se contenía tal previsión en la propia escritura de constitución.

judicial o procedimiento notarial en la ejecución de las garantías hipotecarias, como por la enajenación o explotación de los inmuebles adjudicados o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en la administración y posesión interina de los inmuebles objeto de ejecución».

En los casos en que se pudiera comprobar que aparecía esta previsión en la escritura de constitución, hay que tener en cuenta que se refiere a los supuestos de insolvencia del deudor declarada en un procedimiento de ejecución de hipoteca, ya se trate de ejecución judicial o extrajudicial, por lo que solo a estos casos de insolvencia declarada tras una ejecución, se podría aplicar esta previsión. Sobre ello volveremos más tarde.

Se argumentaba además que en algunos Registros de la Propiedad se habían practicado ya inscripciones de inmuebles a favor de estos Fondos. Frente a ello se debe recordar que el principio de independencia en la calificación del registrador abarca también la independencia ante calificaciones de otros registradores como señala, entre otras, la sentencia de la AP de Granada, de 17 de noviembre de 2006, y ante calificaciones anteriores del mismo registrador, como ha reconocido también la sentencia de la AP de Valladolid, de 18 de septiembre de 2007.

Se señaló, por último, en estas notas en defensa de la inscripción, el que la normativa administrativa en la materia ya se había hecho eco de la nueva situación jurídica en estos casos. Se citaba la Circular 2/2009, de 25 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que en la norma 23.ª, apartado 10, en relación con el activo de los Fondos de Titulización, dice que la partida «Activos no corrientes mantenidos para la venta» incluirá el importe de los activos surgidos como consecuencia del proceso de adjudicación de activos en pago de deudas. Si bien matizaban señalando que la norma 29.ª, apartado 13.*e)*, en relación con la memoria de las cuentas anuales de los Fondos de Titulización, en el detalle de cada uno de los activos no corrientes mantenidos para la venta, obliga a informar sobre el titular del activo adjudicado, diferenciando en su caso, si se ha registrado a nombre del administrador de los activos del Fondo —que bien podría ser la Sociedad Gestora o la entidad cedente— o del propio Fondo.

Si bien ya se ponía de manifiesto que la propia CNMV era consciente de que las directrices que establecía en esa circular y que incidían de plano en los supuestos que estudiamos, carecían del suficiente rango normativo necesario para poder modificar la negativa a inscribir bienes inmuebles a favor de este tipo de FTA y FTH, no solo por la falta de personalidad jurídica, sino por el fundamental defecto de que no pueden tener en su activo bienes inmuebles ni en general derechos reales, sino únicamente derechos de crédito.

Para ello se decía que la CNMV había solicitado que en la Ley de Economía Sostenible se modificara o bien la Ley 19/1992 o la Disposición Adicional quinta de la Ley 3/1994, para que declarara de forma expresa la susceptibilidad

de que los bienes inmuebles u otros activos resultantes de estos procesos como activos inscribibles a favor de los Fondos de Titulización en los respectivos registros.

Con esta previsión de futuro acababa el escrito presentado en muchos de los Registros ante la negativa a inscribir estas titularidades a favor de los Fondos de Titulización. Se defendía la posibilidad de inscripción a base, como hemos dicho, de voluntarismo y de ciertas interpretaciones forzadas, pero se concluía que, en definitiva, era necesaria una modificación de la normativa como es la que vino después, no en la Ley de Economía Sostenible sino en un Real Decreto-ley. A raíz del mismo, cambió por tanto el marco normativo de aplicación a estos supuestos. En esta segunda parte del trabajo pretendemos poner de manifiesto que la solución adoptada adolece de no pocos cabos sueltos, que puede dar lugar a problemas en el futuro por no haberse hecho una reforma en la totalidad de la regulación y que ello viene determinado por cambiar las normas a instancia de, en este caso, una parte con muchos intereses en juego como son las entidades financieras o de crédito.

IV. LA SOLUCIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 27 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2010, DE 9 DE ABRIL

1. Contenido de la modificación

A comienzos del mes de abril de 2010, dentro del denominado Pacto de Zurbano, se tomaron una serie de medidas de muy diversa naturaleza que el propio gobierno calificó de anti-crisis y que fueron consensuadas por el ejecutivo y diferentes grupos parlamentarios. Estas medidas tenían como objetivo el impulso de la actividad económica en diferentes sectores y requerían una norma con rango legal. El nombre del pacto procede del palacio donde fueron negociadas.

Los acuerdos adoptados se concretaron en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del día 13 de abril y convalidado por el Congreso el 20 de abril, publicándose dicha convalidación en el BOE de 24 de abril.

Como hemos dicho, las medidas que en el mismo se abordaron fueron de muy diferente naturaleza y tenían en común el servir de impulso a la recuperación económica en un contexto de crisis económica. Así se introdujeron diversas modificaciones en materias como la construcción (capítulo I), el sector empresarial (capítulo II), pequeñas y medianas empresas (capítulo III), protección de los ciudadanos más vulnerables (capítulo IV), el sector energético (capítulo V) y reformas del marco regulador del sector financiero (capítulo VI).

Dentro de este capítulo VI se introdujo un último artículo, el 27, que lleva como rúbrica: *Consideración de los fondos de titulización como titulares registrales* que establece:

> Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 de la Disposición Adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero, con la siguiente redacción:
>
> «Los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos podrán ser titulares de cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes, valores o derechos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo, por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución. *La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos*».

Con esta norma en principio se acabó con los dos principales defectos que impedían, como hemos visto, la inscripción del dominio de bienes inmuebles a favor de los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad.

Así nos seguimos encontrando con que estos fondos son patrimonios sin personalidad jurídica, pero la falta de esta se suple con el último inciso de la nueva norma: «La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad (…) se podrá efectuar a nombre de los mismos».

Y el otro defecto señalado, que era que este tipo de Fondos no podían integrar en su activo bienes inmuebles, se ve en principio solucionado con la previsión genérica que realiza la nueva norma jurídica permitiéndole que sean titulares de cualesquiera otras cantidades, bienes inmuebles, bienes y otros derechos en determinados supuestos.

A primera vista quedan resueltos mediante esta nueva norma todos los problemas que se habían planteado en estos casos. Se permite que los FTA y FTH

tengan en su activo bienes inmuebles, y se prevé que esa titularidad pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad para que, en su caso, pueda cumplirse el principio de tracto sucesivo en una posterior enajenación a terceros de esos bienes.

De las soluciones posibles al problema que se había planteado en los Registros de la Propiedad con este tipo de documentos era, sin duda, la más deseable. Es mejor que el legislador modifique la normativa existente en una determinada materia, que se intente hacer coincidir una interpretación de la norma con los intereses de los operadores económicos en cada momento. Y es también más deseable una modificación de la normativa que una mera Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que admitiera la inscripción a favor de este tipo de Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad a imagen de lo sucedido con relación, por ejemplo, a las Uniones Temporales de Empresas.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta modificación de la normativa adolece de diversos defectos que hay que poner de manifiesto y que implica que lo que debía ser una solución a un problema planteado pueda generar en el futuro disfunciones del sistema con una desprotección evidente de intereses de terceros. Con la intervención del Registro de la Propiedad incluida.

Podríamos distinguir entre unos defectos formales y otros de fondo. Estos últimos en cuanto a la conveniencia en sí de la decisión adoptada.

2. Defectos formales de la nueva normativa

En cuanto a la forma hemos de hablar, en primer lugar, del instrumento empleado para llevarla a cabo. Un Real Decreto-ley conforme al artículo 86 de la CE (36), implica un carácter extraordinario de urgente necesidad en la materia que se pretende reformar. No parece, a simple vista, el instrumento jurídico adecuado para una modificación en esta materia. Sobre todo si tenemos en cuenta que la regulación de los Fondos de Titulización lleva vigente, como

(36) Este precepto establece:

«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.

2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de la totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia».

hemos señalado a lo largo de este trabajo, catorce años desde la última regulación en profundidad y veinte desde la aparición de la titulización en sí, por la Ley 19/1992. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo que declaró nula la norma que permitía la inscripción a favor de los Fondos de Titulización es de 2001, sin que desde entonces se haya pretendido la modificación de la regulación que quedó sobre la materia. ¿Es urgente necesidad que los fondos puedan incorporar en su activo bienes inmuebles o que aparezcan como titulares registrales? ¿Quién decide esa necesidad? La impresión que puede quedar de todo esto es que determinados actores económicos solucionan los obstáculos que encuentran en las operaciones que pretenden, instando la modificación de la norma que corresponda. Y que se satisfacen sus pretensiones.

Otra crítica que puede hacerse, relacionada con la anterior, es la tendencia del legislador de legislar a trozos. A modo de parches normativos con los que se van reparando las grietas que aparecen en el ordenamiento jurídico. Sea por cambios en la realidad socioeconómica, por efecto de la crisis económica, o por imposiciones de la Unión Europea. En lugar de afrontar ante estos cambios una modificación homogénea de la normativa aplicable, se realizan retoques de aspectos concretos, vía Disposiciones Adicionales y similares, sin tener en cuenta el resto de normas que afectan a la materia y las posibles consecuencias de la aplicación de las mismas conjuntamente. Como consecuencia de ello nos encontramos con una fragmentación y dispersión jurídica y normativa que dificulta la interpretación y aplicación del derecho por los distintos operadores jurídicos y en consecuencia una merma considerable de la seguridad jurídica.

En el caso que nos ocupa en lugar de modificar la Disposición Adicional segunda de la trasposición de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, se debería haber afrontado una completa y decisiva modificación del régimen jurídico de estos Fondos en sus respectivas normativas. O bien redactar una nueva norma que englobara toda la regulación de la titulización, ya de hecho muy fragmentada. Con esto se hubiera conseguido, no solo solucionar el problema puntual que se había planteado, sino dotar de una mayor seguridad jurídica esta materia.

De igual modo hubiera sido un momento adecuado para modificar el artículo 11 del RH, o el correspondiente de la LH, que permitiera la inscripción de entes, que como este tipo de fondos, carecen de personalidad jurídica, pero pueden ser titulares registrales.

Además el hecho de que los Fondos de Titulización pudieran ser titulares registrales dotaría de una mayor seguridad al tráfico jurídico, aprovechando para obligar a hacer constar en determinados casos la emisión de participaciones o CTH's en la inscripción de créditos o préstamos hipotecarios. Publicidad que podría servir, en casos como los que nos planteamos, para que los bonistas o terceros posibles adquirentes tuvieran conocimiento de las circunstancias del préstamo o crédito participado, de las condiciones y garantías de la emisión, etc.

Por último, dentro de estas cuestiones formales, una apreciación que puede parecer una mera cuestión gramatical, pero que tiene consecuencias prácticas. El Real Decreto-ley habla de la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad a favor de los FTH y FTA «bienes inmuebles». Lo correcto hubiera sido hablar de inscripción del dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

No es del todo correcto hablar de inscripción de bienes inmuebles porque si estamos de acuerdo con la doctrina y siguiendo a LACRUZ BERDEJO (37), habría que distinguir entre lo que es el objeto de la inscripción y el objeto de la publicidad. Así, según este autor, lo que se presenta en el Registro es un documento con los requisitos legales exigidos o título formal, lo que se inscribe es el acto o contrato, o título material, y lo que se publica son los derechos reales inmobiliarios, o más concretamente la titularidad de los mismos.

Esta precisión terminológica tiene, como hemos adelantado, consecuencias prácticas, puesto que cabría interpretar que al hablar solo de inscripción de bienes inmuebles, se está refiriendo únicamente al dominio y no cabría la inscripción de derechos reales limitados sobre los mismos a favor de estos fondos. Esta posibilidad es factible desde el momento en que, como hemos señalado antes, los FTA pueden tener en su activo CTH's que al no requerir los requisitos de la LMH para las participaciones hipotecarias, pueden referirse a hipoteca de usufructo o de la nuda propiedad entre otras.

Quizá sería una interpretación estricta la que no permitiera la inscripción del usufructo, u otros derechos reales limitados, en estos casos a favor del FTA, pero este problema se salvaría con la redacción correcta del objeto de la inscripción.

Una vez visto lo que hemos llamado defectos formales de la reforma debemos examinar el fondo de la misma en el que destacaremos los problemas que pueden llegar a plantearse como consecuencia de las soluciones adoptadas.

3. PROBLEMAS DE FONDO QUE PUEDEN PLANTEARSE

Hemos visto que la solución dada por el Real Decreto-ley, en la parte que nos interesa del problema planteado, consiste en permitir que los FTH y FTA puedan devenir titulares de bienes inmuebles que reciban en determinados casos y que puedan aparecer como titulares de los mismos en el Registro de la Propiedad. En concreto, el artículo 27 del Real Decreto-ley se refiere a que puedan integrar el activo de estos fondos «*cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes, valores o derechos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo,*

(37) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. 3. Derechos Reales,* Editorial Dykinson, 2005.

por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución».

La Exposición de Motivos del Decreto de Zurbano por su parte, tras justificar este artículo 27 en facilitar la operativa de los Fondos de Titulización e incrementar la seguridad jurídica, habla únicamente de que estos Fondos puedan ser titulares de «*los inmuebles, derechos y cantidades resultantes de los remates de la ejecución de los préstamos hipotecarios de los que son titulares como consecuencia de la titulización*». Nos encontramos, por tanto, con que el ámbito previsto por la Exposición de Motivos para que los Fondos de Titulización pudieran ser titulares de bienes inmuebles es mucho más restringido que el que luego se configura en el artículo 27. La redacción definitiva se va a referir no solo a los bienes inmuebles, derechos y cantidades, sino a otros bienes y valores. Y no solo a los que resulten de remates de la ejecución de préstamos hipotecarios, que serían los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria, sino también, por resolución de cualquier procedimiento extrajudicial y por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago. Se añade aquí, en cuanto a la causa de adquisición por el Fondo, la venta extrajudicial que se realiza ante notario (38) y que es uno de los procedimientos de ejecución de la hipoteca y las daciones en pago de deudas que es un negocio jurídico entre particulares (39).

Es de gran importancia diferenciar si ha habido impago y consecuentemente un procedimiento de ejecución de la hipoteca propiamente dicho (judicial o extrajudicial), o simplemente que la entidad de crédito ha decidido, tras acuerdo con el deudor hipotecario, quedarse con el inmueble como pago de la deuda a cambio de cancelar la hipoteca y dar por extinguido el crédito participado. Y es de importancia para garantizar los derechos de los bonistas o partícipes del Fondo.

---

(38) El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, también modifica en distintos aspectos el procedimiento de venta extrajudicial y anticipa una modificación de su regulación reglamentaria y legal, a los efectos de simplificar su tramitación y posibilitar la subasta electrónica.

(39) Entendemos que el legislador cuando habla de ejecuciones extrajudiciales no se está únicamente refiriendo a la venta extrajudicial que regula la legislación hipotecaria, sino que incluye además todo aquel proceso encaminado a solventar el problema de impago de los préstamos o créditos, aunque se trate como hemos dicho no de ningún procedimiento de ejecución, sino de negocios jurídicos entre particulares como la dación en pago, regulada en nuestro Código Civil como uno de los modos de extinción de las obligaciones, y en concreto como una de las modalidades del pago.

Ahora bien, creemos que hay que hacer unas consideraciones previas antes de juzgar si la solución que se le ha dado a estos casos es la correcta y si lo es en todos los supuestos planteados.

Para ello podemos partir de una pregunta: ¿En estos casos en que los Fondos de Titulización acaban quedándose con los bienes inmuebles, quiénes son los beneficiados y quiénes los perjudicados? Beneficiados lo son, si se puede entender así, las entidades de crédito, los bancos y cajas. Estas entidades son los acreedores hipotecarios y si se tratara de una hipoteca que no se hubiera titulizado, la ejecución conllevaría probablemente, tal y como está el mercado, que se tuviese que adjudicar la finca en la subasta correspondiente. Y si se tratara de una dación en pago, se quedaría de igual modo con la finca. Las entidades de crédito son los beneficiados por tanto, desde el momento en que consiguen no tener que incorporar otro bien inmueble más en su balance. La existencia de bienes inmuebles en el balance de las entidades de crédito le obliga a provisionar en un mayor porcentaje de acuerdo con las nuevas normas impuestas por el Banco de España. Estas provisiones suponen para el banco o caja tener un mayor gasto, que se traducirá en términos de liquidez cuando deban apelar a los mercados interbancarios, teniendo en cuenta además la restricción en la obtención de crédito que existe en estos mercados hoy día. ¿Y los perjudicados? Serían aquellos que tengan que asumir el riesgo del impago del préstamo o crédito titulizado. En principio este riesgo lo asumen los bonistas. Los que en último término han adquirido los títulos o valores emitidos por este tipo de Fondos. Cabría pensar que, en definitiva, asumieron un riesgo y ahora deben hacer frente al mismo, pero la cuestión es que no siempre son ellos los únicos que han de responder de ese riesgo y no de cualquier forma.

Como hemos intentado explicar en la primera parte de este trabajo, una de las principales ventajas y finalidades de este tipo de instrumentos financieros es la transmisión y dispersión del riesgo crediticio. Sin embargo y a diferencia del sistema puro anglosajón en la regulación española, la entidad cedente no sale completamente de la cadena de refinanciación. Así resulta del artículo 15 de la LMH de 1981, de acuerdo con el cual la entidad de crédito cedente se convierte en gestor del crédito participado y asume por su parte la obligación del total pago de la participación emitida hasta su amortización. Quedando únicamente liberado de esta obligación si la causa del impago de la participación es, a su vez, la falta de pago del crédito o préstamo participado por insolvencia del deudor (40).

---

(40) En concreto, el artículo 15 de la LMH establece en sus primeros párrafos 4.º y 5.º:

El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que

Por su parte, el artículo 33 del RMH en la redacción dada por el Real Decreto 716/2009 establece que, una vez extinguido el crédito o préstamo hipotecario participado, el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones. Y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 19/1992, los titulares de los valores emitidos con cargo al Fondo correrán con el riesgo de impago de las participaciones hipotecarias agrupadas en el Fondo. Los titulares de los valores no tendrán acción contra la sociedad gestora del Fondo sino por incumplimiento de sus funciones o inobservancia de lo dispuesto en la escritura de constitución.

De todo ello podemos destacar una idea fundamental; el hecho de que aunque se extinga el préstamo o crédito participado, no por ello han de suponerse extinguidas las participaciones hipotecarias emitidas con cargo al mismo, siendo el emisor responsable personalmente del total reembolso de estas.

Derivado de ello, nos encontramos también que la transmisión a los partícipes o bonistas del riesgo de impago del crédito o préstamo participado, implica que dichos bonistas (o sindicato de bonistas en su caso) tengan los derechos que, para cuando el incumplimiento fuera por falta de pago del deudor hipotecario, les reconoce el artículo 31 del RMH: Concurrir en igualdad con el acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria que se siga contra el deudor, e incluso podrían ejecutar la acción por su cuenta, si una vez requerido el acreedor hipotecario para que actúe, no lo hace en el plazo de sesenta días (41).

---

se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando este fuera inferior.

El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución. Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación. Las notificaciones pertinentes se harán fehacientemente.

(41) El artículo 31 del Real Decreto 716/2009 establece que si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que este siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquel, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando este fuera inferior.

c) Si aquella no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses. En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas

Por tanto, si el crédito participado resulta impagado, el derecho del partícipe se concreta en la concurrencia con igualdad de derechos que el acreedor-emisor en la ejecución que se siga contra el deudor hipotecario, o incluso, en la ejecución aislada del importe participado. Esta concurrencia debe realizarse a través de la correspondiente Sociedad Gestora, a la que, con arreglo a la ley, le compete la defensa de los bonistas. Los bonistas, por su parte, solo tendrán acción contra la Sociedad Gestora del Fondo, por incumplimiento de sus funciones o inobservancia de lo dispuesto en la escritura de constitución del Fondo. Por ello hay que determinar en qué supuestos se produce realmente un impago del crédito participado, en cuyo caso los bonistas correrán con el riesgo, y en cuáles no. Y habrá que analizar cuál es la intervención de las Sociedades Gestoras en el proceso de amortización de las participaciones emitidas como consecuencia de ese impago y su posible responsabilidad frente a los bonistas.

Junto a todo lo anterior, estimamos de fundamental importancia la distinción de cuál es la causa de adquisición del inmueble por parte del Fondo, esto es, como consecuencia de qué título se le ha adjudicado. El Real Decreto-ley no distingue en este punto. Habla, como ya hemos dicho, de cualesquiera bienes inmuebles o derechos que se hubieran adquirido en cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de los derechos de crédito (que tenía en su activo el Fondo), y se refiere, a continuación, a los productos del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias, o no hipotecarias o por la ejecución de bienes inmuebles (…) adjudicados o dados en pago. Esto es, que dentro de estos términos pueden entrar supuestos tan diversos como los distintos procedimientos de ejecución propiamente dichos de la hipoteca como son: el procedimiento ejecutivo ordinario (art. 579 de la LEC), el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 a 698 de la LEC) y la venta extrajudicial a través de pacto (art. 129 de la LH y arts. 234 y siguientes del RH). Además de estos procedimientos de ejecución en sentido estricto, también prevé la posibilidad de determinados negocios jurídicos que suponen la extinción del crédito o préstamo y, teniendo en cuenta el carácter

---

preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquella y continuar el procedimiento.

En los casos previstos en las letras *c)* y *d),* el titular de la participación podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda del título original de la participación, del requerimiento notarial previsto en el apartado *c)* precedente y de la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse esta certificación se hará constar en el registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida.

accesorio de la hipoteca como garantía real que es, la correlativa extinción también de la garantía como son la dación en pago o para pago de deudas.

Estos dos supuestos fundamentales que, como ya hemos ido señalando a lo largo de este trabajo, son los que los registradores se han encontrado en la práctica. Aquellos supuestos en que dentro de un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el momento de la subasta, la entidad de crédito ejecutante realizaba una cesión del remate al Fondo de Titulización sobre la base de que era el titular del crédito o préstamo como consecuencia de una cesión en un procedimiento previo de titulización. Y las daciones en pago de deudas de un inmueble hipotecado por parte del deudor al acreedor entidad de crédito, que alegando a su vez, que el crédito o préstamo hipotecario ya no le pertenecía, le adjudica el inmueble al Fondo en su calidad de titular de dicho préstamo o crédito.

En ambos casos cabe hacer una consideración previa. No es del todo cierta la manifestación que se hace que, por haberse cedido el préstamo o crédito en un procedimiento previo de titulización al Fondo, la entidad tiene obligación de ceder al Fondo el inmueble, sea en la dación en pago o como cesionario del remate en la subasta. No existe tal obligación de la entidad cedente, ni directa ni fiduciaria. La única obligación que sí tiene la entidad cedente es atender la acción ejecutiva contra ella para el cobro, ya que el fondo en cuanto titular partícipe tiene acción contra la entidad cedente emisora para la efectividad del principal e intereses cobrados de los deudores de los créditos o préstamos hipotecarios participados. Por tanto, el cedente podría reembolsar en metálico u otros derechos o valores (que serían más conformes con la naturaleza propia de los activos de estos fondos) el importe del principal e intereses a satisfacer por el préstamo o crédito que se titulizó. Pero ya hemos visto que el interés de las entidades de crédito es hacer desaparecer de su balance en la medida de lo posible los activos inmobiliarios.

4. Consecuencias

De acuerdo con todo ello cabe extraer una serie de consecuencias sin ser exhaustivos:

Solo deberán los bonistas asumir los riesgos y no la entidad cedente cuando se trate de impago de esas participaciones (42) por la extinción del préstamo o crédito participado por impago. Los bonistas correrán con el riesgo de impago con sujeción, en su caso, al régimen de prelación y de ventajas especiales establecido para las distintas series de valores en la escritura de constitución del

(42) Hablamos en general de participaciones o créditos participados, pero no cabe olvidar que se tratará de estas tanto en FTH como en FTA, y que también puede tratarse de CTH en los FTA. Si bien, por no resultar reiterativos, hablamos únicamente de participaciones en general.

Fondo. En todos aquellos casos que se cobre alguna cantidad, la entidad cedente será responsable frente a los bonistas del pago del principal y los intereses cobrados. Y entendemos que deberá ser un juez, o al menos uno de los procedimientos previstos en la ley (así en el procedimiento de venta extrajudicial ante notario del art. 129 de la LH y concordantes del RH) el que deba determinar que se ha producido impago y si existe insolvencia en el deudor hipotecario. Para ello la entidad emisora deberá instar la ejecución de todas las garantías que tiene como acreedor hipotecario, incluida la derivada de la responsabilidad patrimonial universal.

La Sociedad Gestora, en ejercicio de su obligación de velar por el interés de los bonistas, deberá concurrir a la ejecución para el cobro de la totalidad del principal más intereses. En ningún caso ese impago deberá ser declarado unilateralmente por la entidad cedente si se alegara esa causa para la dación en pago de deuda. Y si se hace junto con la Sociedad Gestora, como se hace en estos casos al aceptar la amortización de las participaciones con la entrega del inmueble al Fondo, entendemos que no se está realizando una adecuada defensa de los intereses de los bonistas.

Si se trata de una dación *en pago* de deudas y no *para pago* en la que la adjudicación del inmueble se hiciera a favor de la entidad emisora (banco), esta debería responder frente a los bonistas del total importe de las participaciones, ya que en estos casos no nos encontramos ante un supuesto de impago, sino de pago. Sin embargo si en la adjudicación en pago el inmueble pasa directamente al Fondo, con un valor (sin actualizar) igual al importe de las participaciones emitidas y adquiridas por el Fondo, la Sociedad Gestora no podrá concurrir a ninguna ejecución, ni instarla, por lo que los bonistas carecerán de acción alguna contra el cedente de producirse la amortización de las participaciones hipotecarias equivalentes. Esta es una de las razones de la importancia que tenía para las entidades cedentes —bancos y cajas— que la inscripción en el registro se realizara a favor de los Fondos de Titulización. En los supuestos a que nos referimos de dación del inmueble en pago de deuda se está aceptando por lo general tasaciones de estos inmuebles anteriores a la crisis, sin tener en cuenta la caída del precio en el mercado inmobiliario. Se aceptan estas tasaciones igualando el valor del inmueble que se entrega con el de la deuda hipotecaria más intereses y se renuncia por tanto a ejercitar acciones posteriores si el precio obtenido con la venta del inmueble fuera notablemente inferior. Se renuncia para sí e indirectamente para los bonistas que podían compelerle a ejercitar la ejecución hipotecaria y cualquier otro procedimiento de ejecución de otras garantías reales o personales que hubiere, así como el embargo de otros posibles bienes, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal (arts. 1911 CC y 105 LH).

Solo en los procedimientos judiciales de ejecución, y en el de venta extrajudicial, al realizarse ante el juez o el notario, se lleva a cabo una adecuada

valoración del inmueble, al menos una valoración adecuada a las circunstancias actuales del mercado inmobiliario. Aun así es posible que el 60 por 100 del valor de tasación, que será el mínimo por el que pueda adjudicarse el inmueble la entidad ejecutante (43) tras la última reforma en la materia, sea todavía superior al valor real del inmueble en el mercado. Sin esa valoración actualizada se está quitando a los bonistas la posibilidad de determinar si realmente el inmueble que entra en el activo del fondo es equivalente al valor de las participaciones o derechos de crédito que formaban parte del mismo y que habrán de amortizarse.

Las entidades de crédito tienen también otras razones de importancia para querer adjudicar en pago estos bienes inmuebles a los Fondos de Titulización sin que el inmueble pase a formar parte de su patrimonio. Ya hemos visto los perjuicios que les conlleva el incorporar inmuebles en su balance, pero además van a intentar evitar por todos los medios a su alcance que no afloren las pérdidas de valor de los inmuebles, depreciación de los activos, o en su caso, la morosidad. Están interesados en que el valor que se le dé al bien inmueble sea equivalente al de la deuda que tiene con el deudor o deudores hipotecarios. Y ello porque de estar el inmueble en su poder y reconocerse una depreciación del activo como consecuencia de una nueva tasación, que será lo normal en el momento en que nos encontramos, la entidad de crédito se vería obligada a provisionar en el porcentaje correspondiente esas pérdidas declaradas.

Esta pretensión de las entidades de crédito es legítima, pero entendemos que no debería hacerse a costa de «colocar» los inmuebles en el activo de los Fondos de Titulización para que estos, de poder venderlos, tengan que asumir tales pérdidas. Además, mientras no se produzca una salida al mercado de todos los inmuebles que se encuentran hoy día en poder de las entidades de crédito y se ajusten a los precios del mercado, no se podrá salir realmente de la crisis inmobiliaria. En este sentido se encaminan las últimas reformas en materia financiera del nuevo Gobierno.

Frente a las famosas hipotecas *subprime* norteamericanas, ¿no estaremos contribuyendo a crear inmuebles *subprime* o activos inmobiliarios de alto riesgo en el patrimonio de los Fondos de Titulización cuyos partícipes confían en la bondad del sistema?

---

(43) Real Decreto 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. Esta reciente norma modifica el artículo 671 de la LEC 1/2000, que establece hoy que: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación.» Frente al 50 por 100 de la regla anterior.

También se ha previsto así para el procedimiento de venta extrajudicial en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

No es adecuado equiparar, como hace la modificación legal, «cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito» con negocios jurídicos como la dación en pago. No se respetan las garantías de su regulación específica en todos los casos y las consecuencias, como hemos visto, difieren enormemente de si se ha llevado a cabo una adecuada valoración del inmueble o no.

Una solución como la adoptada sería admisible, en nuestra opinión, en las adjudicaciones que se producen como consecuencia de procedimientos judiciales de ejecución de hipoteca. Los procedimientos extrajudiciales de que habla la ley deberían verse reducidos por su parte al que para la ejecución de la hipoteca contempla el artículo 129 LH antes mencionado. Y debería rechazarse esta solución en los casos de dación en pago de deudas por las consecuencias negativas que ya hemos señalado.

5. Otros problemas que se pueden plantear

Debemos también referirnos a otras cuestiones que pueden plantearse en los supuestos de inscripción de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad a favor de los FTH y FTA.

Una de estas cuestiones es la que surge por la posible desnaturalización del activo propio de los FTH y FTA. Estos Fondos tienen un carácter eminentemente mobiliario. Su activo, como hemos visto exige la ley, estará constituido por participaciones hipotecarias en los Fondos de Titulización Hipotecaria y por certificados de transmisión de hipotecas, créditos, derechos u otros valores en el caso de los Fondos de Titulización de Activos. En todo caso, estos distintos valores negociables gozan de una liquidez muy superior a la de los bienes inmuebles.

Los bienes inmuebles son el activo menos líquido que existe. Por eso la normativa de las Instituciones de Inversión Inmobiliaria, que invierten en este tipo de activos, establece una serie de peculiaridades atendiendo a la naturaleza del objeto de su inversión.

Su regulación se encuentra recogida en la Ley 35/2005, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y en el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de dicha ley, y que dentro de la regulación de las instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero se va a referir a las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias. Estas podrán ser, a su vez, o Fondos de Inversión Inmobiliaria —FII—, o Sociedades de Inversión Inmobiliaria —SII— (art. 35 LIIC). Su objeto será invertir en bienes inmuebles de naturaleza urbana o derechos reales sobre los mismos que permitan su arrendamiento, estableciendo una limitación en porcentaje si se trata de bienes inmuebles adquiridos sobre plano o de determinados derechos como la opción de compra (arts. 35 LIIC, 56.1 y 2 RIIC). Se

exigen unos coeficientes de liquidez (mínimo el 10 por 100) que garanticen suficientemente el cumplimiento del régimen de reembolso y unos coeficientes de diversificación del riesgo que limiten la inversión en un solo inmueble, así como el arrendamiento de bienes inmuebles a entidades de un mismo grupo (art. 36 LIIC y arts. 60 y 61 RIIC) (44).

---

(44) Artículo 60. Inversión en inmuebles y liquidez:

1. Las sociedades de inversión inmobiliaria invertirán, al menos, el 80 por 100 del promedio anual de saldos mensuales de su activo en bienes inmuebles en los términos del artículo 56. El resto del activo podrán tenerlo invertido en los valores admitidos a cotización en bolsas de valores o en otros mercados o sistemas organizados de negociación a los que se refiere el artículo 36.

2. Los fondos de inversión inmobiliaria deberán ajustar la inversión de su activo a las siguientes reglas:

Al menos el 70 por 100 del promedio anual de saldos mensuales deberá estar invertido en bienes inmuebles en los términos del artículo 56.1.

Deberán mantener un coeficiente de liquidez mínimo del 10 por 100 del activo total del mes anterior. El cumplimiento del coeficiente se limitará a los meses en los que exista derecho de reembolso de los partícipes y se calculará sobre la base del promedio diario del coeficiente a lo largo del mes. Este coeficiente deberá materializarse en efectivo, depósitos, cuentas a la vista en una entidad de crédito o en activos o instrumentos de renta fija con plazo de vencimiento o remanente de amortización inferior a 18 meses y compraventas con pacto de recompra de valores de deuda pública, siempre que se negocien en mercados secundarios de los previstos en el artículo 36.1.*a)*.

El resto del activo únicamente podrá estar invertido en los valores a que se refiere el apartado 1.

El porcentaje previsto en el párrafo *a)* vendrá referido al valor que resulte de los bienes, derechos y valores al final de cada mes, de conformidad con las reglas de valoración que a los efectos establezca el Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, la CNMV. Para comprobar si se cumple el porcentaje, el cálculo se realizará al final de cada año, como media de los saldos al final de cada mes del ejercicio, sin que se considere en dichos saldos, a los efectos del citado porcentaje, si la sociedad gestora así lo decide, las aportaciones realizadas por los partícipes en los 24 meses precedentes a cada una de las fechas consideradas en su cálculo.

Artículo 61. Diversificación del riesgo:

1. Ningún bien, incluidos los derechos sobre él, podrá representar más del 35 por 100 del patrimonio total en el momento de su adquisición. A estos efectos, se considerará el valor de mercado de tasación previa a la compra, o el efectivamente pagado o comprometido cuando sea superior al de tasación. En el caso de edificios, el porcentaje anterior se referirá al valor del edificio en su conjunto y no al de las distintas fincas que lo componen. A estos efectos, se considerará como un único inmueble todos los integrados en un mismo edificio. La CNMV podrá, con carácter excepcional, eximir temporalmente del cumplimiento de este límite a solicitud de la sociedad gestora o, en su caso, de la sociedad de inversión inmobiliaria, en atención a la situación del mercado y a la dificultad de encontrar inmuebles adecuados para cubrir dichos porcentajes.

2. Los porcentajes y criterios de inversión, a que se refieren este artículo y los artículos anteriores, deberán alcanzarse por las IIC en el plazo de tres años a partir de su inscripción en el registro especial de la CNMV. Durante este periodo transitorio, el activo de las IIC deberá estar invertido en los valores admitidos a cotización en bolsas de valores o en otros mercados o sistemas organizados de negociación a los que se refiere el artículo 36.

Asimismo, atendiendo a la naturaleza propia del objeto, se van a exigir unas normas en cuanto a la tasación de los bienes inmuebles que integren su activo, debiendo tasarse el patrimonio inmobiliario como mínimo una vez al año y, en todo caso, en el momento de su adquisición, aportación al fondo o venta. Haciéndose esta tasación por una de las sociedades de tasación previstas en la Ley del Mercado Hipotecario [art. 38.2.*c)* LIIC y 63.4 RIIC] (45). Por último existirán especialidades también en el ejercicio del derecho del partícipe al reembolso de sus respectivas participaciones. Este derecho no se podrá ejercitar en cualquier momento debido a la menor liquidez de este tipo de fondos frente a los homónimos de carácter mobiliario. En todo caso se prevé que ese derecho pueda ejercitarse como mínimo una vez al año, salvo que la CNMV, excepcionalmente, cuando existan razones de mercado o para asegurar el buen funcionamiento o la estabilidad del Fondo, autorice un plazo distinto que no podrá superar los dos años, y el valor liquidativo deberá fijarse al menos mensualmente (arts. 38 LIIC y 63.3 RIIC).

Todas estas normas se establecen teniendo en cuenta la naturaleza propia de los bienes inmuebles, objeto de estos vehículos de inversión. La valoración de los inmuebles, su tasación y la más lenta realización de los mismos es mucho más compleja que la que correspondería a los valores e instrumentos financieros que integran el activo de otros tipos de fondos, cuyo valor se puede conocer en todo momento y de forma objetiva al exigirse que estén admitidos a cotización en bolsas de valores o en otros mercados o sistemas organizados de negociación, o bien porque se trate de instrumentos del mercado líquidos y con un valor que igualmente pueda conocerse en cualquier momento. Pero no existen limitaciones o normas similares en la regulación de los Fondos de Titulización.

Por lo que respecta a los FTH y FTA, que venimos estudiando, no hay duda de que una de las ventajas de que gozan los inversores que los eligen es la posibilidad para los bonistas de convertir sus respectivas participaciones en dinero con facilidad mediante su reembolso. Ello de acuerdo con la premisa de que la facilidad de la desinversión incentiva la inversión. Sin embargo, si con esta nueva

---

3. Los bienes inmuebles integrados en el activo bajo cualquier título y arrendados a entidades de un mismo grupo no podrán representar más del 35 por 100 del patrimonio de la institución. A estos efectos, será de aplicación el concepto de grupo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Este límite deberá cumplirse en el plazo de doce meses desde la inscripción de la IIC en el registro especial de la CNMV.

(45) El precepto reglamentario fija el momento y condiciones en que ha de hacerse esa tasación, al añadir que: «En el caso de venta, bastará con que dichos bienes o derechos se hubiesen tasado en los seis meses anteriores. Las tasaciones serán realizadas conforme a los criterios y periodicidad establecidos expresamente en el reglamento de gestión de los fondos. En el caso de adquisición, los bienes inmuebles se tasarán por primera vez dentro de los doce meses siguientes a su adquisición, en aquel mes en el que haya menor patrimonio inmobiliario cuya tasación corresponde realizar, con las excepciones expresamente previstas en el folleto informativo».

normativa un determinado Fondo comienza a aceptar bienes inmuebles cedidos por las entidades de crédito, amortizando las participaciones o demás valores correlativos que se emitieron, puede llegar el momento en que no pueda hacer frente a sus obligaciones frente a los bonistas. Esta posibilidad existe al no haber establecido la nueva normativa ningún límite a la titularidad de este tipo de bienes por los fondos de titulización, a imagen de los coeficientes de liquidez que hemos visto en la regulación de los FII. Tampoco se ha añadido la necesidad de una tasación objetiva de los bienes, ni un plazo para llevarla a cabo. Esto determina que hasta que no se proceda en su caso a la realización del bien inmueble por parte del Fondo, no se podrá comprobar si era correcta la valoración que se le dio al ingresar en su patrimonio, y si no lo era, las pérdidas se asumirían por los propios partícipes. Si existiera una tasación objetiva en el momento de ingresar en el activo los inmuebles, se salvaría parte de este problema, puesto que previa la amortización de las participaciones hipotecarias o valores correlativos, podría exigirse a la entidad cedente el íntegro pago de la diferencia existente entre el valor del bien inmueble adjudicado y el importe del préstamo o crédito participado más los intereses.

La existencia de unas reglas similares a las vistas para la exigencia del reembolso también podría evitar problemas futuros. Por ahora no se ha producido una masiva adjudicación de inmuebles a los FTH y FTA, pero las circunstancias económicas que vivimos, de oleadas de pánico inversor, sí que podrían dar lugar a una masiva solicitud de reembolso. Los últimos en solicitarla serían los perjudicados si en el remanente del activo de estos Fondos quedaran solo bienes inmuebles. Para esto también en la regulación de los FII se prevé que la CMNV pudiera suspender provisionalmente el derecho de reembolso y cómo habría de reembolsarse a prorrata hasta un 10 por 100 del patrimonio entre los partícipes que hubieran solicitado el reembolso antes de la suspensión provisional acordada. Este supuesto no tiene nada de hipotético, ya ha tenido lugar en nuestro país con relación a determinados FII. Así el Fondo denominado Santander Banif Inmobiliario FII, solicitó la suspensión del reembolso a sus partícipes en febrero de 2009 (46). Ello dio lugar a una modificación del régimen jurídico de estos Fondos por Real Decreto, de 4 junio de 2010, que entre otras cuestiones prevé la posibilidad de que el plazo de liquidación del Fondo pueda extenderse en el tiempo cuanto sea necesario bajo la supervisión de la CNMV, frente a la regulación anterior que preveía que los partícipes del Fondo Inmobiliario pasaran a ser copropietarios de los activos del mismo si transcurridos dos años no se había vendido el cien por cien del patrimonio.

---

(46) Diversos medios de comunicación se hicieron eco de esta noticia afirmando que la solicitud masiva de reembolso por los inversores alcanzaba 2.617 millones de euros, un 80 por 100 del valor total del mismo. Entre otros, se puede consultar la noticia en el siguiente enlace: http://www.diariovasco.com/20090217/economia/banco-santander-suspende-reembolsos-20090217.html.

De acuerdo con todo ello, podemos decir que la modificación que hemos estudiado es al menos incompleta. Se ha limitado a solucionar un problema concreto que se les había planteado a las entidades de crédito pero sin calibrar los posibles efectos de la misma. Para este fin, se permite la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los inmuebles adjudicados al Fondo, pensando únicamente en que pudieran con posterioridad ser enajenados a terceros adquirentes.

También podríamos plantear si es posible que el Fondo adquiera inmuebles sujetos a condición o gravados. La normativa que hemos visto de los Fondos de Titulización exige que la cesión de los créditos o valores al Fondo para formar parte de su activo sea plena e incondicionada. Respecto a la cesión de los inmuebles podría por analogía aplicarse estas condiciones de la cesión de créditos y valores (47). Sin embargo no existe una norma específica al respecto. Si se interpreta que podrían cederse a los Fondos de Titulización inmuebles gravados con otras cargas (v.gr., con hipoteca anterior en caso de cesión en pago), en todo caso deberían computarse las mismas para la correcta valoración del inmueble y la consiguiente amortización de las participaciones.

Como otras cuestiones que podían plantearse en estos casos, y que dada la finalidad y extensión de este trabajo, no podemos desarrollar podemos mencionar las siguientes:

La repercusión de la existencia de bienes inmuebles en el activo de los Fondos de Titulización en el *rating,* o calificación de las agencias especializadas (48), lo que a su vez influirá en la valoración de la propia inversión.

La posible responsabilidad contractual de la Entidad Emisora, del Fondo, o en su caso, de la Sociedad Gestora (49) si no hubiesen llevado a cabo con la debida diligencia sus respectivas obligaciones y en concreto la labor de representación y defensa de los intereses de los partícipes. Con relación a la misma, cabría pensar que, en principio, todos estos problemas que hemos planteado se reducirían a la exigencia de responsabilidad por los bonistas a la sociedad gestora o la entidad cedente en su caso, ya que aquellos se encuentran correctamente representados por dicha sociedad.

---

(47) En este sentido, MATEO Y VILLA, Íñigo, «De la inscripción de fincas y demás derechos reales inmobiliarios en favor de los fondos de titulización hipotecaria y de activos», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad,* año XLV, núm. 172 (2.ª época), págs. 2567-2573.

(48) Recuérdese que supone una obligación el hacer constar esa calificación por las Agencias de *rating* en el folleto de emisión tanto de los FTH (art. 5.º 8 de la Ley 19/1992), como para los FTA [art. 5.1.*d)* Real Decreto 926/1998].

(49) GUITARD MARÍN, en su artículo «Problemas jurídicos planteados por la titulización de préstamos hipotecarios», en *Perspectivas del sistema financiero,* núm. 44, págs. 48 y 49, distingue las funciones de administración y custodia encomendadas al emisor que se asimilarían al mandato. En concreto usualmente a una gestión no representativa. Y, por otro lado, la gestión de negocios ajenos sin mandato para el caso de la función de la Sociedad Gestora respecto a los titulares de los valores emitidos por el fondo.

Admitida la posibilidad de inscripción de bienes inmuebles a favor de un Fondo de Titulización, podríamos plantearnos también, si sería posible embargar y anotar el embargo de esos bienes como consecuencia, por ejemplo, de deudas tributarias como el Impuesto de Bienes Inmuebles, ya que estos fondos siguen careciendo de personalidad jurídica.

Otra cuestión sería si es o no posible que un Fondo de Titulización se declare en concurso por sus deudas, ya que, en principio, no encaja en la distinción de persona física o jurídica del artículo 1 de la Ley Concursal de 19 de julio de 2003. Aunque cabría plantearse si el mismo texto legal al hablar en general de «deudor» podría incluir también a este tipo de Fondos si concurrieran en ellos esa situación.

Por último y también desde la perspectiva del derecho concursal sería interesante plantear las consecuencias que tendría, sobre estas operaciones que hemos estudiado, la declaración posterior en concurso del deudor hipotecario que cedió en pago de deudas el inmueble hipotecado. Cuestión que puede tener gran transcendencia, teniendo en cuenta el ejercicio de las acciones de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

V. CONCLUSIONES

I. En los casos de cesión de inmuebles a los Fondos de Titulización, la entidad cedente, acreedora y ejecutante no tiene —a pesar de lo que se afirmaba en los documentos presentados en el Registro— obligación ni directa ni fiduciaria de ceder en remate el inmueble adjudicado en la ejecución o adquirido en una cesión en pago de deudas del deudor hipotecario. Su única obligación es atender la acción ejecutiva contra ella para el cobro. De manera que el Fondo, en cuanto titular partícipe, tiene acción ejecutiva contra la entidad cedente emisora para la efectividad del principal e intereses cobrados de los deudores de los préstamos o créditos hipotecarios.

   Partiendo de esta realidad, nos encontramos con que, en todos estos casos, la cesión que se producía del bien inmueble a los Fondos de Titulización era una de las soluciones posibles que podían barajarse, pero no la única.

   Si la entidad cedente no tiene obligación de ceder el inmueble, únicamente de hacer efectivo el cobro por el Fondo del principal e intereses del préstamo o crédito participado, podría quedar como titular del inmueble y simplemente cumplir con sus obligaciones. Si se ha producido impago por el deudor, entregar el importe de lo que haya podido cobrar en la ejecución de la hipoteca y demás garantías si las

hubiere. Si se ha producido pago (mediante cesión del inmueble por la totalidad de la deuda) deberá hacer efectiva la totalidad del principal e intereses al Fondo para que se lleve a cabo la amortización de las participaciones correlativas.

II. La opción de las entidades emisoras y las sociedades gestoras por la cesión del remate o de los inmuebles a los fondos de titulización, descansa en las ventajas contables que para las entidades financieras conllevaba el no tener que incorporar más bienes inmuebles a su balance y por tanto no tener que provisionar por los mismos en un momento de escasez de liquidez. Además, en el caso de las cesiones en pago, evitar minusvalías en la valoración de los activos cedidos.

III. Esta solución, sin embargo, encontró varios obstáculos al intentar inscribir los inmuebles a favor de los Fondos en el Registro de la Propiedad. Obstáculos que no eran meras formalidades o requisitos extrínsecos, sino que se fundamentaban en la propia naturaleza y normativa de estos fondos.

Había otras soluciones, pero no eran tan ventajosas para las entidades de crédito y por ello consiguieron que se modificara la normativa aplicable. Pero esta modificación deja mucho que desear. Hemos visto diversos problemas que quedan de manifiesto con la solución propuesta, y otros, que pueden llegar a plantearse por tratarse de una regulación incompleta. En todo caso, introducen inseguridad jurídica en la regulación y funcionamiento de los Fondos de Titulización.

IV. En lugar de aprovechar la seguridad jurídica que otorga el Registro de la Propiedad español, permitiendo la inscripción de bienes inmuebles a favor de los Fondos de Titulización, entendemos que lo que se ha conseguido es crear más inseguridad y opacidad en el funcionamiento de los mismos. Y no es buena esta dirección. Estamos en una crisis económica que comenzó por la contaminación de los Fondos de Inversión con hipotecas *subprime* y otros activos tóxicos. No debemos ni queremos repetir la historia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Adjudicación a fondo de titulización de activos. Notas prácticas», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad,* año XLIV, núm. 161 (2.ª época), octubre de 2009, notas prácticas, págs. 2129-2138.

CAMPOS ECHEVERRÍA, José Luis: *La burbuja inmobiliaria española*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

DE LEÓN MIRANDA, José Ignacio: «Las titulizaciones sintéticas de carteras crediticias», en *Actualidad Financiera*, año 2001, año 6, núm. 3, págs. 3-19.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y DE ALARCÓN ELORRIETA, María Luisa: «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: las comunidades funcionales y los fondos de gestión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 592, 1989, págs. 617-674.

FREIXAS DARGALLO, Xavier: «La titulización y el mercado de crédito hipotecario», en *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 44, 1993, págs. 53-59.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* 6.ª ed. Editorial Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, Editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2.ª ed., 2008.

KESSLER SÁIZ, Guillermo, y DEL RÍO GALÁN, José Luis: «Problemas y soluciones técnicas del proceso de conversión de flujos financieros derivados de la titulización de préstamos hipotecarios», en *Perspectivas del Sistema Financiero,* núm. 44, 1993, págs. 60-66.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. 3. Derechos Reales,* Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

MADRID PARRA, Agustín: «La llamada titulización hipotecaria (Ley 19/1992)», en *Derecho de los Negocios*, año 1993, núm. 29, págs 1-18.

— «Marco legal de la titulización de activos financieros en España», en *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 44, 1993, págs. 7-40.

MATEO Y VILLA, Íñigo: «De la fiducia gestión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, 2007, págs. 2585-2677.

— «De la inscripción de fincas y demás derechos reales inmobiliarios en favor de los fondos de titulización hipotecaria y de activos», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XLV, núm. 172 (2.ª época), págs. 2567-2573.

MATEO, Borja: *La verdad sobre el mercado inmobiliario español,* Editorial Manuscritos, Madrid, 2010.

ORTÍ VALLEJO y GARCÍA GARNICA: «Los fondos de inversión inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 690, año 2005, págs. 1221-1267.

SÁNCHEZ DE LA PEÑA, Rafael: «El proceso de verificación y registro de un fondo de titulización hipotecaria», en *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 44, 1993, págs 91-100.

STANDARD AND POOR´S: *Informe de 6 de octubre de 2010.*

VALLE MUÑOZ, José Luis: «Notas acerca de la inscripción a favor de fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos», en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales del Cataluña*, año 2010, núm. 146, págs. 111-120.

VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge: «La titulización de activos en España», en *Noticias Jurídicas,* noviembre de 2002. *www.noticias_jurídicas.com*

YSÁS SOLANES, María: «El crédito hipotecario, base de la titulización», en *Derecho de los Negocios*, año 1996, núms. 7 y 67, págs. 1-15.

RESUMEN

FONDOS DE TITULIZACIÓN
PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS
DACIÓN EN PAGO

La crisis económica e inmobiliaria que ha azotado a nuestro país en los últimos años ha dado lugar a la aparición de nuevos negocios jurídicos. La explosión de la llamada burbuja inmobiliaria, la morosidad, la acumulación de bienes inmuebles en el activo de las entidades de crédito, y la, cada vez más, exigente normativa bancaria de provisiones ha determinado que por parte de los bancos se hayan cedido bienes inmuebles a Fondos de Titulización de Activos y Fondos de Titulización Hipotecaria. Estos inmuebles se encontraban hipotecados en garantía de un préstamo o crédito, los cuales habían sido objeto de titulización. Los inmuebles se cedían por dichas entidades de crédito a los Fondos alegando que al pertenecerles el préstamo o crédito titulizado, lo mismo debería hacerse con el inmueble ejecutado (por impago de la hipoteca, o cedido en pago del préstamo o crédito).

Al intentar inscribir los inmuebles en el Registro de la Propiedad a favor de los Fondos de Titulización, se encontraron con dos importantes obstáculos; la falta de personalidad jurídica de los Fondos, y la composición del activo de los mismos, esencialmente mobiliario, ya que su regulación legal no contemplaba la posibilidad de que los bienes inmuebles formaran parte de dicho activo.

Ante estos obstáculos, y dado el interés de las entidades de crédito en que no constaran en su balance los bienes inmuebles adjudicados y cedidos, se instó una modificación legal que vino dada por el Real Decreto-ley 6/2010. En este trabajo se analiza la naturaleza de estas operaciones y los inconvenientes de la solución legal adoptada.

ABSTRACT

ASSET SECURITIZATION TRUSTS
MORTGAGE SECURITIZATION TRUSTS
DATION EN PAIEMENT

The economic and real estate crisis that whipped our country during the last years has brought in a number of new legal issues. The burst of the real estate bubble, the increase in delinquency ratios, the accumulation of real estate in financial institutions balance sheets and the increasingly demanding regulation for provisions in the banking sector have triggered a trend by which banks have transferred real properties to Asset Securitization Trusts and Mortgage Securitization Trusts. Those properties were mortgaged under a loan agreement, and those loans had become a security. Financial institutions transferred real estate to the Trusts, claiming that since they owned the securitized loans, Trusts should also accept the ownership of real estate that have been seized, due to either mortgage default or a transfer of the property as repayment of the loan.

Then, when approaching the Real Estate Registry to register those properties in favor of the Securitization Trusts, they found two main obstacles: 1) those Trusts lacked the status of legal entity, and 2) assets included in Trusts' balance sheets are basically personal properties, since regulation doesn't allow real properties to be part of Trusts´ assets.

Given those obstacles, and given the willingness of financial institutions to have those seized —and transferred— properties out of their balance sheets, a legal reform came under the name of Real Decreto-ley 6/2010. In this essay, we analyze the legal nature of these actions and the disadvantages of the new regulation.

(Trabajo recibido el 22-5-2012 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

DERECHO COMPARADO

El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos en el Derecho español y comunitario (1)

por

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARES
Abogado. Doctor en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL ENCAJE DEL NEGOCIO EN NUESTRO DERECHO PRIVADO:

1. Naturaleza jurídica:

A) *¿Negocio complejo o yuxtaposición de contratos coligados?*
B) *Remuneración y riesgo, elementos definitorios.*
C) *Validez del negocio.*

2. El encaje jurídico de algunos pactos habituales:

A) *Pago de la totalidad de la renta en caso de resolución anticipada.*
B) *Carteras de inmuebles: ¿uno o varios contratos de arrendamiento?*
C) *Pago de la renta, ¿en cualquier circunstancia?*
D) *Otros pactos habituales.*

III. ALGUNOS CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS INMUEBLES O DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL VENDEDOR-ARRENDATARIO:

1. La incidencia del carácter demanial de determinados inmuebles:

A) *Viabilidad de la desafectación.*
B) *Riesgo de reversión.*

(1) Este estudio es una versión ampliada y actualizada del trabajo elaborado por el autor para su publicación, bajo el título «El *sale and lease back* de edificios públicos: algunas claves jurídicas», en el número extraordinario de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* en homenaje al profesor Juan Luis Iglesias Prada.

2. Especialidades en materia de ejecución forzosa, garantías y tributación indirecta:

A) *Particularidades de la ejecución forzosa.*
B) *Garantías jurídicamente viables.*
C) *Tributación indirecta de la compraventa.*

3. La incidencia de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria:

A) *Arrendamiento financiero* vs. *arrendamiento operativo.*
B) *Incidencia en la configuración de los términos del negocio.*

4. La incidencia del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas públicas:

A) *Los mecanismos regulados.*
B) *Supuestos dudosos.*
C) *El principio del inversor privado.*

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de crisis, las diferentes Administraciones públicas están recurriendo a la figura del *sale and lease back* («SLB»), mediante la que transmiten edificios de su propiedad (piénsese en edificios de oficinas u oficinas de empleo) a inversores inmobiliarios privados y siguen ocupándolos en régimen de alquiler (2). Sin duda, esta resulta una fórmula atractiva para la Administración en los actuales tiempos de crisis y restricción presupuestaria, al proporcionarle una nueva fuente de ingresos con los que servir al interés público y permitirle continuar en el uso de los inmuebles, pudiendo preverse contractualmente fórmulas que permitan a la Administración volver a adquirirlos en el futuro. También parece atractiva esta figura para los inversores privados, que, pudiendo o no recurrir a financiación bancaria para efectuar la compra, se aseguran un determinado retorno de su inversión mediante la firma de contratos de arrendamiento a largo plazo, que pueden incluso prever posibles prórrogas. Así lo atestiguan las actuales iniciativas en diferentes Estados miembros de la Unión Europea en este sentido y, en nuestro país, los procesos recientemente puestos en marcha por las Administraciones autonómicas andaluza y catalana.

(2) Al mismo tipo de operación han venido recurriendo diferentes empresas industriales y diversos bancos por lo que se refiere a sus redes de sucursales. Ello les ha permitido obtener ingresos y concentrar sus recursos en su actividad empresarial principal, industrial o financiera.

Para evitar confusiones terminológicas, conviene aclarar que no nos referimos en este trabajo al negocio desarrollado por las entidades de *leasing* a través de la figura del arrendamiento financiero o *leasing* (3) (conocido como arrendamiento financiero de retorno, *retro-leasing*, *lease back* o incluso como *sale and lease back*) que ha sido objeto de análisis por la doctrina y la jurisprudencia, considerándola algunos como una operación de préstamo (con dudas sobre su licitud por posible *fiducia cum creditore* en posible vulneración de la prohibición de pacto comisorio) (4), y conceptualizándola otros como una modalidad de *leasing* (5). Cuando empleamos el término SLB nos estamos refiriendo al tipo de operaciones inmobiliarias (conocidas en el mercado por esta denominación)

---

(3) Según esta figura se halla conceptualizada por la Disposición Adicional séptima, apartado 1, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (*BOE* núm. 182, de 30-7-1988).

(4) En este sentido, se había sostenido que se trata de una forma de enajenación en garantía, al entender que la transmisión de la propiedad es un medio para obtener financiación, de manera que la operación en sí constituye un instrumento de garantía de la financiación obtenida. Conforme a esta corriente de opinión, se trataría de un préstamo garantizado con transmisión de la propiedad (venta en garantía), modalidad de *fiducia cum creditore* en posible vulneración de la prohibición de pacto comisorio (para una reflexión sobre este punto, vid. Vivas Tesón, I., «Una reflexión en torno al *Lease Back:* Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 *(RJ* 2005/1405)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 16, 2006, págs. 213-222) y que podría desencadenar la aplicación de las normas represivas de la usura. Para una visión panorámica de las diferentes corrientes doctrinales y de la jurisprudencia más significativa al respecto y opiniones fundadas en favor de la licitud del negocio, vid. Pacheco Cañete, M., *El contrato de «lease-back»,* Marcial Pons, Madrid, 2004, y Llorente San Segundo, I., «El contrato de *sale and lease back,* en De la Cuesta Rute, J. M. y Valpuesta Gastaminza, E. M. (coords.): *Contratos mercantiles,* tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 1405-1437.

(5) Vid. Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil,* tomo II, vol. 2, Librería Bosch, Barcelona, 1995, pág. 412; Casado Burbano, P., «El *lease back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral,* Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985, págs. 857-873; Martínez Velencoso, L. M., «El *lease back* o *leasing* de retorno: distinción de otras figuras. Aplicación de la Ley de Usura. Comentario a la sentencia del TS de 17 de marzo de 1998. Recurso número 164/1994 *(RJ* 1998/1351)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 1, 1998, págs. 315-324; Buitrago Rubira, J. R., «El *lease back* como instrumento de financiación (STS de 10 de febrero de 2005)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 692, 2005, págs. 2117-2124; y García Garnica, M. C., *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España,* Aranzadi, Pamplona, 2001. En este sentido, vid. las STS de 2 de febrero de 2006 (Ar. 494; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y de 15 de abril de 2010 (Ar. 3536; MP: Antonio Salas Carceller). Dichas dudas han quedado resueltas por la jurisprudencia, al sostener nuestro Tribunal Supremo, en sus más recientes pronunciamientos, que se trata de una operación lícita y admisible, que cuenta con su propia causa que la distingue de los supuestos de enajenación en garantía. Aunque las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo al respecto son escasas y no siempre coincidentes entre sí, la STS de 2 de febrero de 2006 —Ar. 494; MP: Juan Antonio Xiol Ríos— (recientemente confirmada por la STS de 15 de abril de 2010 —Ar. 3536; MP: Antonio Salas Carceller—) ha consagrado la autonomía de este negocio respecto al préstamo sobre la consideración de que se trata de una modalidad

concluidas en nuestro país por diferentes empresas industriales y bancos y recientemente puestas en marcha por algunas Administraciones autonómicas, que no tienen encaje en el concepto legal de arrendamiento financiero, sino que se vienen estructurando a través de arrendamientos de cosas en que el comprador-arrendador es un inversor privado ajeno a las sociedades de *leasing* (6).

El presente trabajo identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones en España. A tal efecto, se analiza en primer lugar el encaje del SLB en nuestro Derecho Privado y la conveniente modulación de determinados aspectos del régimen legal y jurisprudencial de las figuras contractuales típicas subyacentes a la vista de las particularidades de la operación (vid. apartado II). A continuación se analizan determinados condicionantes de Derecho Público, español y comunitario, que inciden en este tipo de operaciones cuando tienen por objeto inmuebles de titularidad pública (vid. apartado III), tras lo cual se cierra el trabajo con algunas consideraciones finales (vid. apartado IV).

II. EL ENCAJE DEL NEGOCIO EN NUESTRO DERECHO PRIVADO

1. Naturaleza jurídica

Nos encontramos, una vez más (7), ante una de las nuevas formas de contratación importada de la práctica inmobiliaria de matriz anglosajona (8). En el

---

de arrendamiento financiero, y ha confirmado su licitud, siempre que concurran determinados requisitos, incluidos los exigidos para el arrendamiento financiero por la normativa fiscal.

(6) Desde este punto de vista, parece válida tanto para el arrendamiento financiero de retorno como para el SLB, la definición según la cual «el *lease back* es el contrato por el cual el propietario de un bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado periodo de tiempo» (De la Iglesia Monje, M. I., «Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 635, 1996, pág. 1396), con la única peculiaridad de que, en el caso del SLB, es habitual no pactar el derecho de opción de compra en favor del vendedor, especialmente cuando se trata de empresas industriales no interesadas en él.

(7) Pérez Rivarés, J. A., «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 259, 2006, págs. 237-252.

(8) Gómez Segade ha acuñando la expresión "americanización" del Derecho Mercantil para referirse a la conversión de la práctica comercial estadounidense en auténtico motor de creación de instituciones jurídico-mercantiles (Gómez Segade, J. A., «Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría,* Madrid, 1978, pág. 218 y sigs.). Para un análisis en profundidad de los caracteres y naturaleza jurídica del *sale and lease back,* desde un punto de vista peruano, con interesantes referencias al Derecho comparado, vid. Leyva Saavedra, J., «El *lease back*, una moderna técnica financiera», en *Gaceta Jurídica,* Lima, tomo 68-B, 1999, pág. 26.

intento de encuadrar este tipo de operaciones en las figuras contractuales típicas previstas y reguladas por la ley, es fácil identificar en ellas elementos propios de la compraventa y del arrendamiento (a los que en algunos casos se añade la opción de compra, especialmente cuando el vendedor es una entidad financiera).

A) *¿Negocio complejo o yuxtaposición de contratos coligados?*

Es preciso atender a la configuración del negocio por las partes en cada caso concreto para determinar si se trata de un negocio *complejo* (9) (con una única causa y finalidad económica y con una lógica propia que trasciende a la causa propia de cada uno de los contratos típicos que en él cabe identificar) (10) o de una yuxtaposición de varios contratos *coligados* (11). El hecho de que en la práctica inmobiliaria española este negocio se esté documentando mediante la firma en unidad de acto de diferentes documentos con el *nomen iuris* de distintas figuras contractuales típicas, la necesaria interpretación conjunta de la compraventa y el arrendamiento (12) o la habitual precisión en la escritura de compraventa de que la finalidad inmediata de la adquisición es ceder el inmueble en arrendamiento al vendedor en unidad de acto (13), no parecen, por sí solos, elementos determinantes de la naturaleza jurídica del SLB. A nuestro entender, a estos efectos, lo auténticamente relevante es el contenido de los pactos incluidos en los diferentes documentos contractuales.

B) *Remuneración y riesgo, elementos definitorios*

La remuneración y el riesgo son elementos definitorios del SLB. El inversor recurre a la operación como un producto de inversión que debe garantizarle

---

(9) Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil,* Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 210.

(10) Con relación al arrendamiento financiero de retorno, vid. Gitti, G., «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and *lease back*», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* núm. 2, 1993, págs. 485 y sigs., y Bontempi, P., «Divieto di patto commissorio e *lease back*», en *Nuova giurisprudenza civile commentata,* núm. 5, 1995, pág. 909.

(11) Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 388-389. En favor de su consideración como contratos conexos se pronuncia Pacheco Cañete, M., *op. cit.,* pág. 20.

(12) Vid., por analogía con el *leasing* de retorno, Parra Lucán, M. A., «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006. *Lease back* inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Ejercicio simultáneo en juicios distintos de la acción de cumplimiento y de la resolución contractual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 72, 2006, págs. 1741-1772.

(13) Vid. Pérez Gurrea, R., «Estudio del *leasing* financiero y del *lease back* a propósito de la DGRN de 19-1-2005 y de la STS de 2-2-2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 696, 2006, págs. 1652-1661.

una rentabilidad determinada y que suele configurarse en torno a tres variables: precio de compra/renta arrendaticia, duración del arrendamiento y gastos e inversiones en el inmueble. El inversor pretende obtener una rentabilidad determinada, neta de todo tipo de costes, por lo que los impuestos, seguros y gastos relativos al inmueble son habitualmente asumidos por el vendedor-arrendatario (concepto *triple net*). En materia de distribución de riesgos, la compraventa y el arrendamiento suelen funcionar como contratos «espejo» (*back-to-back*): en la práctica, buena parte de los riesgos que asume el inversor en tanto que comprador suelen ser, a su vez, trasladados al vendedor en tanto que arrendatario.

C) *Validez del negocio*

A nuestro entender, la validez y licitud de este negocio complejo se fundamentan en el artículo 1255 del Código Civil (14) y se derivan, en abstracto, de su reconocimiento por la normativa reguladora del patrimonio de las Administraciones públicas (vid. apartado III.1 posterior). Entendemos que no son trasladables al SLB las reflexiones de parte de la doctrina con relación al *leasing* de retorno, según las cuales podría tratarse de un préstamo encubierto garantizado con la transmisión de la propiedad (venta en garantía) (15), en posible vulneración de la prohibición del pacto comisorio (16) (que tiene por objeto evitar el enriquecimiento injusto de quien se apropia de cosas por un importe inferior a su valor). Entre otros motivos, cabe destacar que la finalidad de las partes en el SLB es ajena a la lógica del préstamo, como lo demuestra el hecho de que la firmeza de la transmisión no se halle anudada a las vicisitudes del arrendamiento o del pago de la renta, ni a la existencia de una opción de compra que permita al vendedor adquirir el inmueble por un precio igual a su valor residual: ello es así en mayor medida, si cabe, cuando no se pacta la opción de compra, o cuando se pacta a precio de mercado. En cualquier caso, conviene que los términos económicos de la operación estén respaldados por las correspondientes tasaciones, al objeto de asegurar el adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes.

---

(14) En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo con relación al *leasing* de retorno, en su sentencia de 20 de noviembre de 1999 (Ar. 8615; MP: Pedro González Poveda), en consideración de un supuesto con relación al cual concluyó que *«no es una operación crediticia sino un arrendamiento con opción de compra».*

(15) En materia de derechos de garantía, vid., entre otras obras de referencia, Carrasco Perera, Á.; Cordero Lobato, E., y Marín López, M. J., *Tratado de los derechos de garantía,* Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

(16) Artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

2. El encaje jurídico de algunos pactos habituales

No pretendemos realizar aquí un análisis exhaustivo de las cláusulas más relevantes que habitualmente se pactan en este tipo de operaciones ni analizar estipulaciones contractuales que suelen convenirse en la compraventa y arrendamiento de inmuebles tradicionales (17), sino mencionar algunas de las cláusulas que cabe pactar en las operaciones de SLB y que plantean determinadas cuestiones desde la óptica de nuestro Derecho Civil, por lo que conviene abordarlas adecuadamente al redactar la documentación contractual.

A) *Pago de la totalidad de la renta en caso de resolución anticipada*

En nuestra práctica contractual, las partes generalmente pactan que, en caso de terminación anticipada del arrendamiento por causa imputable al vendedor-arrendatario, este pagará al inversor la totalidad de la renta correspondiente al resto del periodo de duración pactado (18). Como es sabido, este pacto podría no ser exigible en sus términos a la vista de la jurisprudencia recaída en sede de arrendamientos individualmente considerados, conforme a la cual, en función de las circunstancias del caso concreto, procedería aplicar una moderación de dicho importe para evitar la notoria desproporción y el consiguiente enriquecimiento injusto del arrendador (19). Sin embargo, y al margen de las consideraciones que cabe formular sobre esta jurisprudencia con carácter general (20), entendemos

(17) Piénsese, e.g., en las garantías del vendedor sobre la situación jurídica, tributaria, urbanística, ambiental y de licencias del inmueble, en la venta como cuerpo cierto (arts. 1469 a 1471 del CC) o en las estipulaciones relativas al prorrateo de los gastos del inmueble o a la entrega de la documentación.

(18) Como ha quedado indicado, el plazo de duración arrendaticia, de obligado cumplimiento, es un elemento esencial entre los objetivos de rentabilidad del inversor. Por ello, conviene regular adecuadamente en la documentación contractual la obligación de pago de la renta correspondiente a la totalidad del plazo de obligado cumplimiento en caso de resolución anticipada del arrendamiento por razones imputables al arrendatario.

(19) En efecto, la jurisprudencia mayoritaria en materia arrendaticia valora situaciones casuísticas que pueden modular la equidad de las pretensiones y determinar la existencia de un enriquecimiento injusto por parte del arrendador. Entre otras circunstancias destaca el hecho de que el arrendador explote el local o la concertación de un nuevo arrendamiento en idénticas o mejores condiciones económicas (vid., *per omnia,* la STS de 3 febrero de 2006 —Ar. 823; MP: Jesús Corbal Fernández—).

(20) Sobre el particular, véase las interesantes reflexiones vertidas por Carrasco Perera, A., «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 677, 2005, págs. 7-12; Clemente Meoro, M. E., «Desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios: Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 *(RJ* 2004/2710)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 14, 2005, págs. 159-165; Colomé, L., «La indemnización por desalojo del arrendamiento en el contrato de arrendamiento para uso distinto

que cabría elaborar argumentos tendentes a defender la exigibilidad de esta estipulación contractual en sus términos en este tipo de operaciones, atendiendo a las peculiaridades de los arrendamientos celebrados en el marco de un SLB, que lógicamente tendrían más o menos visos de prosperar en función de las específicas circunstancias de cada caso concreto.

B) *Carteras de inmuebles: ¿uno o varios contratos de arrendamiento?*

Es habitual en la práctica que el SLB no tenga por objeto un solo inmueble (por ejemplo, un hotel o la sede corporativa de una empresa industrial), sino una cartera de inmuebles repartidos por la geografía (como determinado número de sucursales bancarias o de edificios oficiales). En este último supuesto podría interesar al inversor, en caso de incumplimiento por el vendedor-arrendatario de sus obligaciones de pago respecto a uno o varios inmuebles determinados (y no, por tanto, con relación a la totalidad de la cartera), estar facultado para instar *a)* el pago al inversor de la totalidad de la renta correspondiente al resto del periodo de duración pactado [vid. apartado A) anterior], no solo por lo que se refiere a los concretos inmuebles respecto a los cuales se produjera el incumplimiento, sino en relación con la totalidad de los inmuebles de la cartera, o *b)* el desahucio, no solo por lo que se refiere a los concretos inmuebles con relación a los cuales se produjera el incumplimiento, sino en relación con la totalidad de los inmuebles de la cartera.

A tal efecto, en determinadas circunstancias, cabe plantearse la posibilidad de configurar la operación de manera que un solo arrendamiento tenga por objeto la totalidad de los inmuebles que compongan la cartera (en lugar de alumbrar tantos arrendamientos individuales como inmuebles, como viene siendo habitual), si bien en tal supuesto no cabe descartar que los tribunales tendieran a

---

al de vivienda», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 2, 2003, págs. 1550-1556; Contijoch Pratdesaba, R., «Desistimiento unilateral y anticipado del contrato de arriendo por el inquilino y su trascendencia indemnizatoria en la LAU», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín,* núm. 297, 2009, págs. 13-21; Estruch Estruch, J., «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 719, 2010, págs. 981-999; Flores Rodríguez, J., «A vueltas con el alcance de la indemnización en favor del arrendador por desistimiento anticipado del arrendatario: entre la aplicación estricta o la prudente moderación; Comentario a la STS de 30 de octubre de 2007 *(JUR* 2007/334203)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 20, 2008, págs. 197-207; Gómez de la Escalera, C., «El desistimiento unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo estipulado (examen de los arts. 56 TRLAU y 11 LAU. Efectos del abandono de la finca cuando no se está facultado para desistir del contrato)», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín,* núm. 221, 2002, págs. 15-32; y Martínez Escribano, C., «La posibilidad de desistimiento unilateral del arrendatario en la normativa arrendaticia urbana», en *El Consultor Inmobiliario,* núm. 61, 2010, págs. 3-22.

aplicar criterios de proporcionalidad, prudencia y equidad. Este planteamiento debería ir acompañado necesariamente de fórmulas que permitieran al inversor transmitir a terceros (tales como inversores individuales o *family offices*), por piezas, parte de los inmuebles de la cartera, sin que por ello se viera perjudicado el arrendamiento sobre los concretos inmuebles que transmitiera (21).

C) *Pago de la renta, ¿en cualquier circunstancia?*

En este contexto, procede traer a colación otros ejemplos de estipulaciones que ha conocido la práctica contractual en nuestro país y que podrían plantear alguna dificultad de encaje con la normativa vigente: piénsese en una cláusula conforme a la cual el inversor seguirá percibiendo la renta del vendedor-arrendatario incluso en caso de destrucción del inmueble (22) (en posible contravención del art. 1261 del CC, conforme al cual esa circunstancia determinaría la extinción del arrendamiento por extinción de su objeto) o de clausura del inmueble por no contar con las licencias necesarias para destinarlo al uso pretendido, o en una estipulación que atribuya al vendedor-arrendatario acciones o facultades distintas de la resolución contractual (en sustitución de esta) en caso de incumplimiento por el inversor de sus obligaciones derivadas del arrendamiento (modulando, de este modo, el tenor del art. 1124 del CC).

Este tipo de estipulaciones contractuales, pese a tener toda la lógica atendiendo a las peculiaridades de este tipo de operaciones, podrían plantear algunas dificultades de encaje con la ley y con la jurisprudencia existentes, dictadas en consideración de arrendamientos individualmente considerados. Al margen de la necesaria cautela que deben emplear los operadores jurídicos en la redacción de estas cláusulas, a nuestro entender perfectamente válidas al amparo del principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, todo ello nos conduce a abogar por que, cuando se plantee la oportunidad, la jurisprudencia que se dicte con relación a este tipo de operaciones se aleje de algunos de los esquemas tradicionales, atendiendo a la lógica subyacente al

(21) Entre tales fórmulas, cabe considerar la facultad del inversor de ceder parcialmente el contrato de arrendamiento (único para toda la cartera) respecto a los concretos locales que transmita a terceros, sin necesidad de recabar el consentimiento del arrendatario con ocasión de cada transmisión. La alternativa consistente en prever contractualmente la novación automática del arrendamiento (de manera que queden excluidos de su objeto los locales que el inversor transmita a terceros) y la simultánea suscripción por el arrendatario y por el nuevo propietario (con ocasión de cada transmisión) de un nuevo contrato de arrendamiento (en idénticos términos a los del contrato original) respecto a los concretos locales transmitidos plantearía, en la práctica, el inconveniente (desde el punto de vista de la gestión) de requerir el concurso del arrendatario con ocasión de cada transmisión.

(22) Sobre este tipo de pactos en el marco de operaciones con la Administración, véase, no obstante, las reflexiones contenidas en el apartado III.2 posterior.

SLB y permitiendo, de este modo, la necesaria conciliación de los intereses en presencia, fomentando, en definitiva, la consumación de este tipo de operaciones en nuestro país, en beneficio de todos los actores involucrados.

D) *Otros pactos habituales*

Sin perjuicio de los condicionantes de índole contable que más adelante se mencionarán, otros pactos habituales en este tipo de operaciones [como el concepto de *triple net* (23), el régimen de obras, mantenimiento, reparaciones y sustituciones (24), el derecho de sustitución de determinados inmuebles de la cartera en caso de concurrir determinadas circunstancias, el régimen de subarriendo y cesión contractual, la facultad del comprador de ceder en garantía a sus bancos financiadores los derechos derivados de las manifestaciones y garantías prestadas por el vendedor o la exclusión de la operación de determinados elementos, como obras de arte o determinadas instalaciones de aire acondicionado] no plantean particulares problemas jurídicos, dado que tienen perfecto acomodo en nuestro Derecho Civil al amparo del carácter dispositivo que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* núm. 282, de 25-11-1994) («LAU») (25) (por lo que se refiere a arrendamientos urbanos para uso distinto al de vivienda) y el Código Civil [en materia de compraventa (26)] atribuyen a buena parte de sus disposiciones.

---

(23) Como ha quedado indicado, el inversor pretende asegurarse una rentabilidad neta y, por ello, es estándar estipular en este tipo de operaciones que todos los gastos y tributos relativos al inmueble son de cargo del arrendatario, incluidos seguros, impuestos (como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles) y gastos de mantenimiento y reparación del inmueble. Es el concepto *triple net,* que tiene por objeto garantizar contractualmente al inversor que la renta pactada sea efectivamente una renta neta y, por tanto, no susceptible de verse afectada por ningún tipo de gasto. Lógicamente, al negociar la renta, el vendedor ha de tener en cuenta que, adicionalmente a dicha renta, deberá pechar con los gastos del inmueble.

(24) Se trata de uno de los aspectos más negociados en este tipo de operaciones. Conviene abordar contractualmente qué parte ejecuta las obras y qué parte las sufraga. Habitualmente se toma como criterio el concepto de *triple net* y la garantía para el comprador de una rentabilidad neta determinada. No obstante, estos criterios no resuelven todos los supuestos cuando se discuten las obras de mayor envergadura o en las que el volumen de inversión es muy elevado y que requieren, por tanto, un tratamiento contractual especial.

(25) Artículo 8 de la LAU.

(26) El vendedor puede tener interés en mantener la propiedad de determinados bienes muebles (por ejemplo, obras de arte) e instalaciones (por ejemplo, instalaciones fijas de aire acondicionado). Es aconsejable que los elementos excluidos de la operación queden expresamente enumerados en la documentación contractual, dado que, en otro caso, se entenderían vendidos (y, por tanto, arrendados de vuelta) junto al inmueble en aplicación del artículo 334 del Código Civil.

III. ALGUNOS CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA TITULARIDAD PÚBLICA DE LOS INMUEBLES O DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL VENDEDOR-ARRENDATARIO

1. La incidencia del carácter demanial de determinados inmuebles

El artículo 131 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 264, de 4-11-2003) («LPAP») admite expresamente las operaciones de SLB con relación a bienes patrimoniales del Estado mediante su transmisión a terceros, de manera que el Estado continúe ocupándolos en alquiler en régimen de Derecho Privado (27). Este precepto ampara este tipo de operaciones únicamente con relación a los bienes *patrimoniales* (quedando excluidas, por tanto, respecto a los bienes *demaniales*), ya sea porque esos bienes hayan sido siempre *patrimoniales,* o porque (pese a ser originariamente *demaniales*) hayan sido desafectados, convirtiéndose así en *patrimoniales*. Las diferentes Comunidades Autónomas han aprobado normas análogas por lo que se refiere a sus respectivos patrimonios autonómicos (28).

(27) *«Artículo 131. Bienes y derechos enajenables. 1. Los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en este capítulo. 2. No obstante, podrá acordarse la enajenación de bienes del Patrimonio del Estado con reserva del uso temporal de los mismos cuando, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este».*

(28) Vid. artículo 88 bis de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, Ley de Patrimonio de Andalucía (modificado por el art. 2.2 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero); artículo 18 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, Ley de Patrimonio de Cataluña (modificado por el art. 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre); artículo 25 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, de Patrimonio de Galicia (modificado por el art. 18 de la Ley 7/2002, de 27 de diciembre); artículo 57 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de Cantabria; artículo 88 de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi; artículo 39 de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; artículo 35 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio de Navarra; artículo 64 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de La Rioja; artículo 114 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, de Patrimonio de Castilla y León; artículo 68 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, de Patrimonio de las Illes Balears; artículo 82 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana; artículo 60 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de Murcia (modificada por el art. 30.1 de la Ley 7/2010, de 27 de diciembre); artículo 82 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de Extremadura; y artículo 36 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de Canarias.

A) *Viabilidad de la desafectación*

En este contexto, la concreta actividad que se desarrolle en el edificio administrativo en cuestión es decisiva para determinar, en cada caso, la posibilidad de desafectarlo (para, de este modo, poder ser objeto de SLB). Así, parece claro que los edificios administrativos destinados a oficinas y dependencias auxiliares (cuyo uso es lejano a la prestación de auténticos servicios públicos y no parece presentar especificidad alguna respecto al uso de oficinas o similar a que pudiera destinarlos cualquier particular) pueden ser desafectados para ser objeto de SLB, dado que el carácter demanial de este tipo de edificios (con el consiguiente régimen excepcional de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) no resulta necesario para garantizar el adecuado desarrollo de tales actividades por la Administración (29). Entendemos que debería ser salvable, mediante diversas vías, el hipotético obstáculo a la desafectación que podría constituir (respecto a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos vinculados o dependientes) el artículo 5.3 de la LPAP (30). Sin embargo, la cuestión es más compleja, y requerirá un análisis jurídico pormenorizado en consideración del concreto uso de que se trate, cuando en los edificios en cuestión se presten auténticos servicios públicos.

B) *Riesgo de reversión*

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que la desafectación de bienes demaniales podría conllevar su reversión en favor de antiguos propietarios que hubieran sido expropiados, salvo que la desafectación en cuestión se realice por Ley y que esta excluya normativamente la reversión. Así, por ejemplo, conforme al Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (*BOE* núm. 293, de 3-12-2010), los bienes integrantes del patrimonio aeroportuario dejan de tener la condición de *demaniales*, sin que proceda por

(29) En este sentido, vid. Bengoetxea Arrieta, F., «La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado», en *Diario La Ley,* 2011, núm. 7622, págs. 2-6. Entendemos que en este sentido debe interpretarse el artículo 155 de la LPAP, conforme al cual tendrán la consideración de edificios administrativos: *«a) Los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos constitucionales del Estado y de la Administración General del Estado y sus organismos públicos».*

(30) Conforme a este precepto legal, *«Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público».*

ese cambio de naturaleza su reversión en favor de los antiguos propietarios de los bienes aeroportuarios que hubieran sido expropiados (art. 9, apartado 1) (31).

2. Especialidades en materia de ejecución forzosa, garantías y tributación indirecta

A) *Particularidades de la ejecución forzosa*

Una vez desafectados, los edificios son arrendados a la Administración en régimen de Derecho Privado, sin que esta goce de facultades exorbitantes frente al inversor ni de posición privilegiada alguna respecto a la que tendría un arrendatario privado, por ejemplo, en caso de desahucio [que se ventilaría en la jurisdicción civil (32) al tratarse de relaciones de índole privada, sin posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa) (33), más allá de las particularidades que se especifican a continuación:

a) En caso de impago, el inversor no podría obtener el embargo de otros bienes de la Administración arrendataria que tuvieran la consideración de demaniales (34) o que —aun siendo patrimoniales— se hallaran *afectados materialmente a un uso o servicio público* (35), ni tampoco de

---

(31) *«Artículo 9. Patrimonio aeroportuario. 1. Todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejarán de tener naturaleza de bienes de dominio público, sin que por ello se entienda alterado el fin expropiatorio, por lo que no procederá su reversión».*

(32) La Administración no puede someter las disputas derivadas del SLB a arbitraje nacional o internacional. Por otra parte, del desahucio deberán conocer necesariamente los tribunales del lugar donde radique el inmueble *(lex rei sitae).*

(33) Vid. Loscertales Fuertes, D., «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín,* núm. 253, 2004, págs. 9-10.

(34) La inembargabilidad de los bienes de dominio público, privilegio que forma parte de la tradición del Derecho Administrativo español, tiene cobertura constitucional (art. 132 de la Constitución Española) y se halla regulado en la normativa estatal y autonómica.

(35) En este sentido, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional, número 166/1998, de 15 de julio (166/1998), recogida con mayor o menor acierto por el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 264, de 4-11-2003) y otras disposiciones autonómicas, son inembargables los bienes demaniales y, de entre los bienes patrimoniales, únicamente aquellos que se hallen «afectados materialmente a un uso o servicio público». Para un análisis en profundidad de esta relevante sentencia, vid. Mir Puigpelat, O., «El final de la inembargabilitat dels béns patrimonials de les Administracions Públiques? Comentari a la STC 16/1998, de 15 de juliol», en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 25, 1999. En las páginas 137 a 144 de dicho trabajo se constata que, pese a haber sido saludada esta sentencia positivamente en su día por parte de la doctrina, no han

sus ingresos públicos (tributos). *A contrario*, sería jurídicamente viable obtener el embargo de bienes patrimoniales no materialmente afectos a un uso o servicio público, o incluso de ingresos privados (tales como los obtenidos por la Administración en el marco de sus actividades económicas ajenas a la prestación de servicios públicos) (36).

b) Por otra parte, antes de recurrir a la jurisdicción civil, el inversor debería interponer la denominada «reclamación previa» frente a la Administración arrendataria, conforme a lo estipulado en los artículos 120 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27-11-1992) (37) o, en su caso, en la normativa autonómica correspondiente (38).

B) *Garantías jurídicamente viables*

Al margen de lo que ha quedado indicado en el apartado A) precedente en materia de inembargabilidad de ciertos bienes de la Administración y de sus ingresos públicos, conviene señalar que no cabe plantear como posible garantía, en este tipo de operaciones, la afectación de ingresos públicos. Este tipo de garantía, utilizado en el marco de proyectos relativos a infraestructuras públicas, es jurídicamente viable cuando concurren ciertos requisitos legales (39) que, a nuestro entender, en principio no concurren en el SLB. Por otra parte, conviene tener en cuenta que la Administración —en tanto que arrendataria—

---

faltado voces que han clamado por la embargabilidad de los bienes patrimoniales en todo caso, al ser precisamente la afectación a un uso o servicio público el criterio determinante del carácter demanial o patrimonial de los bienes de la Administración.

(36) Conviene tener presente, no obstante, la excepción contenida en el artículo 68 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*BOE* núm. 123, de 23-5-1986), conforme a la cual: *«Los bienes de dominio privado son inembargables. No podrá despacharse mandamiento de ejecución ni dictarse providencia de embargo sobre estos bienes y derechos ni sobre las rentas, frutos o productos de los mismos, debiéndose estar a lo que dispone la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma».*

(37) En particular, conviene destacar el artículo 124.2 de la Ley 30/1992, conforme al cual: *«Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial».*

(38) Así, por ejemplo, esta «reclamación previa» se halla regulada en el artículo 80 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo apartado 4 reza que: *«El plazo para resolver y notificar las reclamaciones previas a la vía judicial civil es de tres meses [...]».*

(39) Entre tales requisitos, cabe destacar la relación entre el ingreso público y la infraestructura en cuestión.

queda exonerada de la obligación legal de prestar fianza al arrendador, y ello en aplicación del artículo 36.6 de la LAU.

A la vista de lo anterior, conviene plantearse qué tipo de garantías podrían convenir el inversor y la Administración en este tipo de operaciones, en previsión de hipotéticos incumplimientos por parte de la Administración de sus obligaciones derivadas de los contratos de compraventa o arrendamiento mediante los que se articule el SLB. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, al margen de la fianza arrendaticia (cuya prestación por la Administración la LAU no exige preceptivamente —como ha quedado dicho—, pero tampoco se prohíbe en caso de existir acuerdo entre las partes a tal efecto), cabe plantear la entrega de avales bancarios, la constitución de depósitos bloqueados o *escrows* (mediante los que se retenga en depósito, por ejemplo, parte del precio de compra), la constitución de fianzas o garantías solidarias por la Administración (en caso de que la entidad arrendataria sea una sociedad dependiente de aquella) o incluso la constitución de prendas o hipotecas sobre ingresos privados o sobre bienes patrimoniales de la Administración que no se hallen materialmente afectos a un uso o servicio público (40).

C) *Tributación indirecta de la operación de la compraventa*

En otro orden de cosas, y dado que el análisis de los aspectos fiscales del SLB excede el objeto del presente trabajo, no abordaremos las implicaciones fiscales (en particular, a efectos del Impuesto sobre Sociedades) que se derivarían de que el arrendamiento tuviera la consideración de *arrendamiento financiero* [en los términos referidos en el apartado 3.A) siguiente]. Nos limitaremos, en este apartado, a considerar si cabe que la operación de compra devengue el Impuesto sobre el Valor Añadido («IVA») —y, consiguientemente, el ITPAJD en su modalidad de AJD—, en lugar de devengar el ITPAJD en su modalidad de TPO («ITP») —impuesto no recuperable—, siendo el inversor el obligado a soportar tales impuestos. A estos efectos, resulta clave que la Administración vendedora-arrendataria tenga consideración de sujeto pasivo de IVA por lo que se refiere a la operación de compraventa.

---

(40) Sobre esta cuestión, y en relación con las entidades locales, resulta de interés lo dispuesto en el artículo 173.2 del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE núm. 59, de 9-3-2004): «Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».*

Según la normativa reguladora del IVA, la Administración no tiene la consideración de sujeto pasivo de IVA en el marco de la prestación de servicios públicos, salvo en aquellos casos en los que el hecho de no considerarla como sujeto pasivo del impuesto llevase a distorsiones graves de la competencia. Sobre este particular, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que la Administración puede ser sujeto pasivo de IVA en los supuestos en que, aun actuando en calidad de autoridad pública, mediante su actuación pueda afectar al adecuado funcionamiento de la competencia en el mercado (41). Siendo la actividad ordinaria de la Administración la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho Público, cabe argumentar que es ajena a ese ámbito la transmisión de inmuebles, que realiza la Administración en régimen de Derecho Privado, como haría cualquier operador económico privado actuando en condiciones normales de mercado (y que, por tanto, la venta de inmuebles debería hallarse sujeta a IVA). En este sentido se ha pronunciado precisamente el Tribunal Económico Administrativo Central («TEAC») en una Resolución de 24 de julio de 2007 (42), conforme a la cual la transmisión de inmuebles por la Administración se hallaría sujeta al IVA, en lugar de hallarse sujeta al ITP (43).

3. La incidencia de la contabilidad pública a efectos de estabilidad presupuestaria

Cuando el SLB tiene por objeto inmuebles públicos, determinados aspectos clave para el inversor en este tipo de operaciones (como la duración del arrendamiento, el precio de compra en caso de ejercicio de la opción o el régimen de *triple net*) vienen modulándose contractualmente por las partes en consideración de criterios de contabilidad pública y, por tanto, de sujeción a las restricciones impuestas por la normativa en materia de endeudamiento público y estabilidad presupuestaria (44).

---

(41) Vid., en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas el 17 de octubre de 1989 *(Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros c/ Comune di Carpaneto Piacentino y otros,* asuntos acumulados 231/87 y 129/88, Rec. 1989, pág. 3233) y el 8 de junio de 2006 (*Finanzamt Eisleben c/ Feuerbestattungsverein Halle eV,* asunto C-430/04, Rec. 2006, pág. I-04999).

(42) En efecto, en dicha resolución, el TEAC concluyó que la transmisión por la Administración de inmuebles de naturaleza patrimonial se hallaba sujeta a IVA, al objeto de evitar la infracción del régimen de neutralidad del impuesto. El TEAC señaló que, en caso de no devengarse el IVA, el devengo del ITP distorsionaría el mercado inmobiliario, teniendo en cuenta, en particular, que se trata de operaciones frecuentes.

(43) Por otra parte, es relevante que los activos transmitidos no constituyan un negocio en funcionamiento a efectos del IVA (es decir, un conjunto de activos susceptible de operar de manera independiente) al objeto de evitar que la transmisión se halle sujeta al ITP.

(44) Martínez-Villaseñor, G., «*Sale & lease back* de inmuebles de las Administraciones Públicas: potencialidad y condicionamientos», en *Expansión,* 5 de agosto de 2011. Vid.

A) *Arrendamiento financiero* vs. *arrendamiento operativo*

En el caso de las operaciones de SLB de edificios públicos más habituales (45) (consistentes en la enajenación de inmuebles a inversores privados), las reglas del Sistema Europeo de Cuentas Económicas («SEC-95») (46) conducen a analizar si la operación se realiza a precio de mercado (47) y si tiene la consideración de *arrendamiento financiero* (según este término se emplea en la SEC-95), lo que determinará que la operación compute como deuda a efectos contables (48).

El concepto contable de *arrendamiento financiero* que maneja la SEC-95 es ajeno al concepto jurídico de arrendamiento financiero o *leasing* contenido en la Disposición Adicional séptima, apartado 1, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (*BOE* núm. 182, de 30-7-1988). La SEC-95 contrapone el *arrendamiento financiero* (en sentido contable) al *arrendamiento operativo*, figura mixta con gran predicamento en el Reino Unido que, introducida por el ente GISA en nuestro país, presenta elementos propios del arrendamiento de bienes, del arrendamiento de servicios y, en algunos casos, de derecho de superficie (49). Esta distinción ha sido acogida tanto en el Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto

---

Ruiz Escalvo, M. P., *El principio de estabilidad presupuestaria,* Edisofer, Madrid, 2003. En las operaciones de SLB en que el vendedor es una entidad financiera, esa modulación tiene por objeto mejorar los ratios de eficiencia a efectos de Basilea II (Arráez Amselem, R., *«Sale and lease back* de un portfolio inmobiliario», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos,* La Ley, Madrid, 2010).

(45) No nos referimos en este contexto a otras posibles fórmulas de SLB en las que el adquirente es una sociedad pública existente o una entidad pública creada con la finalidad específica de adquirir activos inmobiliarios públicos.

(46) A este respecto, conviene tener en cuenta las determinaciones establecidas por el Sistema Europeo de Cuentas Económicas SEC-95, en tanto que marco de referencia vinculante en materia de cálculo del déficit y deuda públicos [Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), DOCE núm. L 310/1, de 30-11-1996].

(47) El proceso de licitación competitivo es un relevante indicador del cumplimiento de este requisito, cuyo cumplimiento no debe ser problemático cuando el inversor sea privado y se sigan las normas de contratación pública y enajenación del patrimonio de las Administraciones Públicas. En la práctica, para reforzar el cumplimiento de este requisito se contratan los servicios de una empresa comercializadora especializada, que establece una valoración previa sobre cuya base se efectúa la licitación (Martínez-Villaseñor, G., *op. cit.*).

(48) En este último caso, la venta del activo no debe registrarse, sino que el activo debe mantenerse en el balance de la Administración Pública en cuestión.

(49) Vid. González García, J. V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 161-193, y Villarino Marzo, J., «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en Dorrego de Carlos, A. y Martínez Vázquez, F. (dirs.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros,* La Ley, Madrid, 2009, págs. 497-508.

1514/2007, de 16 de noviembre, *BOE* núm. 278, de 20-11-2007) como en el Plan General de Contabilidad Pública (aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, *BOE* núm. 102, de 28-4-2010), que definen el arrendamiento financiero atendiendo a la transmisión de los riesgos inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato.

La SEC-95 ofrece, en su Anexo II, una serie de criterios orientativos a efectos de determinar el carácter del arrendamiento (*financiero* u *operativo*) en cada caso. En principio, son indicios que apuntan a la contabilización como *arrendamiento financiero* (y, por tanto, como deuda) aspectos tales como *a)* que la Administración asuma el mantenimiento y seguro del activo, *b)* la obligación de la Administración de reembolso de la deuda derivada de la financiación solicitada por el inversor en caso de resolución anticipada del arrendamiento, y *c)* que la Administración asuma los incrementos de costes del inversor relacionados con la tenencia del activo. Por el contrario, se identifican como rasgos propios de los *arrendamientos operativos* aspectos tales como *a)* la existencia de un margen de libertad considerable del inversor en la gestión y mantenimiento del activo, *b)* la posibilidad de recibir ingresos de terceros por el uso del activo, y *c)* que la Administración tenga libertad para decidir la compra del inmueble al término del arrendamiento a precio de mercado en ese momento, sin que el precio quede fijado de antemano.

En definitiva, los criterios de contabilización de este tipo de operaciones se fundamentan en la transferencia efectiva de riesgos por el sector público al sector privado (50). Naturalmente, cabe que algunos aspectos de una concreta operación sugieran un *arrendamiento financiero* y que otros apunten a su contabilización como *arrendamiento operativo*. En tales supuestos, según establece la SEC-95 en su Anexo II, deberá realizarse una valoración ponderada.

B) *Incidencia en la configuración de los términos del negocio*

Aunque el análisis de los aspectos contables de este tipo de operaciones excede del objeto de este trabajo, interesa destacar que no cabe aplicar al SLB de edificios públicos las estipulaciones habituales en las operaciones que tienen por objeto inmuebles de titularidad privada, sin adoptar las cautelas necesarias y realizar los ajustes oportunos. Así, por ejemplo, la estipulación de un plazo de vigencia del arrendamiento que cubra la mayor parte de la vida útil del inmueble o la asunción sin matices del tradicional modelo de *triple net* (asun-

(50) Vid. Lozano Romeral, D. L. y Melón Pardo, C., «Compraventa y arrendamiento de bienes de equipo para la prestación de servicios públicos de transporte colectivo de viajeros», en *2009 Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos,* La Ley, Madrid, 2009, pág. 646.

ción por el arrendatario de impuestos, seguros y mantenimiento), de cláusulas que garantizan al inversor el pago de la renta en cualquier circunstancia (51) (incluidos, por ejemplo, los supuestos de destrucción del edificio) o de ciertas cláusulas de recompra por un precio equivalente al valor residual podrían poner la operación bajo sospecha de constituir un *arrendamiento financiero* en el sentido de la SEC-95, con la consiguiente consideración de deuda a efectos contables y, por tanto, sujeta a las restricciones aplicables en materia de deuda pública y estabilidad presupuestaria.

Por tanto, la adecuada configuración de los concretos términos del negocio exige un ejercicio imaginativo de las partes que permita alcanzar un adecuado equilibrio, siempre delicado y complejo, entre las especialidades en materia de contabilidad pública y las necesidades y requerimientos del inversor privado. Solo así podrá asegurarse que la operación dote a la Administración de la liquidez pretendida sin generar endeudamiento público y, al tiempo, resulte atractiva para el inversor.

4. La incidencia del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas públicas

Al estructurar el negocio, no basta con tener en cuenta las consideraciones vertidas en los apartados anteriores. Conviene, asimismo, tener presentes las importantes restricciones que impone el Derecho de la Unión Europea —en materia de ayudas estatales— a las operaciones inmobiliarias entre el sector público y los operadores económicos privados (52), cuya infracción permitiría a los competidores del inversor impugnar la validez de la operación ante los tribunales españoles y denunciar su componente de ayuda ante la Comisión Europea (la «Comisión»), que podría revisar la operación de oficio. Las referidas restricciones no impiden llevar a cabo este tipo de operaciones, siempre que se estructuren e implementen de manera que no constituyan una ayuda estatal (léase, pública) en el sentido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «TFUE») (53).

---

(51) Alternativamente, podrían intentar cubrirse este tipo de riesgos mediante la contratación de seguros (de pérdida de rentas o de otro tipo).

(52) Artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su normativa de desarrollo.

(53) Para un análisis de su aplicación en el sector inmobiliario, vid. Rodríguez Mínguez, J. A., «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso Scott», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* núm. 226, 2003, págs. 60-69; Wissel, H. y Witting, J., «Review of Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-276/03 P - Scott SA v. Commission», en *European State Aid Quarterly,* núm. 2, 2005, págs. 381-383; Jaeger, T., «Recovering Illegal State Aid in Real Estate Contracts», en *European State Aid Quarterly,* núm. 3, 2007, págs. 578-585; e

El punto de partida es que existe elemento de ayuda pública en favor del inversor privado en las operaciones inmobiliarias con la Administración que se realicen a precio inferior al de mercado. Pese a que el cumplimiento de las normas nacionales en materia de contratación pública y enajenación del patrimonio de las Administraciones públicas debería garantizar que la operación se realice a precio de mercado, a estos efectos la Comisión no aplica los criterios de valoración contenidos en la normativa estatal (54) ni otros elaborados por organizaciones profesionales del sector inmobiliario (55), sino que aplica *a)* los mecanismos regulados en una comunicación (56) publicada por la propia Comisión hace catorce años (57) (la «Comunicación»), y *b)* el llamado principio del inversor privado, según ha sido desarrollado por la práctica y jurisprudencia comunitarias (58).

A) *Los mecanismos regulados*

Pese a que la Comunicación se refiere únicamente a las ventas de inmuebles de titularidad pública (59), parece razonable concluir que los criterios contenidos

---

IDOT, L., «Évaluation du montant de l'aide en cas de vente d'un terrain», en *Europe - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur,* mayo de 2007, págs. 20-21.

(54) A nivel estatal, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (*BOE* núm. 309, de 24-12-2008), desarrollado por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo (*BOE* núm. 270, de 9-11-2011), establece ciertos criterios de valoración inmobiliaria que solo son de aplicación a los supuestos tasados en dicha Ley, y que muchos consideran alejados de un auténtico justiprecio. La Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo (*BOE* núm. 85, de 9-4-2003), por su parte, estipula las normas de valoración de bienes inmuebles que deben aplicarse para ciertas finalidades financieras. La Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero (*BOE* núm. 56, de 5-3-2008), por su parte, aclara la posible conexión entre los criterios de valoración que establece la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo (*BOE* núm. 85, de 9-4-2003), y los establecidos por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (*BOE* núm. 128, de 29-5-2007). Por último, nuestra normativa estatal y autonómica contiene disposiciones tendentes a garantizar que la propiedad de titularidad pública no se venda, en principio, por un precio inferior a su valor.

(55) Piénsese, por ejemplo, en los Estándares RICS de Valoración (6.ª ed., Coventry, Reino Unido) de la Royal Institution of Chartered Surveyors, que entraron en vigor el 1 de enero de 2008.

(56) Sobre el valor jurídico de este tipo de comunicaciones de la Comisión, vid. PÉREZ RIVARÉS, J. A., «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas del Estado», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 21, 2011.

(57) Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos, DOCE núm. C 209, de 10-7-97, págs. 3-5.

(58) Sobre el principio del inversor privado, vid. SCHEUING, D. H., *Les aides financières publiques,* Berger-Levrault, París, 1974, pág. 33.

(59) Comunicación, apartado I (*Introducción*), párrafo cuarto.

en dicha Comunicación deben ser de aplicación al SLB (60). La lógica de la Comunicación es sencilla. Se consideran realizadas a precio de mercado (y, por tanto, libres de cualquier elemento de ayuda pública) las operaciones que se realicen conforme a alguno de los dos sistemas que la propia Comunicación regula (los «Sistemas Regulados»): *a)* en el marco de una licitación suficientemente anunciada, abierta e incondicional, similar a una subasta, adjudicada al mejor o único postor (61); o *b)* a un precio no inferior al precio de mercado que resulte de una tasación a cargo de uno o varios tasadores de activos independientes al objeto de determinar el valor de mercado (62).

La Comunicación define en detalle los requisitos procedimentales y materiales que debe reunir el Sistema Regulado que se escoja: aborda aspectos tan concretos como los requisitos de transparencia e incondicionalidad (en caso de licitación) o las titulaciones académicas o profesionales requeridas, las garantías de independencia necesarias o los criterios de valoración aplicables (en caso de tasación por peritos). Huelga decir que, para mayor seguridad, cabe recurrir en la práctica a la aplicación cumulativa de ambos Sistemas Regulados.

Si la operación se acomoda estrictamente a alguno de los dos Sistemas Regulados, *queda automáticamente excluido cualquier elemento de ayuda estatal* (63). Por el contrario, las operaciones inmobiliarias que no se acomoden estrictamente a alguno de los dos Sistemas Regulados deberán ser notificadas a la Comisión *ex ante* por la Administración en cuestión en virtud del artículo 108.3 del TFUE, y ello al objeto de que, antes de consumar la operación (y como condición para que dicha consumación tenga lugar), la Comisión autorice la operación, ya sea *a)* por considerar que no existe ayuda pública, o *b)* porque, pese a entender que existe ayuda, la Comisión la considere compatible con el mercado interior

---

(60) En este sentido, téngase en cuenta que, en la práctica, la Comisión viene aplicando los principios contenidos en la Comunicación también a los arrendamientos (Decisión de la Comisión 2003/162/CE, *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen,* DOCE núm. L 66, pág. 36, apartado 30, y Decisión de la Comisión 2000/389/CE, *esquema EP/PIP,* DOCE núm. L 145, pág. 27, apartado 64), a las adquisiciones de inmuebles por la Administración (Decisión de la Comisión 2002/865/CE, *Graf von Henneberg Porzellan,* DOCE núm. L 307, pág. 1, apartado 86; Decisión de la Comisión 2006/900/CE, *Componenta,* DOCE núm. L 353, pág. 36, apartado 36; y Decisión de la Comisión 2005/664/CE, *Lemwerder,* DOCE L núm. 247, pág. 32, apartados 19 y sigs.) y a las privatizaciones de inmuebles (Decisión de la Comisión 2000/628/CE, *Centrale del Latte di Roma,* DOCE L núm. 265, pág. 15, apartados 86 y sigs.).

(61) Comunicación, apartado II (*Principios*), número 1 (*Venta mediante licitación incondicional*).

(62) Comunicación, apartado II (*Principios*), número 2 (*Venta sin licitación incondicional*).

(63) Decisión de la Comisión 2002/14/CE, *Scott Paper,* DOCE L núm. 12, pág. 1, apartado 136.

en aplicación de alguna de las excepciones a la prohibición de ayudas públicas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 107 del TFUE (64).

B) *Supuestos dudosos*

El análisis de las decisiones de la Comisión muestra que la mayoría de los casos en los que la Comisión analiza el hipotético elemento de ayuda en operaciones inmobiliarias no es como consecuencia de notificaciones cursadas *ex ante* por las Administraciones interesadas en consumar las operaciones en cuestión, sino como consecuencia de denuncias de competidores u otros terceros *ex post* relativas a supuestos en los que resulta dudosa la correcta ejecución de alguno de los dos Sistemas Regulados (65). Lógicamente, los supuestos de operaciones no notificadas *ex ante* a la Comisión en que no exista licitación ni tasación alguna son excepcionales.

C) *El principio del inversor privado*

A diferencia de otras comunicaciones de la Comisión (66), la Comunicación objeto de análisis no arroja luz sobre los criterios que deben aplicarse para determinar si una operación es constitutiva de ayuda pública en caso de que en la operación en cuestión no se haya ejecutado correctamente ninguno de los dos Sistemas Regulados en la propia Comunicación. En estos supuestos, son de aplicación los principios generales en materia de ayudas públicas: la

(64) Excepcionalmente, no será obligatoria la notificación a la Comisión cuando, aun no siguiéndose estrictamente ninguno de los Sistemas Regulados, sea de aplicación la regla *de minimis not curat lex,* en función del importe de la operación.

(65) Según la propia Comunicación, *«cuando la Comisión reciba una denuncia u observación de terceros en la que se alegue la existencia de un elemento de ayuda de Estado en un acuerdo de venta [...], considerará que no existe ayuda de Estado, si de la información facilitada por el Estado miembro interesado se desprende que se han respetado los principios antes descritos»* [Comunicación, apartado II (*Principios*), número 4 (*Denuncias*)]. Como ha observado la doctrina, esto último puede estar induciendo a las Administraciones en cuestión a abstenerse de notificar a la Comisión las operaciones proyectadas en las que exista licitación o tasación por peritos, pero no sea evidente que el mecanismo escogido se atenga estrictamente a los requisitos exigidos por la Comunicación, en caso de confiar en la posibilidad de que la Comisión considere retroactivamente que el mecanismo seguido se adecúa a los principios inspiradores de la Comunicación y que, en consecuencia, queda amparado por ella (vid. JAEGER, T., *op. cit.,* pág. 579).

(66) Vid., e.g., las Directrices comunitarias *sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales* (DOCE núm. C 312, de 9-12-2005, pág. 1), actualmente en curso de revisión.

Comisión recurre al principio del inversor privado que actúa en condiciones de mercado para determinar el valor de mercado del inmueble en cuestión de manera retroactiva.

La práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria ofrecen numerosas claves a los operadores jurídicos por lo que a la aplicación del principio del inversor privado se refiere en consideración de diferentes contratos inmobiliarios típicos (67). Cuando las instituciones comunitarias tengan ocasión de aplicar el principio del inversor privado al SLB, convendría que tomaran en consideración las particularidades que revisten este tipo de operaciones y, en particular, el método mediante el que, en la práctica, suelen determinarse el precio de compra y la renta arrendaticia en el SLB: una vez pactada la tasa de rentabilidad o *yield* (relación entre precio de compra y renta del inmueble), el precio y la renta se determinan conforme a parámetros de mercado (68).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El *sale and lease back* de edificios públicos puede resultar una oportunidad para todos los actores en ellas involucrados. Su complejidad contable y jurídica no impide llevar a cabo este tipo de operaciones, permitidas por la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas. No obstante, ello exige que el negocio se estructure y ejecute adoptando determinadas cautelas que permitan evitar tanto la hipotética infracción de la prohibición de pacto comisorio como que la operación constituya una ayuda pública en el sentido del artículo 107.1 del TFUE.

Requiere, además, un esfuerzo imaginativo de las partes que permita acomodar las soluciones legales y jurisprudenciales tradicionales a las peculiaridades del negocio y, al tiempo, armonizar los criterios de contabilidad pública (tomando en consideración las restricciones en materia de endeudamiento público) con los estándares internacionales y requerimientos de los inversores privados en este tipo de operaciones, para, de este modo, garantizar la satisfacción de los legítimos intereses de ambas partes.

---

(67) Vid., e.g., las Decisiones de la Comisión 2002/14/CE, de 12 de julio de 2000, *sobre la ayuda estatal ejecutada por Francia en favor de Scott Paper SA/Kimberly-Clark,* DOCE núm. L 12, de 15-1-2002, pág. 1, y 2003/227/CE, de 2 de agosto de 2002, *relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático «Terra Mítica, S. A.», Benidorm (Alicante),* DOCE núm. L 91, de 8-4-2003, pág. 23.

(68) Dada la larga duración arrendaticia que se pacta en el SLB, es habitual acordar fórmulas de actualización de la renta a valores de mercado, si bien pactándose límites máximos en cuanto a los incrementos o reducciones de renta, que tienen por objeto garantizar al inversor la rentabilidad mínima pretendida y, a su vez, asegurar al vendedor-arrendatario cierta estabilidad en el coste del arrendamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARRÁEZ AMSELEM, R.: «*Sale and lease back* de un portfolio inmobiliario», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (coord.): *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 en los grandes despachos,* La Ley, Madrid, págs. 55-72.

BENGOETXEA ARRIETA, F.: «La desafectación y venta de edificios administrativos y su ocupación en arrendamiento por el Estado», en *Diario La Ley*, núm. 7622, 2011, págs. 2-6.

BONTEMPI, P.: «Divieto di patto commissorio e *lease back*», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 5, 1995, pág. 909.

BUITRAGO RUBIRA, J. R.: «El *lease back* como instrumento de financiación (STS de 10 de febrero de 2005)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, págs. 2117-2124.

CARRASCO PERERA, A.: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 677, 2005, págs. 7-12.

CASADO BURBANO, P.: «El *lease back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1985, págs. 857-873.

CLEMENTE MEORO, M. E.: «Desistimiento del arrendatario para uso distinto del de vivienda e indemnización de daños y perjuicios: Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 *(RJ* 2004/2710)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 14, 2005, págs. 159-165.

COLOMÉ, L.: «La indemnización por desalojo del arrendamiento en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, págs. 1550-1556.

CONTIJOCH PRATDESABA, R.: «Desistimiento unilateral y anticipado del contrato de arriendo por el inquilino y su trascendencia indemnizatoria en la LAU», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 297, 2009, págs. 13-21.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I: «Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 635, 1996, págs. 1396-1431.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, págs. 981-999.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: «A vueltas con el alcance de la indemnización en favor del arrendador por desistimiento anticipado del arrendatario: entre la aplicación estricta o la prudente moderación. Comentario a la STS de 30 de octubre de 2007 *(JUR* 2007/334203)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 2008, págs. 197-207.

GARCÍA GARNICA, M. C.: *El régimen jurídico del* leasing *financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

GITTI, G.: «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, *sale and lease back*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 1993, págs. 457-492.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: «El desistimiento unilateral del arrendatario antes de la expiración del plazo estipulado (examen de los arts. 56 TRLAU y 11 LAU. Efectos del abandono de la finca cuando no se está facultado para desistir del contrato)», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 221, 2002, págs. 15-32.

GÓMEZ SEGADE, J. A.: «Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 218-230.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

IDOT, L.: «Évaluation du montant de l'aide en cas de vente d'un terrain», en *Europe - Revue Mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, núm. 143, 2007, págs. 20-21.

JAEGER, T.: «Recovering Illegal State Aid in Real Estate Contracts», en *European State Aid Quarterly*, núm. 3, 2004, págs. 578-585.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1995.
— *Elementos de Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1997.

LEYVA SAAVEDRA, J.: «El *lease back*, una moderna técnica de financiamiento», en *Gaceta Jurídica*, tomo 68-B, 1999, p. 26.

LOSCERTALES FUERTES, D.: «Vencimiento de contratos de arrendamiento a organismos oficiales», en *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos. Revista Jurídica Sepín*, núm. 253, 2004, págs. 9-10.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: «El contrato de *sale and lease back»,* en DE LA CUESTA RUTE, J. M. y VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (coords.): *Contratos mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 1405-1437.

LOZANO ROMERAL, D. y MELÓN PARDO, C.: «Compraventa y arrendamiento de bienes de equipo para la prestación de servicios públicos de transporte colectivo de viajeros», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (coord.): 2009 *Anuario mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 646-648.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «La posibilidad de desistimiento unilateral del arrendatario en la normativa arrendaticia urbana», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 61, 2010, págs. 3-22.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: «El *lease back* o *leasing* de retorno: distinción de otras figuras. Aplicación de la Ley de Usura. Comentario a la sentencia del TS de 17 de marzo de 1998. Rec. núm. 164/1994 *(RJ* 1998/1351)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 315-324.

MIR PUIGPELAT, O.: «El final de la inembargabilitat dels béns patrimonials de les Administracions Públiques? Comentari a la STC 16/1998, de 15 de juliol», en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 25, 1999, págs. 117-144.

MARTÍNEZ-VILLASEÑOR, G.: «*Sale* & *lease back* de inmuebles de las Administraciones públicas: potencialidad y condicionamientos», en *Expansión,* 5 de agosto de 2011.

PACHECO CAÑETE, M.: *El contrato de «lease back»*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 2 de febrero de 2006. *Lease back* inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Ejercicio simultáneo en juicios distintos de la acción de cumplimiento y de la resolución contractual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, págs. 1741-1772.

PÉREZ GURREA, R.: «Estudio del *leasing* financiero y del *lease back* a propósito de la DGRN de 19-1-2005 y de la STS de 2-2-2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, 2006, págs. 1652-1661.

PÉREZ RIVARÉS, J. A.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 259, 2006, págs. 237-252.

— «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* núm. 21, 2011, http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/efectos-juridicos-directrices-comision-europea-materia-ayudas-estado.

RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J. A.: «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso *Scott*», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 226, 2003, págs. 60-69.

RUIZ RESCALVO, M. P.: *El principio de estabilidad presupuestaria,* Edisofer, Madrid, 2003.

SCHEUING, D. H.: *Les aides financières publiques*, Berger-Levrault, París, 1974.

VILLARINO MARZO, J.: «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (dirs.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*. *Aspectos administrativos* y *financieros,* La Ley, Madrid, 2009, págs. 497-508.

VIVAS TESÓN, I.: «Una reflexión en torno al *lease back:* Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 *(RJ* 2005/1405)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 213-222.

WISSEL, H. y WITTING, J.: «Review of Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-276/03 P - Scott SA v. Commission», en *European State Aid Quarterly*, núm. 2, 2004, págs. 381-383.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal, Sala y Fecha	*As./Ar.*	*Magistrado Ponente*	*Partes*
TJUE, 17-10-1989	231/87 y 129/88	Ole Due	Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros c/ Comune di Carpaneto Piacentino y otros
STC, Pleno, 15-7-1998	166/1998	Julio Diego González Campos	Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos
STS, 1.ª, 20-11-1999	8615	Pedro González Poveda	Tesorería General de la Seguridad Social c. Ibercaja *Leasing*, S. A.
STS, 1.ª, 3-2-2006	823	Jesús Corbal Fernández	D. Víctor c. D. Adolfo
STS, 1.ª, 2-2-2006	494	Juan Antonio Xiol Ríos	D. María Luisa y Lumasy, S. A. c. Newcomar, S. L.
TJUE, 2.ª, 8-6-2006	C-430/04	Jerzy Makarczyk	Finanzamt Eisleben c/ Feuerbestattungsverein Halle eV
STS, 1.ª, 15.04.2010	3536	Antonio Salas Carceller	Hermanos Macías García, S. A. y José Macías García, S. A. c. Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona

RESUMEN

VENTA Y ARRENDAMIENTO
DE RETORNO
CONTRATOS ATÍPICOS
SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS 1995
AYUDAS PÚBLICAS

Dada la complejidad de este tipo de operaciones, ¿procede aplicar, sin más, el régimen legal y jurisprudencial de las figuras contractuales típicas que fácilmente se identifican en ellas, o está justificada la modulación de dicho régimen en determinados aspectos?

Desde un punto de vista de Derecho público, ¿es jurídicamente viable que la Administración recurra a este tipo de operaciones en nuestro país, por ejemplo, con relación a los edificios actualmente ocupados por las Consejerías o los Ministerios? ¿Qué peculiaridades existen en materia de ejecución arrendaticia? ¿Qué garantías son jurídicamente viables? ¿Cuál es la tributación indirecta de la operación? ¿Cómo condicionan este tipo de negocio las restricciones que imponen, por un lado, las regulaciones en materia de estabilidad presupuestaria y, por otro, el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales aplicable a las operaciones inmobiliarias entre el sector público y los operadores económicos privados?

Este artículo da respuesta a estas y otras cuestiones eminentemente prácticas, al tiempo que identifica algunas claves jurídicas que conviene tener en cuenta al estructurar y documentar este tipo de operaciones.

ABSTRACT

(SALE AND LEASE BACK)
(NON-REGULATED AGREEMENTS)
(EUROPEAN SYSTEM OF
ACCOUNTS 1995)
(STATE AIDS)

Given the complex nature of this type of transactions, is it appropriate the Spanish regulations and case-law issued in relation to sales and leases (individually considered) being applied? Or is it fair them being qualified in certain aspects?

From a public law standpoint, is it legally feasible the Spanish authorities being engaged in this kind of transactions in relation e.g. to office buildings occupied by regional or national ministries? What is the investor's position when seeking specific performance of the lease? What type of guarantees or securities are legally feasible? What is the indirect taxation of the transaction? How legal restrictions over public indebtedness, and EU State aid control regulations, impact on the deal?

This paper addresses those and other practical issues, and identifies certain legal clues to be considered when structuring and implementing this kind of transactions.

(Trabajo recibido el 18-4-2012 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)

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 5-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Aguilar de la Frontera

ARRENDAMIENTOS: TÍTULO FORMAL. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Para inscribir un arrendamiento es necesario que el mismo se otorgue en escritura pública o que se lleve a cabo la elevación a público del correspondiente contrato privado. En cualquier caso, es necesario que la sentencia, por la que se ordene su elevación a público, se haya dictado en un procedimiento seguido contra el titular registral.

Resolución de 5-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Vélez Málaga, número 1

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: EXIGENCIA DE DOBLE TÍTULO.

Es imprescindible para proceder a la inmatriculación por vía del artículo 205 de la LH que se acredite que la previa titularidad del transmitente por medio del correspondiente título público. Pero no hay obstáculo para que la doble transmisión aparezca documentada en la misma escritura.

Resolución de 6-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Cartagena, número 3

CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

Como ha señalado recientemente este Centro Directivo en Resolución de 13 de enero de 2011, incorporada la concentración al Registro, la inscripción está sujeta a los principios hipotecarios, sin más particularidades que las de la inscripción obligatoria y la de exigirse acompañar un plano cuando se altere el perímetro de la finca (cfr. art. 238 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero). Por esta razón, la rectificación del error consistente en la atribución del carácter ganancial a una finca cuando en realidad debiera tener carácter privativo por existir un defecto o error en el título que motivó el asiento, debe ajustarse a la regla general prevista en el artículo 40.*d)* de la Ley Hipotecaria, siendo preciso el consentimiento del cónyuge que por la rectificación de la inscripción pierde su derecho sobre la finca, o en su defecto, resolución judicial dirigida contra este último, y sin que sea suficiente un documento administrativo, aun cuando este sea expedido por la misma autoridad que expidió el título cuya rectificación se pretende.

Resolución de 6-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Madrid, número 38

USUFRUCTO VITALICIO: EXTINCIÓN.

Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 16 de septiembre de 2003), el título de la extinción del usufructo vitalicio es el certificado de defunción, sin que sea necesario más que su presentación en el Registro, apareciendo también cumplido el principio de rogación, pues, si tal principio no se hubiera cumplido, no podría haberse extendido el asiento de presentación.

Resolución de 7-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Marquina

SEGREGACIÓN DE FINCA: DELIMITACIÓN DE LINDEROS.

En una segregación no puede haber contradicciones entre los linderos de la porción segregada y los de la finca resto, dado que es esencial la perfecta identificación de la finca a efectos del principio de legitimación, siendo tal extremo objeto de calificación por el Registrador.

Resolución de 7-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Sabiñánigo

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN AL DEUDOR NO HIPOTECANTE.

La notificación y requerimiento de pago al deudor no hipotecante es un requisito necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución de hipoteca. Pero si dicho deudor se halla en concurso, conforme al artículo 658 de la LEC, debe considerarse posible dicha inscripción si se acredita tal circunstancia en el procedimiento registral.

Resolución de 8-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de La Carolina

ANOTACIÓN DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA LEC: CANCELACIÓN.

De los antecedentes fácticos expuestos resulta, tal y como indica la nota de calificación, que la anotación preventiva fue objeto de prórroga con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, por lo que queda sometida a prórroga indefinida en los términos del párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, de manera que no cabe la cancelación por caducidad de la misma, sin perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, se pueda solicitar su cancelación. Por ello, no podrá practicarse la cancelación solicitada mientras no se acredite, mediante testimonio de resolución firme, que dicho procedimiento ejecutivo ha concluido o se aporte el correspondiente mandamiento de cancelación de la anotación de embargo (cfr. arts. 83 de la LH y 173, 174 y 207 del RH).

Resolución de 8-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Marquina

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: REQUISITOS.

La confesión de privatividad debe reunir determinados requisitos: *a)* Que se trate de una declaración de conocimiento del confesante sobre hechos personales suyos. *b)* Que sobre el bien que se reconoce privativo del otro cónyuge, exista incertidumbre acerca de la naturaleza, de forma que no opera este efecto si el bien tiene una naturaleza ganancial o privativa claramente definida. *c)* La confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o contraprestación y de manera especial es preciso que la confesión se realice durante la vigencia del matrimonio —y por tanto del régimen económico de gananciales—, por lo que la confesión realizada por cualquiera de los que fueron cónyuges, una vez disuelto

el matrimonio, tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado, ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas. No obstante, no se exige una manifestación solemne o rituaria, por lo que habida cuenta que ambos consortes han comparecido en la escritura y cada uno de ellos ha manifestado adquirir con fondos privativos que la escritura ha sido leída por el Notario a los comparecientes y que estos han manifestado su conformidad con la misma, no puede sostenerse que no ha habido confesión o al menos ratificación de la realizada por el otro.

Resolución de 9-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Cambados

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No puede accederse a la cancelación de una inscripción de dominio y de las posteriores, ordenada en mandamiento judicial dictado en un procedimiento seguido contra quien ya no es el titular registral, sin que en su momento se hubiera tomado la correspondiente anotación preventiva de demanda.

Resolución de 9-6-2012
(BOE 12-7-2012)
Registro de Lugo, número 1

PROHIBICIÓN DE DISPONER.

Las prohibiciones de disponer han de interpretarse restrictivamente. Por tanto, si lo que ha sido objeto de anotación preventiva, según lo ordenado en el mandamiento judicial expedido al efecto, es la prohibición de enajenación y no prohibición de disponer con carácter general, debe interpretarse que solo queda vedado el acceso al Registro a los actos traslativos del dominio de las fincas afectadas por las mismas, pero no a aquellos actos que, aun siendo dispositivos, no impliquen enajenación, como la constitución de derechos reales a favor de terceros, y, por tanto, la hipoteca en garantía de préstamo objeto del presente expediente. Especialmente si, como ocurre en este caso, se incluye un pacto entre acreedor y deudor, de imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelvan las prohibiciones vigentes, pacto que debe ser interpretado a modo de *conditio iuris* de su eficacia.

Resolución de 11-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Mataró, número 4

CONVENIOS URBANÍSTICOS.

Conforme a lo establecido en el artículo 32 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, las cesiones de fincas derivadas de un convenio urbanístico tipificado, es decir, admitido por el ordenamiento jurídico, pueden inscribirse en virtud del

acta administrativa sin necesidad de escritura pública. Si sobre la finca se han inscrito cargas con anterioridad a la presentación del acta administrativa, no es posible practicar ahora la inscripción de la cesión a favor del ayuntamiento como libre de cargas y con carácter demanial.

Resolución de 11-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Rosas, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MEDIOS.

Confirmando el criterio recogido en anteriores Resoluciones, el Centro Directivo señala que el registrador puede y debe confirmar las facultades representativas del administrador de una sociedad mercantil mediante la consulta electrónica del Registro Mercantil. Igualmente reafirma la posibilidad de notificación de la calificación por fax al notario autorizante.

Resolución de 12-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Cogolludo

AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS INTESTADOS: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Considerando las especiales características de la jurisdicción voluntaria, debe concluirse que no cabe aplicar a los autos de declaración de herederos los estrictos límites que se establecen en el artículo 100 del RH para los documentos judiciales.

Resolución de 12-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Manresa, número 4

CONCURSO DE ACREEDORES: CONTINUIDAD DE ACTUACIONES DE EJECUCIÓN SINGULAR.

Desde la declaración de concurso no puede llevarse a cabo ninguna actuación ejecutiva singular, en tanto no se aporte aquella declaración judicial de no afección de los bienes objeto de ejecución (o de que ha transcurrido más de un año desde aquella declaración sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación, o de que exista un convenio cuyo contenido no se vea afectado por la ejecución). Esta conclusión determina en un caso como el planteado, en que consta registralmente la declaración de concurso del titular de los bienes ejecutados pero no cuál sea el carácter de estos, la imposibilidad por parte del registrador de llevar a cabo ninguna actuación anudada a la ejecución y, en concreto, la expedición de la certificación de cargas y la extensión de la correspondiente nota marginal, dado que aquella certificación es de mucho mayor alcance que el meramente informativo.

Resolución de 13-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de Las Rozas, número 1

FINCA REGISTRAL: IDENTIDAD.

No puede inscribirse una sentencia declarativa de dominio si la finca descrita en la resolución judicial solo coincide con la descrita en el Registro en uno de los linderos. Lo procedente sería instar un expediente de dominio de reanudación del tracto y de exceso de cabida.

Resolución de 13-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Madrid, número 53

RECTIFICACIÓN DE ESCRITURA POR DILIGENCIA DEL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad meridiana, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

Resolución de 14-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de Getafe, número 1

PACTO SUCESORIO: ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN.

No nos encontramos ante un pacto sucesorio, dado que no se va a diferir ningún efecto al fallecimiento de los otorgantes más allá del natural efecto expansivo de la extinción del usufructo, ni el negocio jurídico calificado tiene por objeto la universalidad del patrimonio de la futura herencia de ninguno de los adquirentes, ni existe tampoco ninguna norma imperativa que se considere defraudada con la operación cuya inscripción se pretende. Si la finalidad es que al fallecimiento de uno de los cotitulares de una mitad indivisa en nuda propiedad y de otra mitad indivisa en usufructo, el otro conserve en vida el disfrute de la finca, se trata de un pacto totalmente lícito y que aparece implícito en todo usufructo constituido a favor de varias personas con arreglo al artículo 521 del Código Civil. Ninguna duda hubiese suscitado el supuesto de hecho planteado si los adjudicatarios hubiesen adquirido por mitad y proindiviso la finca y en un momento posterior al otorgamiento de la escritura cada uno de ellos hubiese trasmitido el usufructo de su respectiva participación indivisa al otro. Si no plantea dificultad alguna esta última operación no puede suscitarla

el título presentado que obtiene el mismo resultado pero de modo originario y directo.

Resolución de 14-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de Segovia, número 1
PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. FINCA REGISTRAL: IDENTIDAD.

Dictada una sentencia en un procedimiento de división de cosa común, no cabe acceder a la inscripción si dicho procedimiento no se ha seguido contra el titular registral, y no resulta con claridad la finca que se debe adjudicar condueño.

Resolución de 15-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de La Carolina

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es posible inscribir un acuerdo del pleno de un Ayuntamiento por el que, en ejecución de una sentencia judicial, declara la nulidad de un proyecto de reparcelación inscrito hace años, si resulta que no han sido parte en el procedimiento los titulares actuales del dominio y de derechos reales de las fincas afectadas, sin que en su momento se hubiera tomado la pertinente anotación de la demanda.

Resolución de 15-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de Murcia, número 9

TRASLADO DE HISTORIAL REGISTRAL POR CAMBIO DE DEMARCACIÓN.

Practicada la inscripción de una segregación de una finca de una porción que radica en la demarcación de otro Registro, lo que procede es expedir la certificación literal del historial de la parte segregada para su traslado a dicho Registro.

Resolución de 16-6-2012
(BOE 25-7-2012)
Registro de Corcubión

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994 y 3 de abril de 2002, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce —reales

o personales— concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. arts. 469, 517, 523 y sigs., 545, 553, 564 y 1582 del CC y 4 de la LAR), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. arts. 1261 y 1273 y sigs. del CC, 9.1.° de la LH y 51 del RH). De acuerdo con la legislación gallega no puede considerarse parcelación urbanística la constitución de un derecho de superficie sobre parte de una finca para la implantación de una instalación eólica.

Resolución de 16-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Corcubión

RECTIFICACIÓN DE ESCRITURA POR DILIGENCIA DEL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero solo cuando pueda comprobarse, con claridad meridiana, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

Resolución de 18-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Ortigueira

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Para la inscripción de un auto recaído en un expediente de dominio de inmatriculación de finca es necesario que se expresen todas las circunstancias personales del promotor del mismo, así como que se acompañe una certificación catastral descriptiva y gráfica totalmente coincidente con la descripción de la finca recogida en el auto.

Resolución de 18-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Torrelavega, número 3

ANOTACIONES PREVENTIVAS: *NUMERUS CLAUSUS*.

De conformidad con los principios hipotecarios, no cabe admitir la práctica de una anotación preventiva por la que una finca queda afecta a las resultas de un procedimiento contencioso-administrativo. No está entre las anotaciones previstas en la ley, y solo cabría la configuración de una hipoteca que garantizase

las cantidades correspondientes, pero cumpliendo todos los requisitos propios de tal derecho real. El registrador puede calificar estos extremos respecto del documento judicial porque constituyen obstáculos que derivan de la legislación registral.

Resolución de 19-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Castrojeriz

PRINCIPIO DE ROGACIÓN.

Se trata de una escritura de herencia relativa a diversas fincas en la que se aprecian una serie de defectos que son confirmados por la Dirección General sobre la base de considerar que el registrador ha actuado atendiendo al contenido de las estipulaciones recogidas en la escritura.

Resolución de 19-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Palencia, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Se parte de la base de que al constar inscrita la cláusula que anticipa el consentimiento de la junta para la agrupación de elementos privativos (considerando de carácter dispositivo el art. 8 de la Ley), dicha autorización también permite la agrupación vertical de dos elementos del mismo edificio, e, incluso, con un elemento privativo de un edificio contiguo.

Resolución de 20-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de El Ejido, número 1

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES FUTURAS.

Para garantizar las obligaciones que surgen de un contrato de suministro puede acudirse a la hipoteca de cuenta corriente prevista en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, pero también a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras de los artículos 142 y 143. En este caso procederá la constancia por nota marginal del nacimiento de las diferentes obligaciones a medida que se vayan devengando. La especial naturaleza e indeterminación inicial de la hipoteca en garantía de obligación futura exige plantearse, al tratarse de una de las cláusulas de la hipoteca, si la constancia registral de la utilización del procedimiento de ejecución extrajudicial es o no inscribible en el Registro cuando no se hace la previsión en la escritura de que previamente habría de constar por nota marginal la existencia y cuantía de la obligación futura. Pues bien, la citada referencia al procedimiento extrajudicial no puede tener acceso al Registro si no se expresa que cabría cuando conste la referida nota marginal.

Resolución de 20-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Valladolid, número 6

RECURSO GUBERNATIVO.

No procede mantener la nota de calificación, impugnada por el Notario autorizante, si el particular interesado ha aclarado los extremos que dieron lugar a la negativa del registrador a inscribir.

Resolución de 21-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Villanova i la Geltrú, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Como tiene declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), 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 sentencia declarativa de la resolución de la permuta dictada en pleito entablado solo contra uno de los permutantes, 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 sentencia se concretan a las partes litigantes; *b)* que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; *c)* que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; *d)* que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda; y, *e)* que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Resolución de 22-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Palma de Mallorca, número 8

REPRESENTACIÓN: CONGRUENCIA DEL JUICIO DE SUFICIENCIA.

El juicio de suficiencia notarial debe ser congruente con el contenido de la escritura. No bastan las facultades de retraer, vender o comprar que se mencionan en los apoderamientos empleados, sino que se hace necesaria la específica de resolver el contrato anteriormente celebrado.

Resolución de 23-6-2012
(BOE 26-7-2012)
Registro de Álora

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Por tanto no es posible cancelar una inscripción de obra nueva a instancia de un escrito librado por el Ayuntamiento.

Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 4-6-2012
(BOE 29-06-2012)
Registro Mercantil de Valencia

ADMINISTRADOR.

No es necesaria la notificación fehaciente del artículo 111 RRM, en el caso de cese de uno de los dos administradores solidarios, cuando la certificación la expide el otro que pasa a ser administrador único, al ser este persona inscrita, con cargo vigente y facultad certificante.

Resolución de 5-6-2012
(*BOE* 12-7-2012)
Registro Mercantil de Girona

PRINCIPIO DE PRIORIDAD. CALIFICACIÓN.

Se trata de un acuerdo adoptado en junta no universal celebrada, según la escritura, en el domicilio social inscrito. Según resulta de un documento presentado posteriormente, el domicilio se había trasladado antes a otra ciudad. La Dirección General ha tenido una posición vacilante entre primar el principio de legalidad sobre el de prioridad unas veces y otras a la inversa. En un Registro de personas como el Mercantil el principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que en uno de bienes y debe interpretarse restrictivamente. El Registrador, para lograr un mayor acierto en su calificación y, dada la trascendencia *erga omnes* de los pronunciamientos registrales, debe tener en cuenta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto y, en caso de incompatibilidad insalvable, suspender la inscripción de todos y remitir la cuestión a la decisión del Juez.

Resolución de 7-6-2012
(*BOE* 12-7-2012)
Registro Mercantil de Madrid

AUMENTO. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. DERECHO PREFERENTE DE ASUNCIÓN.

Según resulta de la convocatoria y del informe del administrador, se trata de un acuerdo de un único aumento mixto, por compensación de créditos (de tres socios asistentes a la junta) y aportación dineraria (del restante socio no asistente) y que en el primer tramo se ejecuta simultáneamente el acuerdo, y en el segundo se ejecutará de manera diferida con la aportación dineraria por el socio ausente, con el reconocimiento de su derecho de preferencia en exclusiva. No puede inscribirse el aumento por la ejecución del primer tramo si está pendiente la del segundo.

Si se hubieran acordado dos aumentos sucesivos, sí sería posible la inscripción del primero. Pero en este caso, ese primer aumento sería puro, solo por compensación de créditos de algunos socios y sin derecho de preferencia para el otro, lo cual hoy es admisible (ver Resolución de 18-4-2012), pero no estaría libre del reproche judicial de nulidad por violación del principio de igualdad de trato; incluso el Registrador puede denegar la inscripción cuando de manera manifiesta exista un burla del derecho de preferencia imposible de ignorar (por ejemplo, si los créditos fueron conferidos por algunos socios en un momento anterior a la convocatoria de la junta).

Resolución de 13-6-2012
(*BOE* 26-7-2012)
Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS ANUALES. REAPERTURA DE LA HOJA. CERTIFICACIÓN DE NO APROBACIÓN.

El administrador no certifica de unos acuerdos sociales, sino de un hecho: que no han sido aprobadas las cuentas de ciertos ejercicios, lo cual es independiente de que hayan sido o no formuladas; de la forma en que se hayan celebrado o no determinadas juntas o de su válida constitución y de la responsabilidad en que haya podido incurrir el administrador. Por ello no son de aplicación a esta certificación los requisitos de los artículos 97 y 112 RRM. El artículo 378.7 RRM permite el levantamiento del cierre cuando «en cualquier momento» se certifique de la no aprobación, siendo irrelevante cuál sea la causa.

Resolución de 15-6-2012
Registro Mercantil de Barcelona

AUMENTO. AUMENTO CON CARGO A RESERVAS. AUTO ARTERA.

Se plantea la posibilidad de un aumento con cargo a reservas asignando gratuitamente acciones a la propia sociedad por una preexistente autocartera, dada la prohibición legal de autosuscripción. Se admite, pues, es un aumento

simplemente contable que no compromete los derechos de los socios o de terceros al dejar inalterado el *status* societario y patrimonial. Sería asistemático permitir el aumento con elevación del valor nominal y por el contrario prohibir la autosuscripción de acciones liberadas.

Resolución de 18-6-2012
(*BOE* 26-7-2012)
Registro Mercantil de Cádiz

PRESTACIONES ACCESORIAS.

Parte la Dirección General, al igual que la nota de calificación, de las Resoluciones de 24-6-98, 7-3-2000 y 27-7-2001, admitiendo las prestaciones accesorias en metálico y que en este caso está determinado el límite máximo y la duración. No obstante, a diferencia de la doctrina anterior, que rechaza que la exigencia de su cumplimiento y su cuantía concreta y su devolución se determinen por acuerdo de la junta sin consentimiento individual de los afectados, en este caso admite que lo decida la junta por acuerdo mayoritario señalando que queda abierta la posibilidad de impugnación judicial por un socio eventualmente disidente.

Resolución de 20-6-2012
(*BOE* 26-7-2012)
Registro Mercantil de Madrid

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 21-6-2012
(*BOE* 26-7-2012)
Registro Mercantil de León

APORTACIONES NO DINERARIAS.

Han de identificarse las participaciones adjudicadas en contraprestación de cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos (salvo en el caso de aportación de empresa, establecimiento industrial o mercantil, que es contemplado como una unidad) porque la aportación de bienes es individual, e individual es la responsabilidad que se genera respecto de cada uno de ellos en cuanto al título y la valoración.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

CATALUÑA

Resolución 1346 de 18-4-2012
(DOGC 9-7-2012)
Registro de Torredembara

INFORME SUSTITUTORIO DE LA CÉDULA DE HABITABILIDAD.

Conforme a lo previsto en la legislación catalana sobre la materia, en los casos de transmisión de vivienda usada, cabe que el adquirente exonere al transmitente de la obligación de aportar cédula de habitabilidad, siempre que se acompañe un informe de un técnico competente que certifique que la vivienda podrá obtener dicha cédula una vez terminadas las obras. Dicho informe no tiene que estar necesariamente visado, aunque este será el cauce habitual para acreditar que el técnico es competente para dicha certificación.

Resolución 1507/2012 de 29-6-2012
(DOGC 27-7-2012)
Registro de Rosas, número 2

CÉDULA DE HABITABILIDAD: EXONERACIÓN.

Conforme a lo previsto en la legislación catalana sobre la materia, en los casos de transmisión de vivienda usada, cabe que el adquirente exonere al transmitente de la obligación de aportar cédula de habitabilidad, siempre que se acompañe un informe de un técnico competente que certifique que la vivienda podrá obtener dicha cédula una vez terminadas las obras. Dicha exoneración no requiere que se hagan mediante fórmulas sacramentales, sino que basta que resulte la voluntad de exonerar del total contenido de la escritura.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

MENORES DESAMPARADOS: EL DERECHO DE SUS PADRES A RELACIONARSE CON ELLOS

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON SUS HIJOS.—II. EL INTERÉS DEL MENOR.—III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—IV. EL CESE DE LA SUSPENSIÓN O RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—V. EXISTENCIA REAL DE DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALLEGA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. EL DERECHO DE LOS PADRES A RELACIONARSE CON SUS HIJOS

Uno de los derechos que forman parte del contenido de la patria potestad es el de relacionarse con sus hijos (1). Derecho básico cuando padres e hijos viven juntos. El problema surge cuando aparece la Administración y actúa ante una situación de desamparo de los menores cuya misión es protegerlos.

El legislador reconoce el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, incluso cuando no ejercen la patria potestad (art. 160, párr. 1) (2), pero si la situación se ha alargado y complicado, la Administración puede considerar necesario

---

(1) Para la realización de este pequeño análisis jurisprudencial nos vamos a basar en la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel SANDE GARCÍA. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.

(2) Artículo 160. Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

que tenga lugar el acogimiento familiar del menor y el Juez *puede suspender* ese derecho de relación con sus padres biológicos atendiendo a las circunstancias y al interés del menor (art. 161 CC) (3).

Como es sabido (4), para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa demostrar la existencia de un menor en situación de desamparo, tal y como indica el artículo 172.1 del Código Civil (5). Desamparo determinado por el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección, y, el quebrantamiento por los padres de las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad respecto a sus hijos lo que consiguientemente provoca la tutela del Estado. Tutela que debe mantenerse si consta la existencia de desatención de deberes de asistencia y protección, y no se acredita que dicha situación fuera forzosa y temporal (6).

La tutela asumida por el Estado se produce para evitar una situación de riesgo, y en base a unos antecedentes y a una gran variedad de presunciones y hechos sin prueba que desaconsejan la vida del menor junto a sus padres. Pero si los padres biológicos de este han cumplido sobradamente sus deberes como titulares de la patria potestad sin que, en ningún momento, se haya producido inobservancia de aquellos deberes, la jurisprudencia del TS considera «un auténtico despropósito, tanto jurídico como moral, que se prive a los padres biológicos de la patria potestad cuando no han incumplido deber alguno respecto a su hija» (7).

Puede ocurrir tras la declaración de desamparo de la Administración, que la situación sea revisada por el Juez y se revoque tal declaración. O, simplemente que se mantenga la tutela administrativa pero con el derecho de visita y comunicación con sus padres. O que si se produce la desatención de los deberes parentales (8) y en base al principio de *favor filii,* la Administración mantenga al

---

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

(3) Artículo 161. Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.

(4) Vid., mi trabajo sobre «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2011, págs. 297 a 312.

(5) Artículo 172.1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001, recurso 2813/1996. Ponente: Román García Varela. Número de sentencia: 1275/2001. Número de recurso: 2813/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 236083/2001.

(7) Como ocurre en la sentencia del TSJ de Galicia, objeto de comentario.

(8) Por ejemplo, una madre que padece una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de la menor y el padre no puede ocuparse de ella por motivos laborales.

menor en situación de tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros, en cuyo caso se privaría a los padres biológicos de la patria potestad (9).

Una vez el menor es acogido por terceros, para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con acreditar que se ha producido en ellos una evolución positiva, ni tampoco que tienen el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Según la doctrina jurisprudencial es necesario que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga el acogimiento familiar en que se encuentre. Para ello hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (10).

Todas estas posibles situaciones deben analizarse bajo el prisma del interés del menor que es el necesitado de protección.

Así pues, en este marco, hay que analizar el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, una vez producido el desamparo, asumida la tutela administrativa y antes de que se inicie el proceso de acogimiento (11).

---

(9) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005, recurso 2046/2001. Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. Número de sentencia: 384/2005. Número de recurso: 2046/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114792/2005.

(10) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009. El Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y segundo, el modo en que debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

(11) STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel Sande García. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, de 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.

La AP de Lugo confirmó en apelación la sentencia de instancia que desestimó la demanda planteada por la madre de unos menores contra la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, por la que solicitaba el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad y la revocación de la declaración de desamparo de los niños.

El TSJ de Galicia estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de apelación, casa esta en parte, y revoca también en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y declara el derecho que asiste a la demandante como madre a relacionarse con sus hijos, debiendo determinar la Xunta, a través de la entidad pública que ejerce la tutela de los menores, el correspondiente régimen de visitas.

II. EL INTERÉS DEL MENOR

Nuestro ordenamiento jurídico gira en torno a un principio fundamental de Derecho básico que es el *interés del menor*.

Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, recoge este principio en su artículo 3.1. En dicho precepto se establece que en *todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, siempre se atenderá el interés superior del niño*.

De acuerdo con dicha Convención, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2, proclama como principio general que en *la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Y, además insiste en que *cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo*.

Derecho que es superior incluso a los deseos e intereses personales de los progenitores, por muy legítimos que estos sean.

Cuando se producen determinadas circunstancias, como la existencia de una incapacidad de los padres en asegurar la cobertura de las necesidades de seguridad afectiva, física, de desarrollo cognitivo, de control y de guía sobre los hijos menores, es cuando la Administración está obligada a actuar (12). Los padres deben priorizar las necesidades básicas de los menores en la distribución de los recursos existentes debido a la situación de desempleo. El entorno familiar debe

---

(12) El informe en que se basa la STSJ de Galicia, de 22 de febrero de 2012, dice textualmente que: «No momento actual a situación dos menores é a seguinte: a dinámica familiar segue a ser conflictiva cunha nula participación do pai no plan de traballo proposto (non hai nin motivo nin recoñecemento do problema pola súa parte), e existe una incapacidade por parte da nai para asegurar a cobertura das necesidades de seguiridade afectiva, física, de desenrolo conginitivo e de control e guía na conducta dos seus fillos menores. Esta incapacidade ponse de manifestó, además, nos informes médicos e escolares nos que se constata a neglixencia na atención dos menores por parte de ámbolos dous proxenitores. Por outra banda, a organización da economía doméstica é moi deficitaria, non sendo capaces de priorizar as necesidades básicas dos menores na distribución dos poucos recursos existentes, debido a actual situación de desemprego de tódolos membros adultos do núcleo familiar, dependendo básicamente das axudas económicas recibidas polo Concello.

O entorno familiar carece das características de seguridade, salubridade e estabilidade, non pudendo facilitar ós nenos o seu coidado físico, a súa alimentación e a súa hixiene axeitada. Asemade, os país dos menores manteñen unha dinámica relacional que non cubre as súas necesidades de seguridade emocional e de disposición de modelos adultos sans e accesibles, carecendo a súa situación familiar de factores de protección. O pai e a nai non ten mostras de afectividades cara eles. Con respecto ó pai, amosa indiferencia ante as demandas dos nenos, non hai conciencia da problemática familiar nin, en consecuencia, motivación alguna para facilitar os cambios necesarios para solucionar as dificultades. Aínda que a proxenitora manifesta a súa intención de mellorar no coidado dos nenos, a realidade é que non atende ás suás necesidades físicas e emocionales.

Por outra banda, tras varios plans de traballo infructuosos establecidos coa familia, apreciamos a falta de capacidade da nai dos menores e da voluntariedade por parte do pai para o cambio. Observando a necesaria e constante supervisión para manter as pautas de conductas necesarias para a minimización de riscos e cobertura das necesidades básicas dos seus fillos, non sendo capaz de manter no tempo os avances acadados.

Por todo iso, o prognóstico de cambio da situación é negativo».

propiciar los requisitos básicos de seguridad, salubridad y estabilidad, debiendo cubrir las necesidades prioritarias de los menores de seguridad emocional, cuidado físico, alimentación e higiene. Si no se producen estas circunstancias es cuando debe actuar la Administración que es la encargada de dar una solución estable y adecuada a los menores con arreglo a sus intereses preferentes.

No obstante, siempre estará el Juzgador de Instancia vigilando la actuación de la Administración, pues es este quien examina y valora que su actuación no sea arbitraria, caprichosa o carente de motivación, sino que obedece a las circunstancias de cada momento y es proporcionada a la necesidad preponderante de anteponer el interés de los menores a cualquiera otros.

Para ello, el juzgador constata una serie de datos objetivos justificadores de la declaración de desamparo (13), descarta la existencia de contradicciones en el expediente administrativo, y concluye que la declaración de desamparo se basa en una situación de riesgo para la integridad y desarrollo de los menores.

En cuanto al contenido del derecho de relación entre padres e hijos y la determinación de su práctica concreta, podemos decir, siguiendo a CÁRCABA FERNÁNDEZ (14), que «es contrario al interés del menor todo aquello que entrañe un peligro real para su salud física o psíquica, su moralidad o su educación (pero) que ni el cariño del niño hacia los acogedores, ni toda enfermedad mental de los padres, ni un pasado de alcoholismo, es causa suficiente para privar a los progenitores del derecho a recuperar a sus hijos y mucho menos a relacionarse con ellos, porque ello no tiene por qué entrañar un peligro para la salud física o psíquica del menor, ni para su moralidad o su educación».

La Administración debe ser muy escrupulosa y tener muy en cuenta este derecho de los padres, pues si ya el legislador de 1981 (Ley 11/1981, de 13 de mayo), y luego el de 1987 introdujo el artículo 161 del Código Civil, que pasó a ser el actual artículo 160 (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), que extiende el derecho a relacionarse de los hijos con otros parientes y allegados (15), mucho más lo será cuando los niños sean tutelados, esto es, atendidos por la Administración donde se «recompone la situación del menor» en orden a su seguridad física y emocional, educacional, alimenticia y de higiene, pero donde sin duda pueden ser visitados por sus padres.

---

(13) Las reiteradas visitas al servicio de urgencias, la posterior realización de un seguimiento de la situación de los menores, con actuaciones de apoyo en el ámbito personal y familiar a nivel educativo, asistencial y otros niveles… Hechos acreditados y valorados en los informes elaborados por los miembros de los diversos equipos actuantes.

(14) CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *Diario La Ley,* Sección Doctrina, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 22501/2001.

(15) No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.

CÁRCABA FERNÁNDEZ insiste en que el interés del menor puede verse en el artículo 160 del Código Civil en tres aspectos: 1) en cuanto que hay que entender que no solo son titulares del derecho a relacionarse personalmente los parientes y allegados, sino también el niño, cuyos representantes podrán solicitar el establecimiento del mismo, por ser de interés del menor; 2) porque el derecho de relación no es absoluto, de modo que no basta demostrar la existencia del afecto para que se constituya el derecho; debe tenerse en cuenta el interés del menor, y 3) dado su actual carácter de principio general del Derecho, debe inspirar la interpretación jurídica.

Todo ello teniendo en cuenta además que la Constitución, en su artículo 39 establece la *obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia*, lo que sin duda no solo incluye a los hijos sino también a los padres.

La *justa causa* para no reconocer el derecho de relación personal al amparo del artículo 160 del Código Civil son los hechos o circunstancias que ponen en peligro la salud, seguridad, moralidad o educación del menor, más en cuanto a su existencia que en cuanto a su calidad. Si en el artículo 160 del Código Civil existe una presunción *iuris tantum* de que es del interés del menor mantener relaciones con parientes y allegados, y especialmente con los abuelos, por ser conveniente para su desarrollo y bienestar, como no va a serlo con sus padres… Salvo que haya justa causa que aconseje impedirlas que deberá ser probada por quien la quiera excluir, en este caso la Administración.

La negativa de la Administración a permitir la relación del menor con sus padres, parientes y allegados conlleva un *abuso del derecho* o, cuando menos, a un *ejercicio contrario a la buena fe*.

Aunque no es el objeto de la jurisprudencia comentada cabe la posibilidad de que sea el propio menor el que se niegue a comunicarse con el progenitor: por ejemplo si hay una mala relación del menor con el nuevo compañero/a del progenitor; la ausencia del progenitor de la vida del menor por un largo periodo de tiempo y, por tanto, la ausencia de relación entre ambos o debilitamiento de los lazos afectivos; el hecho de que el menor haya presenciado los malos tratos entre sus padres, o que él mismo haya sido víctima de malos tratos… En todos estos casos, y tras el asesoramiento de los especialistas, puede posibilitarse sin forzar la comunicación, sin más, habida cuenta de los perjuicios psicológicos que se le podrían causar, aunque tampoco cabe estimar la oposición y cercenar cualquier posibilidad de recuperación del contacto filial.

También la edad del menor debe tenerse en cuenta.

La directriz debe ser no restringir o limitar injustificadamente las relaciones del menor con el progenitor siempre, beneficiosas para el desarrollo del menor. Solo en casos especialmente motivados podrán tomarse medidas como instaurar un régimen de comunicación y estancias progresivo, reducción temporal del tiempo de comunicación, establecimiento de visitas tuteladas; en definitiva, cualquier medida adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso que pretenda, como fin último la reanudación normalizada de las relaciones del menor con el progenitor (16).

En resumen, no debe olvidarse que la previsión legal y la orientación jurisprudencial es, dentro de la protección del menor, la reinserción del niño en su propia familia y el mantenimiento de la relación con el núcleo familiar de origen, siempre que ello no resulte contrario a su interés.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Juzgador de primera instancia es el que estudia y analiza de primera mano la situación en la que se encuentran los menores.

---

(16) Moreno Velasco, Víctor, «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», en *Diario La Ley,* núm. 7565, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-59, Editorial LA LEY. LA LEY 15763/2010.

Para *suspender* la *patria potestad*, se constata que existe situación de desamparo en los menores si se prueba que:

— Carecen de la asistencia material y espiritual mínima que demanda el ejercicio de la patria potestad.

Asistencia material que se concreta en deficiencias higiénicas en los menores y en el domicilio familiar, en la mala situación económica y, sobre todo, la inadecuada administración y organización doméstica.

Sin olvidar la *asistencia espiritual* centrada en las carencias afectivas de los menores y la ausencia de reglas y normas; la falta de contacto con otros miembros de la familia extensa con que pudieran relacionarse.

En definitiva el escaso interés en contribuir a su atención y cuidado.

— Y, si los progenitores carecen de aptitudes y facultades suficientes como para poder desempeñar su custodia.

Hechos que se constatan por la falta de percepción y conciencia que los progenitores muestran hacia la magnitud del problema familiar y a la falta de cobertura de las necesidades elementales de los menores, lo que denota una carencia notable de la capacidad de conciencia y comprensión suficientes de lo que la satisfacción de las necesidades y atenciones cotidianas de estos significa y comporta.

Suspensión de la patria potestad que es analizada con frecuencia a fin de conocer *si persiste esa situación de evidente riesgo para los menores*. Y que concluye con la existencia de dudas fundadas sobre las posibilidades futuras de que la atención de los menores se garantice en el mismo ambiente familiar en que se desarrollaba.

IV. EL CESE DE LA SUSPENSIÓN O RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Una vez declarada por la Administración la situación de desamparo de los menores, se continúa examinando si estas circunstancias han cambiado o si se aprecian avances significativos que permitan su revocación y la consiguiente reinserción familiar (17).

---

(17) El TS siempre insiste en la reinserción familiar. Vid. la STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, recurso 1186/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 84/2011. Número de recurso: 1186/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1229/2011, donde se estima la oposición a la resolución administrativa que declaraba al menor en situación de desamparo, ya que el padre llevaba una vida relativamente adaptada, siendo beneficioso para el menor su reinserción en su propia familia. Aunque los Servicios Sociales deben llevar a cabo un seguimiento de la evolución del menor.

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009 (recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009) fue la que fijó la doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica. Y señaló que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y segundo,

Y es aquí donde reside la cuestión central del problema: la imposición de la suspensión cautelar del derecho de relación entre padres e hijos y, sobre todo, la ausencia de motivación concreta que justifique la adopción de tal medida.

En el caso de autos, la Administración encargada de realizar este seguimiento era la Consellería de Traballo e Benestar, quien entendió que las circunstancias no garantizaban el adecuado desarrollo y cuidado futuro de los menores (18).

La Administración está sometida al *principio rector de proporcionalidad* en su actuación sobre todo a la hora de valorar si el menor debe mantenerse en el núcleo o medio familiar, o no, por ser contrario a su interés (19).

Así como a la *obligación de promover la reinserción del menor* en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo, cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje (20).

En el ámbito administrativo gallego, la materia se halla regulada en el Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (21).

El artículo 30 del Decreto dedicado a señalar las políticas de prevención, se refiere a la obligación de la administración gallega de apoyar a la familia a cubrir las necesidades básicas del menor y mejorar su ambiente familiar, al objeto de garantizar su derecho a permanecer en él en condiciones que permitan su desarrollo integral.

Seguidamente, en su artículo 39 se desarrolla el derecho del menor a relacionarse con sus padres, tras ser separado de estos. La excepción, lógicamente se encuentra en el hecho de que este fuese adoptado por terceros o cuando así se acuerde por resolución judicial.

Además, se insiste que en el caso de un menor tutelado por la delegación provincial, esta podrá regular las condiciones del ejercicio de ese derecho atendiendo al interés del menor, y si hubiese oposición de los padres, resolverá el juez, oído el Ministerio Fiscal.

En su apartado segundo se indica que solamente si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja, la delegación provincial podrá suspender cautelarmente el derecho de relacionarse con sus padres comunicándole la resolución inmediatamente al Ministerio Fiscal, a los efectos correspondientes.

En el supuesto de hecho de la sentencia analizada, una vez declarada la situación de desamparo *se impone la suspensión cautelar del derecho de los padres de los menores a relacionarse con sus hijos y, además, la prohibición de cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes o allegados*. Siendo posible, como acabamos de indicar con la letra de la Ley que es posible que aun habiendo sido declarado el desamparo, la entidad pública podría en determinados casos mantener el derecho de los padres de comunicarse y visitar a sus hijos, a fin de

---

el modo en que debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

(18) La situación de la madre no es indicativa de futura aplicación adecuada a la función de atención y cuidado. Y el padre, sin trabajo, se halla sometido a medidas cautelares penales y civiles por presuntos delitos de agresión en el ámbito familiar, violencia de género y tenencia ilícita de armas.

(19) Principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora (art. 6.2 LDCG).

(20) Artículo 10.1.1.ª LDCG/2006.

(21) Diario Oficial de Galicia, de 6 de marzo de 2000. 30.2 y 39.1 y 2.

procurar fomentar al máximo la relación de los menores con aquellos (lo que no se produjo en el caso de autos de la STSJG).

Todo ello sin olvidar que la Administración puede incluso realizar una propuesta de *acogimiento familiar preadoptivo de los menores,* ex *párrafo segundo del artículo 173.bis 3.º del Código Civil*. En cuyo caso el régimen de visitas resulta incompatible con la modalidad de acogimiento que se propone por la Entidad Pública.

En el caso de autos, la situación ha llegado hasta la búsqueda de una alternativa familiar definitiva para los menores. Todo ello justificado por el «Equipo Técnico del Menor», teniendo en cuenta «los antecedentes de la madre de los menores en el sistema de protección, los diferentes e infructuosos planes de trabajo llevados a cabo con la familia, las constantes negligencias y la falta de capacidades de los progenitores para llevar a cabo sus obligaciones parentales».

No obstante, el Ponente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la *declaración de desamparo* y la consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública, aunque conlleva, la *suspensión de la patria potestad* a que estuviera sometido el menor, también es cierto que *los progenitores, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores*. Todo ello en base al artículo 160.1 del Código Civil, de aplicación directa según el artículo 149.1.8.ª CE.

La *excepción* a este derecho de los padres de relacionarse con sus hijos se produce únicamente cuando son adoptados por otro. Pero en caso de acogimiento familiar (indiferentemente de la modalidad que sea), el derecho subsiste.

Es más, el Ponente reitera la necesidad de que en el documento donde se formalice el propio acogimiento familiar se debe incluir entre otros extremos *la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido* (art. 173.2 CC, de aplicación supletoria *ex* art. 1.3 LDCG/2006, respecto del art. 23 LDCG/2006, que se limita a disponer que «el acogimiento se formalizará por escrito»).

Y, además, en todo caso, será el Juez quien regulará o suspenderá, atendidas las circunstancias y el interés del menor, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él (art. 161 CC).

El TSJ de Galicia considera *inaceptable* el proceder de la entidad pública que suspende cautelarmente el recíproco derecho de padres e hijos menores desamparados a relacionarse entre sí sin motivación en orden a «la gravedad de la situación» (peligro concreto y real para la salud básica, psíquica o moral del menor) y a si «el interés del menor aconseja» adoptar tal medida (22).

---

(22) En el mismo sentido se pronunció en la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de octubre de 2011, recurso 23/2011. Ponente: Miguel Ángel Cadenas Sobreira. Número de sentencia: 34/2011. Número de recurso: 23/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238120/2011 donde señaló que la resolución administrativa que suspendió cautelarmente el derecho de los padres a relacionarse con su hija, y el de los otros parientes y allegados, se produjo solo unos días después de la firmeza de la declaración de desamparo y sin disponer de ningún informe que a su fecha contemplase la situación de los padres y otros parientes de la niña, solamente fundándose en un informe de más de un año antes. Por tanto, no hay base legal valorable para suspender y prohibir el derecho del padre y hermana de la menor a relacionarse con ella.

De este modo, la resolución administrativa que suspende cautelarmente el derecho de los padres a relacionarse con su hija María Inés, y el de los otros parientes y allegados, se produce solo unos días después de la firmeza de la declaración de desamparo (sentencia de 13-10-09) y sin disponer de o aludir a ningún informe que a su fecha contemple y dé cuenta de la situación de los padres y otros parientes de la niña, solamente fundándose en un informe-propuesta del Equipo técnico de más de un año antes.

Insiste en que es *inaceptable* la conversión en cláusula de estilo de la resolución de desamparo la suspensión que se dice cautelar del derecho de los padres de los menores «a relacionarse con sus hijos» (así como la de «prohibir cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes y allegados»).

Medida cautelar que se convierte en tan dilatada que parece propiciar que sea definitiva la ruptura de la relación entre padres e hijos, y, más cuando, también injustificadamente, se acaba por comunicar a la madre de los menores desamparados que repetidamente había solicitado —sin obtener respuesta— un régimen de visitas que este «resulta incompatible» con la ya instada propuesta por la entidad pública de un acogimiento familiar preadoptivo de los menores (23).

En conclusión, ni la declaración de desamparo puede suspender sin motivación que explicite «la gravedad de la situación» y «el interés del menor que lo aconseje» el derecho de padres e hijos a relacionarse, ni su mantenimiento puede compararse por la entidad pública un año después en una únicamente supuesta incompatibilidad del régimen de visitas con la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo.

Si los padres de la menor siguen visitándola después de emitido aquel informe-propuesta del Equipo Técnico, resulta procedente entender que sin analizar la situación existente al tiempo de ser dictada, y no haberse emitido informe alguno en el que se reflejaran las circunstancias de los progenitores de la menor y del resto de su entorno familiar, no se han valorado aspectos relevantes. Además, las hermanas mayores de edad han mostrado su preocupación e interés estando dispuestas a asumir su guarda o tutela. Residen en un inmueble adecuado en compañía del novio de una de ellas y perciben unos ingresos dignos Siendo sorprendente que la Administración ha prescindido de ellas.

El artículo 6 de la LDCG establece como uno de los principios rectores a efectos de decidir la medida de protección adecuada para los menores de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora, y consiguientemente el del mantenimiento del menor en el núcleo o medio familiar o entorno de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

El artículo 7 indica que corresponde a la entidad pública competente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, y el artículo 10 dispone que tras la declaración de desamparo, deberá promover su reinserción en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo «cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje». En armonía con el artículo 39 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DOGA. Diario Oficial de Galicia, núm. 45, 6 de marzo de 2000) que insiste en que el menor separado de sus padres tiene derecho a relacionarse con estos, excepto si fuese adoptado.

(23) En la STSJG 34/2011, de 27 de octubre, primera y hasta el momento la única de las dictadas por la Sala en materia de protección de menores, acusamos la ausencia de base de la resolución administrativa que en relación al caso entonces enjuiciado acordó suspender el derecho de los padres de la menor declarada en situación de desamparo a relacionarse con ella (así como prohibir cualquier clase de relación entre la menor y otros parientes o allegados); carencia de justificación extensible a la posterior resolución de acogimiento familiar provisional, en la que tampoco explicitaba el porqué de la inconveniencia o inviabilidad de mantener la relación de la menor desamparada con su familia de origen, relación injustificadamente cercenada según dijimos.

V. EXISTENCIA REAL DE DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA ADMINISTRACION PÚBLICA GALLEGA

Por último, solamente indicar que aunque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no indica nada al respecto, debe valorarse la posible existencia de un daño moral que incluso podría ser irreparable.

No olvidemos la lucha de una madre durante tres años, hasta llegar al reconocimiento por la Sala del TSJ de reanudar su derecho y las relaciones materno-filiales en la que se incardina el derecho de visitas del que no debió de ser privada sin causa por la entidad pública tutora, del mismo modo que no debió de haber quedado sin respuesta jurisdiccional en las instancias la pretensión que en tal sentido dedujo. Todo ello en términos de la propia sentencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María: «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-255, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 22501/2001.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel DE LA: «Atribución al padre de la guarda y custodia de un menor tras el fracaso del reinicio de la relación con su hijo a través de un régimen de visitas», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 714, año 2010, págs. 2180 a 2183.

— «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 717, año 2011, págs. 297 a 312.

— «Tutela automática de los menores e incapaces desamparados por entidad pública y doctrina jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 727, año 2011, págs. 2773 a 2790.

MORENO VELASCO, Víctor: «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», en *Diario La Ley*, núm. 7565, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-59, Editorial LA LEY. LA LEY 15763/2010.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001, recurso 2813/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 1275/2001. Número de recurso: 2813/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 236083/2001.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2005, recurso 2046/2001. Ponente: Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES. Número de sentencia: 384/2005. Número de recurso: 2046/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114792/2005.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de febrero de 2011, recurso 1186/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 84/2011. Número de recurso: 1186/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1229/2011.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel Sande García. Número de sentencia: 10/2012. Número de recurso: 34/2011. Jurisdicción: CIVIL Diario La Ley, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 25774/2012.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de octubre de 2011, recurso 23/2011. Ponente: Miguel Ángel Cadenas Sobreira. Número de sentencia: 34/2011. Número de recurso: 23/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238120/2011.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20-11-1989 (art. 3.1), ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990.
- CE (art. 39).
- CC (arts. 160, 161, 172.1, 173).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 2).
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (art. 7).
- Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (Diario Oficial de Galicia de 6 de marzo de 2000). 30.2 y 39.1 y 2.

RESUMEN

MENORES
ACOGIMIENTO
PATRIA POTESTAD

La declaración de desamparo y asunción de la tutela por entidad pública conlleva la suspensión de la patria potestad. El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos subsiste en caso de acogimiento familiar. Únicamente se suspenderá o se restringirá por resolución judicial o, cautelarmente, por resolución de la Delegación Provincial que ejerce la tutela administrativa si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja.

ABSTRACT

MINORS
FOSTERING
PARENTAL AUTHORITY

When a minor is declared abandoned and is put under the guardianship of a public agency, parental authority is suspended. When children are put into a foster home, their parents continue to hold the right to engage in a relationship with them. The parents' right will be suspended or restricted only by court order or as a precautionary measure taken by the provincial bureau holding administrative authority over the children, if the situation is serious enough to so require and if it is in the children's best interests to do so.

1.2. Familia

El ALCANCE DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES ILÍCITAS DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES ILÍCITAS CIVILES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD: 1. Fundamento de la responsabilidad de los padres. 2. Presupuestos de la responsabilidad paterna: A) *Acto dañoso del hijo objetivo y comúnmente negligente.* B) *Guarda paterna.* C) *La existencia de culpa de los padres en la guarda del hijo.* D) *Relación de causalidad.* 3. Alcance de la responsabilidad de los padres.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y OTROS GUARDADORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad en su configuración jurídica-positiva actual, procedente de la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de «modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social (1). Se impide al titular el abandono de las finalidades

(1) Pérez Álvarez M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 *(La Ley* 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 *(La Ley* 13968/1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y de 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996/9223); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 *(AC* 1996/472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 *(AC* 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 de junio de 1999 *(AC* 1999/8394), «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, aban-

que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171) (2).

Así las cosas cabe caracterizar la patria potestad con referencia a los siguientes principios: 1) El beneficio o superior interés del hijo y el respeto de su personalidad constituyen las pautas informantes del régimen jurídico de la patria potestad. Tal beneficio impregna el conjunto de la regulación actual de la patria potestad y al que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad; 2) La patria potestad constituye una función que, debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, lo que conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumbe respecto de los hijos; 3) La titularidad de la patria potestad de los hijos menores no emancipados corresponde a ambos progenitores; 4) El ejercicio de la patria potestad está sometido a la intervención y vigilancia judicial, así como, en su caso, de la Administración Pública.

Precisamente, se determina el contenido de la patria potestad atribuyendo ciertas facultades a sus titulares e imponiendo determinados deberes a los progenitores y a los hijos. Conforme al artículo 154, párrafo tercero del Código Civil, la patria potestad que asiste a los padres en relación con los hijos no emancipados 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». De forma que, el ejercicio de tales deberes y facultades como elementos que integran el contenido de la patria potestad, debe enmarcarse conforme a las siguientes pautas: en primer lugar, los deberes y facultades habrán de ejercerse «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y

---

donada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de octubre de 2007 *(La Ley* 219823/2007); de la misma Audiencia, Sección 12.ª, de 14 de marzo de 2008 *(La Ley* 27513/2008); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 1 de septiembre de 2008 *(La Ley* 196431/2008); y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 *(AC* 1998/3232).

Por su parte, señala Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho civil,* T. 6, *Derecho de Familia,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011, pág. 332, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade: «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

(2) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991/7447); de 20 de enero de 1993 (*RJ* 1993/478); y 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996/9223); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 27 de febrero de 1996 *(AC* 1996/358).

con respecto a su integridad física y psicológica» (art. 154.2 del CC). En segundo lugar, «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (art. 154, penúltimo párrafo del CC); y, en tercer lugar, se faculta a los padres para, en el ejercicio de la patria potestad, recabar «el auxilio de la autoridad» (art. 154, último párrafo del CC). En esencia, el *beneficio o interés del hijo* es criterio jurisprudencial consolidado el que consiste en entender que «la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales» (3), siendo una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas «la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad» (4).

Junto al beneficio o interés del hijo menor de edad no emancipado, el artículo 154 del Código Civil, exige que toda actuación llevada a cabo por los padres en el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad, esté guiada por el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los hijos sobre la base legal del artículo 10.1 de la Constitución Española en cuanto su configuración como derecho fundamental; del artículo 27.1 de la Constitución Española relativo a la educación; del artículo 39 también de la Constitución Española en relación a la protección de la familia por los poderes públicos; y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que recoge el derecho del menor a ser oído. Por ello, como señala CASTÁN VÁZQUEZ, será necesario incluir dentro del concepto de representación, todas las circunstancias físicas y psíquicas del menor, sus aptitudes emocionales y comunicativas y aquellos condicionamientos educativos, sociales, culturales que, determinan el estado de su desarrollo evolutivo (5).

En este contexto, la representación legal de los hijos menores de edad es una de las facultades que integran y conforman el contenido de la patria potestad (6).

---

(3) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 *(RJ* 1987/5809); de 30 de abril de 1991 *(RJ* 1991/3108); y de 17 de septiembre de 1996 *(RJ* 1996/6722); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de abril de 1995 *(AC* 1995/679); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 22 de julio de 1996 *(AC* 1996/1313); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 *(AC* 1998/3232); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 16 de julio de 1998 *(AC* 1998/1633); de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5.ª, de 20 de julio de 1998 *(AC* 1998/6865); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de julio de 1999 *(AC* 1999/2279); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de enero de 2000 *(AC* 2000/157); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 22 de mayo de 2000 *(JUR* 2000/238856); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de julio de 2000 *(AC* 2000/1727); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 19 de febrero de 2003 *(AC* 2003/262); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 2 de febrero de 2010 *(JUR* 2010/186025).

(4) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1992 *(RJ* 1992/1271).

(5) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2, Edersa, Madrid, 1982, págs. 72-73.

(6) Precisan RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M.ª J., *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa,* Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 15, que «solo la patria potestad es estrictamente "representación legal", en cuanto que es el único supuesto en que la ley misma atribuye "recta vía" la facultad de representar a unos concretos sujetos (los padres, sean biológicos o adoptivos), por consecuencia de la determinación de la filiación. En los supuestos de tutela, la representación

La representación en palabras de DÍEZ-PICAZO, es el medio de colaboración en asuntos ajenos, es decir, hay representación siempre que el interés gestionado por el representante sea el del representado y no el propio. Por ello, la define como «aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante la gestión de asuntos en relación con terceras personas» (7). Para ARANDA RODRÍGUEZ, se puede definir como «el fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o del representado, pero siempre en interés de este, autorizado por el representado o por la ley, de forma que, los efectos jurídicos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado» (8).

Un tipo de representación es la legal que, implica un supuesto de cooperación o colaboración, como es defendido por DE CASTRO, en la gestión de un asunto ajeno y, que se impone por la ley para suplir la imposibilidad de actuación jurídica eficaz del representado (9). Esta representación legal de quienes ejercen la patria potestad se extiende tanto al ámbito personal, como al patrimonial. Supone, por tanto, la cooperación en la gestión de intereses personales y patrimoniales (10).

Ahora bien, este poder legal de representación delimitado por la Ley lo está en forma de exclusión, lo que supone que los padres pueden representar al hijo

---

asignada al tutor proviene siempre de una resolución judicial, ya sea como consecuencia de la previa o simultánea incapacitación del tuteado (tutela de incapaces), ya como consecuencia de la resolución que nombra tutor a un menor de edad carente de padres o de padres desconocidos o incapaces (tutela de menores). No se puede decir en sentido propio que es una representación "legal", sino judicial, aun cuando, ciertamente, las funciones atribuidas a esos tutores vienen establecidas en la Ley».

(7) DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado,* Civitas, Madrid, 1992 (reimpresión de la primera edición de 1979), págs. 62-63 y 64.

Asimismo, conceptúan la representación DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. I, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 554, como aquella que tiene lugar «cuando se celebra el negocio por medio de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante. Se sigue de ello que la representación se considera como un capítulo de la teoría general del negocio jurídico, y que el actuar en nombre ajeno (*alieno nomine agere*) y la eficacia inmediata y directa de la actuación del representante, son factores esenciales de la idea misma de representación. De ahí que, cuando se gestiona por un intermediario el interés ajeno pero actuando este en su propio nombre, no hay verdadera representación, sino una figura distinta (interposición gestora, mandato no representativo, etc.)».

(8) ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores,* Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pág. 18. Por su parte, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M.ª J., «La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa», *op. cit.,* pág. 27, señalan que «la concepción más clásica del Derecho ha entendido por representación, el fenómeno jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otra, produciéndose en el patrimonio o esfera jurídica, directa o indirectamente, de esta última, los efectos de aquella actuación».

(9) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Temas de Derecho Civil», en *Derecho Civil de España,* T. II, vol. II, *Derecho Civil de España y Temas de Derecho Civil,* Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 108; y precisa que, «la representación legal es el modo de activar la capacidad potencial de quienes la tienen limitada» (pág. 109). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 1997 *(RJ* 1997/2725).

(10) En este sentido, ARANDA RODRÍGUEZ, R., «La representación legal de los hijos menores», *op. cit.,* pág. 21. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 6 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/240315).

en todo lo que no esté excluido expresamente por la ley. A tal fin, el artículo 162 del Código Civil hace una enumeración exhaustiva de los actos en que no cabe la representación legal; y el artículo 166 exige autorización judicial previa o consentimiento del menor con más de dieciséis años en documento público para la realización de una serie de actos de carácter dispositivo (enajenación o gravamen). Estamos ante unos límites al poder de representación de los padres fijados por la Ley (11). Por otra parte, el ordenamiento jurídico reconoce expresamente a los menores un campo de actuación que se va ampliando gradualmente conforme alcanzan determinadas edades, que vendrían a corresponderse con lo que desde la psicología se denomina madurez intelectual-volitiva que, se alcanza con cierta plenitud en la pubertad o adolescencia. En este sentido, además de la capacidad para los actos mínimos o sin importancia (contratos de cosas u objetos de uso corriente), que entrañan una primera manifestación de la semicapacidad de obrar del menor en el ámbito patrimonial, la prueba del carácter esencialmente variable y graduable de la capacidad de obrar, la salvaguarda de su dignidad como persona, y el respeto a su capacidad natural y al libre desarrollo de la personalidad sobre la base de una progresiva madurez intelectiva y volitiva, coadyuvan al potenciamiento de su autonomía como sujeto de derecho; lo que, a su vez posibilitan una progresiva capacidad de actuación no solo en el ámbito personal, sino también en el patrimonial (12). Este reconocimiento como sujeto con cierta autonomía en su actuación —coherente con la exigencia de un cierto grado de madurez psicológica y volitiva suficiente para permitir al menor actuar por sí mismo en ciertos supuestos—, ha de resultar compatible con la existencia de poderes (potestades) de control y vigilancia, y con el deber de velar por el hijo. Esencialmente se ha buscar un punto de equilibrio entre la protección del menor confiada a los padres como sus representantes legales, y el reconocimiento de un ámbito de capacidad propio de acuerdo con su capacidad natural, que será mayor, cuando mayor sea su grado de madurez, que habitualmente suele coincidir también con una mayor de edad —la franja que comprende desde los doce años aproximadamente hasta el cumplimiento de la mayoría de edad se suele concretar como aquella en que se posee una madurez psicofísica equiparable, en cuando más se avanza, a la de una persona adulta—. No obstante, el legislador ha optado en algunos supuestos por no posibilitar tal equilibrio, sino que, sobre la base del principio del libre desarrollo de la persona, o de la autonomía del individuo, dota de un mayor grado de actuación al menor del que podría corresponderle por razón de la edad, obviando, en ocasiones, incluso, el control paterno; lo que, supone ir disminuyendo el poder de actuación representativa de los padres en aras de una mayor libertad de actuación que, choca con la esencia de la función representativa que, el propio ordenamiento atribuye a los padres. Esta ampliación

(11) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1989 *(RJ* 1989/7915); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/139719), en la que se dispone que han de interpretarse restrictivamente las limitaciones legales impuestas a la representación legal atribuida a los padres.

(12) A partir de los doce años el menor puede ser oído siempre y podrá consentir su adopción (art. 177.1 del CC); a los catorce años puede hacer testamento (art. 663.1 del CC), salvo el ológrafo (art. 688 del CC); contraer matrimonio con dispensa (art. 48 del CC); otorgar capitulaciones matrimoniales, dentro de ciertos límites (art. 1329 del CC); adquirir la nacionalidad española por opción o residencia con asistencia del representante legal (arts. 20 y 21 del CC); y reconocer la filiación extramatrimonial con ciertos requisitos de forma y plazos (art. 124 del CC).

de la esfera de autodeterminación del menor debería ir acompañada en lógica consecuencia, de un recorte en la extensión del control y vigilancia exigible a los padres. Sin embargo, esto no es así, pues, en el artículo 1903 del Código Civil se sigue manteniendo la responsabilidad civil de los padres ante actuaciones ilícitas de sus hijos menores de edad basado en una culpa *in vigilando* o *in educando*, con independencia de su edad. Además, el incremento de los daños ocasionados por menores de edad está en relación con esa reducción de la capacidad efectiva de los padres para controlar a sus hijos a medida, que van alcanzando una edad cercana a la mayoría de edad. A todo esto habría que añadir que, la supresión de la facultad de corrección de los padres en el artículo 154.3 del Código Civil por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, ha contribuido en cierta forma a mermar la autoridad paterna, al limitar mucho la facultad de los padres para imponer a los menores la disciplina que, resulta imprescindible para una correcta educación; lo que contribuye, asimismo, a una reducción de la capacidad efectiva de control de los padres respecto a la actuación de sus hijos sobre la base de una falta de valores y de autoridad. Por todo ello, resultaría necesario adaptar la normativa sobre responsabilidad de los padres a esta nueva realidad social en que se estructuran las relaciones paterno-filiales en la sociedad actual.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar la forma cómo se configura en la normativa actual y en la doctrina y la jurisprudencia la responsabilidad de los padres ante las actuaciones ilícitas de sus hijos menores como un elemento más de la esfera de representación legal que conforma la patria potestad. Si bien, por razones de espacio, solo vamos a centrarnos en el estudio de tal responsabilidad ante actos dañosos de los hijos menores de edad no tipificados penalmente, esto es, ante actuaciones ilícitas civiles.

No obstante, brevemente hemos de mencionar que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (13), se eleva la edad mínima para responder criminalmente de los dieciséis a los dieciocho años, si bien, se supeditaba su entrada en vigor a la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores —en adelante, LOPRM— (Disposición Final 7.ª, apartado 2.º) (14); de forma que, mientras tanto seguirían siendo de aplicación las normas del anterior Código Penal que hacían referencia a la responsabilidad penal del menor (arts. 8.2, 9.3, 20.1.ª, y 22.2, que pasa a ser párrafo único con la citada LO 10/1995, y 65).

El artículo 19 del actual Código Penal señala que, una persona adquiere imputabilidad penal a partir de los dieciocho años, por lo que desde ese momento responderá directamente de las consecuencias civiles de sus actos tipificados penalmente. Asimismo, el artículo 116 del citado cuerpo legal establece que: «*toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios*». El autor del hecho tipificado penalmente es responsable tanto penal como civil.

Con la actual modificación del Código Penal coincide la responsabilidad por ilícito civil y penal, fijándose el límite mínimo en los dieciocho años. Asimismo, en tal cuerpo legal se exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores en una Ley especial, independiente del Código Penal, como es la

(13) *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, págs. 33987 a 34058.

(14) La entrada en vigor de la LORPM ha tenido lugar el 13 de enero de 2001 (Disposición Final séptima, núm. 1).

actual LORPM que se contiene, a su vez, otro límite mínimo los catorce años (15). De forma que, la LORPM se aplica a los menores de edad comprendidos entre los catorce y los dieciocho años de edad; mientras que el Código Penal a los mayores de dieciocho años. Por otra parte, según dispone el artículo 118.1.º1 del Código Penal, son responsables civiles de los daños causados los declarados exentos de responsabilidad criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 20, números 1 y 3 del Código Penal, y también los tengan bajo su potestad, guarda legal o de hecho. Tal precepto hace referencia a los daños causados por el acto delictivo de un mayor de dieciocho años, exento de responsabilidad criminal porque «*al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*» (número 1.º); o «*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*» (número 3.º). Por último, para el caso de patria potestad prorrogado o rehabilitada (art. 171 del CC) dispone el artículo 120.1 del Código Penal que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: «*Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia*». Si el hijo mayor de edad, incapacitado judicialmente, realiza un acto penalmente tipificado como delito o falta, no concurriendo ninguna de las causas de exención de responsabilidad previstas en el mencionado artículo 20 del Código Penal (en concreto, en sus números 1 y 3), deberá responder no solo penalmente, sino también civilmente, siendo esta última responsabilidad directa frente al perjudicado (art. 116.1 primer inciso del Código Penal).

En relación con la LORPM, el artículo 61.3 establece que: «*cuando el responsable de los hechos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*». De su redacción se determina como primer responsable penal y civil al autor del ilícito penal del que se han derivado daños, esto es, al menor de dieciocho años y mayor de catorce —responsabilidad civil directa— (16). Por lo que a los padres se refiere, su responsabilidad civil es *solidaria*, coincide más con la prevista en el Código Civil (art. 1903); y, en

(15) En la propia Exposición de Motivos de la LORPM se dispone que «se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado» (apartado I, núm. 4 *in fine*).

(16) Precisa, no obstante, DURANY PICH, S., «Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de menores», en *Indret 2/2000,* págs. 3-4 que, si son varios los menores que con motivo de la comisión de un ilícito penal han causado daños, se aplica supletoriamente el artículo 116.2 del Código Penal, de modo que los coautores y cómplices responderán solidariamente entre sí por sus cuotas y, subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables; y, si el ilícito penal es cometido por mayores de edad y menores, parece desprenderse del artículo 16 que se incoarán dos procedimientos de acuerdo con la edad de los implicados, con lo que se fijaran unos hechos, unos daños y una responsabilidad distinta en cada proceso. Del mismo autor, «Responsabilidad Civil y Derecho Penal de menores», *op. cit.,* págs. 1754-1755.

cambio, se aleja de la prevista en el Código Penal (art. 120.1.º) que, recordemos, se configura como subsidiaria (17); asimismo, es *objetiva* lo que ciertamente de nuevo, se aleja de lo dispuesto en el artículo 118.1.º y 120.1.º del Código Penal, basada en la culpa o negligencia; y, en cierta forma, se acerca a lo que es la interpretación de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo del artículo 1903 del Código Civil de cuasi objetivación o por riesgo, pese a la presunción de culpa, sobre la que también se sustenta la redacción de dicho precepto (18). En todo caso, es posible ejercer la acción civil en el proceso penal (responsabilidad civil derivada del delito) (19), o reservarse la acción civil para ser resuelta ante la jurisdicción civil (20).

---

(17) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.ª, de 19 de junio de 2003 *(JUR* 2003/184176); de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/27539); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/90985); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, de 22 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/199420); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de junio de 2007 *(JUR* 2007/292722); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2010 *(JUR* 2010/370378).

(18) Vid. ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LXXIX, núm. 675, enero-febrero de 2003, págs. 42-43; QUINTERO OLIVARES, G. (con CAVANILLAS MÚGICA, A., y DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA), *La responsabilidad civil «ex delicto»,* Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 158; DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por los daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 105; VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación», en *La Ley 2001-1*, págs. 1632-1633; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil,* T. III, *Parte Especial. Segunda,* coordinador: L. Fernando REGLERO CAMPOS, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 148-149; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones,* T. II, *Derecho de Obligaciones*, 12.ª ed., Marcial Pons, 2008, pág. 308, para quien, también, además de objetiva, es solidaria. Vid., también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/14953); de la Audiencia Provincial de Lleida, de 11 de marzo de 2002 *(JUR* 2002/118814); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 11 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/82549); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 13 de abril de 2004 *(JUR* 2004/162768); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.ª, de 6 de mayo de 2004 *(JUR* 2004/259497); de la misma Audiencia y Sección, de 24 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/90985); de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.ª, de 27 de abril de 2006 *(JUR* 2006/158958), «de esta manera, el legislador viene a prescindir de los llamados criterios de imputación subjetiva, los cuales solo se tendrán en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador cuando los padres no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave»; de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/27539); de la misma Sección, de 20 de septiembre de 2006 *(AC* 2006/733); y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 2 de abril de 2007 *(AC* 2007/960).

Opta, sin embargo, por un criterio de atribución de responsabilidad subjetivo, DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*, Madrid, 2000, pág. 99.

(19) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 30 de diciembre de 2008 *(AC* 2009/270).

(20) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 19 de abril de 2000 *(JUR* 2000/196251); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 13 de mayo de 2003 *(JUR* 2003/171855).

Por otra parte, constituye una realidad de la que hace poco hemos tenido noticias, y que no es la primera vez que sucede (21), como es el lanzamiento de una piedra por un menor de trece años desde un puente impactando en un coche que circulaba por la carretera y causando la muerte del copiloto. El menor es inimputable penalmente, según dispone la LORPM, sin embargo, los padres serán responsables civiles del daño ocasionado por la conducta de su hijo menor. Igualmente, en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 4 de abril de 2012 (22), donde después de establecer, lo que ya es una tendencia jurisprudencial, como así constataremos, la responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva de los padres, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a aquellos incumbe sobre los hijos sometidos a potestad con presunción de culpa por su parte, se considera a estos responsables por la producción del resultado perjudicial de caída de la motocicleta con el resultado lesivo y dañoso para el motorista como consecuencia de la invasión de un balón con el que jugaba su hijo con otros en lugar inidóneo para practicar juegos de balón por el previsible peligro que saliera hacia la calzada por la que circulaban los vehículos, y, asimismo, porque los padres no adoptaron las medidas de vigilancia necesarias para advertir al hijo y evitarlo, pese a que el padre se hallaban en su local en las cercanías del lugar, y sabía que su hijo se encontraba en compañía de otros menores, sin la supervisión de ningún adulto. Si bien, como aclara la sentencia eran jóvenes de una edad en que el impulso desplegado sobre el balón puede ser importante y de cierta violencia en su impacto. De todas formas, como son varios los menores que intervienen en el juego, los padres de todos como representantes legales responden de forma solidaria al no ser posible deslindar la actuación de cada uno de los menores en el evento nocivo.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES ANTE LAS ACTUACIONES ILÍCITAS CIVILES DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD

El artículo 1903 del Código Civil regula los supuestos en que una persona responde por los daños causados por otra. Así, los padres, y tutores, los empresarios y los Centros de Enseñanza no superior. Si bien, aunque todos ellos se estructuran sobre la base de un vínculo de dependencia entre el responsable principal y el autor material del hecho dañoso, y el régimen de responsabilidad es común, sin embargo, no todos comparten un mismo y único fundamento. Mientras, que en el caso de los padres y guardadores las funciones de control y vigilancia se ejercen en beneficio de los hijos y pupilos, en el supuesto del empresario, la vigilancia se ejerce en su propio beneficio; y para los centros privados de enseñanza no superior en la propia organización de las actividades

(21) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de 7 de mayo de 2002 *(JUR* 2003/46905); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 24 de enero de 2007 *(JUR* 2007/239597); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 24 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/313819).

(22) La Ley 45749/2012. Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 5 de mayo de 2008 *(AC* 2008/1115), se considera responsable a los padres por las lesiones producidas a una anciana como consecuencia de la caída producida por un balonazo propinado por un menor que jugaba con otros de la misma edad en una plaza peatonal.

escolares o extraescolares (23). Junto al citado artículo 1903, el artículo 120 del Código Penal se refiere, igualmente, a casos semejantes de responsabilidad civil por hecho ajeno, con la salvedad que la responsabilidad diseñada en este precepto tiene carácter subsidiario, pues, opera solo en caso de insolvencia del que, al ser responsable criminal es también responsable civil directo. Por otra parte, los artículos 118 del Código Penal y 61.3 de la LOPRM también contienen reglas aplicables a los padres, tutores, y guardadores de hecho.

En todo caso, se indican como caracteres comunes al régimen de responsabilidad por hecho ajeno los siguientes (24): 1. Se parte de una especial relación de dependencia de una serie de personas con el autor material del daño, bien sea familiar, cuasifamiliar, laboral, educativa, etc., que determina una responsabilidad por hecho ajeno que es por culpa propia. Una culpa en la vigilancia o en la elección del empleado, en la vigilancia o educación de los hijos menores y pupilos, etc. (culpa *in vigilando, in eligiendo,* o *in educando*). Son casos de responsabilidad subjetiva o por culpa, en que se invierte la carga de la prueba de la culpa en el párrafo final del artículo 1903. Estamos ante un régimen de responsabilidad por culpa presunta (presunción *iuris tantum*), y no de responsabilidad vicaria. El Código Penal presenta también un modelo de responsabilidad subjetiva o por culpa, con la particularidad que esta no se presume (arts. 118.1 y 120). 2. La responsabilidad prevista en el artículo 1903 del Código Civil es directa y no subsidiaria, lo que supone que el demandante puede dirigirse directamente contra el principal (progenitor, guardador, empresario o centro docente), sin necesidad de hacerlo previa o simultáneamente contra el autor material del daño (25), a diferencia de los supuestos de responsabilidad civil derivada del delito del artículo 120 del Código Penal, donde al ser la responsabilidad subsidiaria, solo opera en el caso de insolvencia del autor del delito o falta.

En este contexto, se puede decir que, en materia de responsabilidad civil, extracontractual al día de hoy, todavía subsiste una doble regulación, la contenida en el Código Civil y en el Código Penal. Tal dualidad legislativa tiene un indudable origen histórico. Ante el conocido retraso en la codificación civil, el legislador penal opta por introducir en el articulado del Código Penal de 1848 una norma que regulaba la responsabilidad civil derivada de los daños causados por actividades delictivas. Con la promulgación del Código Civil tal realidad legislativa se asume como propia, de forma que en el artículo 1092 se remite al Código Penal para las obligaciones civiles nacidas como consecuencia de los ilícitos penales, reservándose el Código Civil la regulación de las obligaciones nacidas por los

---

(23) Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* director: Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, pág. 2055.

(24) Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2056; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de Familia,* vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia,* directores: Mariano Yzquierdo Tolsada, y Matilde Cuena Casas, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 898-899.

(25) Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1963 *(RJ* 1963/1970) y de 15 de febrero de 1975 *(RJ* 1975/566). No faltan, sin embargo, sentencias aisladas que proclaman el carácter indirecto de la responsabilidad impuesta por el artículo 1903 del Código Civil, vid., las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1933 *(RJ* 1933/1568) y de 19 de mayo de 1934 *(RJ* 1934/903).

daños causados por las acciones u omisiones dañosas que no resulten penadas por la Ley (art. 1093), lo que choca con el proceder de otras legislaciones europeas, en las que regulan toda la responsabilidad civil en el Código Civil, con independencia de que los daños a resarcir los cause un ilícito penal o civil (26).

No obstante, para la mayoría de la doctrina no hay ninguna razón de fondo válida que justifique mantener una doble legislación; pues, la responsabilidad civil es única, tanto si el daño procede de un ilícito civil, como de un ilícito penal (27); en realidad, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, simplemente existe una responsabilidad civil, pura y civil, aplicable indistintamente al daño causado con ocasión de un delito o falta, como para el supuesto que no haya sido así y, añade que, las llamadas obligaciones civiles «nacidas del delito» no nacen propiamente del acto tipificado como delito o falta, sino de un acto que, tipificado o no, originó un daño material o moral resarcible (28). En fin, precisa el citado autor, «nuestro país cuenta con el único Código Penal del mundo en el que se contiene un bloque de preceptos de Derecho Civil que se ocupan de regular eso que ya se encuentra regulado en la ley civil, que no es otra cosa que las consecuencias civiles de los hechos dañosos. Consecuencias civiles «del delito», decimos aquí con total impropiedad, cuando en realidad queremos referir a las consecuencias civiles de un hecho que causó daños (y por eso es fuente de obligaciones) y que —cosa irrelevante para el Derecho Civil— resulta que tiene también consecuencias en el terreno penal» (29).

En este contexto, pese a ese sentir unánime, y de las críticas vertidas de nuevo por la más autorizada doctrina de haber desaprovechado otra oportunidad de regular en un solo cuerpo legal la responsabilidad civil y romper con esta tradicional compartimentación de la responsabilidad extracontractual y de la responsabilidad

---

(26) En este sentido, se expresa en artículo 1382 del Code Civil francés: «*Tout fair quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblique celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*» («Todo hecho humano de cualquier clase que cause daño a otro, obliga al culpable a repararlo»); artículo 2043 del Codice Civile italiano de 1942: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obliga ocluí che ha commesso il fatto a risarcire il danno*» («Cualquier hecho doloso o culposo, que causa a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño»); y el artículo 483 del Código Civil portugués de 1966: «*1. Aquele que, com dolo ou mera culpa violar ilícitamente o directo de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei*» («1. Aquel que con dolo o mera culpa violara ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al perjudicado por los daños resultantes de la violación. 2. Solo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos especificados en la ley»).

(27) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho Civil,* T. XL, Fac. III, julio-septiembre de 1987, pág. 796; SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 575; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», en *Actualidad Civil, 1992-IV*, pág. 730.

(28) YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001, págs. 58-59. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1988 *(RJ* 1988/7586); y de 14 de marzo de 2003 *(RJ* 2003/2263).

(29) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 907.

civil *ex delicto* (30); se sigue manteniendo con la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, este desdoblamiento de la responsabilidad civil contractual en dos ordenamientos y, a este perturbador tratamiento de la materia, se ha sumado la LORPM, que entró en vigor el 13 de enero de 2001, en cuyo Título VIII, dedicado a la responsabilidad civil, se contienen, asimismo, normas referentes a la misma y aplicables a los casos en el que el acto dañoso del menor está penalmente tipificado. Se introduce, pues, una tercera modalidad de responsabilidad civil de los padres y guardadores, distinta de la que se contiene en el Código Civil y en el Código Penal (31), y que el propio legislador califica de «revolucionario» en la Exposición de Motivos de la norma, en cuanto aquellos pasan a responder objetivamente y de forma solidaria junto al menor, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma. Ya son tres los sistemas de responsabilidad civil, que de manera consciente y no fruto del azar, el legislador ofrece a los ciudadanos, con la inseguridad jurídica y los problemas prácticos que ello genera, en aras a un reforzamiento del principio de responsabilidad por hechos ajenos derivado del artículo 1903 del Código Civil; y, por supuesto, de un presunto ímpetu «revolucionario».

Sobre tales bases, nos encontramos con una triple regulación: el artículo 1903, párrafo 2 del Código Civil; el artículo 61 de la LORPM; y los artículos 118.1 y 120.1 del Código Penal.

1. Fundamento de la responsabilidad de los padres

El artículo 1903, apartado 2 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone que: «*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda*». Y, añade el último apartado de este precepto que: «*la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*».

Tradicionalmente, se ha considerado que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, fundamentándose, principalmente en la culpa *in vigilando* y/o *in educando* que corresponde a quienes ostentan la patria potestad (32). En este sentido se señala que los padres responden por los hechos dañosos de sus hijos sometidos a su guarda, aun cuando el daño resulte directa y materialmente atribuible al hijo (33); pues nos encontramos ante una falta de vigilancia, cuidado y educación del hijo por quienes ejercen la patria potestad; lo que supone considerar que los padres, si bien de forma indirecta y generalmente por omisión,

(30) Vaquer Aloy, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores: una propuesta de interpretación», *op. cit.*, pág. 1632.

(31) Vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.ª, de 27 de abril de 2006 *(JUR* 2006/158958).

(32) Si bien, algunos autores interpretan que la culpa *in educando* no es un criterio de imputación autónomo de la responsabilidad y que solo sirve para modular la obligación de vigilancia. Vid., Atienza Navarro, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», en *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coordinador: José Ramón de Verda y Beamonte, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 447.

(33) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 16 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/213642).

han contribuido a la causación del daño. Se habla de una responsabilidad por hecho propio, o por culpa propia, precisamente, por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (34). En esta línea, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que consideran a los padres responsables de la conducta dañosa del hijo, tras considerar que hubo culpa *in vigilando* o *in educando*, o ambas; en esencia, que incumplieron con los deberes derivados de la patria potestad (35).

Ahora bien, estamos ante una presunción *iuris tantum* de culpa de los padres derivada de no haber puesto el cuidado y la vigilancia debida en los actos de sus

---

(34) Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919); de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469); de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149); de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000/1520); y Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2006 *(RJ* 2006/1076); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 *(AC* 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 18 de enero de 2000 *(AC* 2000/284); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 13 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, 5 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002/44482); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 17 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/166449).

(35) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469) —que habla también de culpa *in custodiando*—; de 22 de abril de 1983 *(RJ* 1983/2118); de 4 de mayo de 1983 *(RJ* 1983/2622); de 10 de junio de 1983 *(RJ* 1983/3517); de 22 de septiembre de 1984 *(RJ* 1984/4332); de 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991/304); de 22 de septiembre de 1992 *(RJ* 1992/7014); de 9 de julio de 1998 *(RJ* 1998/5547); de 12 de mayo de 1999 *(RJ* 1999/4576); de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000/1520); y Sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170). Las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 8 de marzo de 1993 *(AC* 1993/752); de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1997 *(AC* 1997/2216); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/148816), menores condenados por un delito de agresión sexual, responsabilidad de los padres por omisión del deber de vigilancia y educación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 29 de octubre de 2004 *(AC* 2004/1944); y 23 de marzo de 2006 *(AC* 2006/1632); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133131); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2009 *(JUR* 2009/192683); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, de 25 de febrero de 2009 *(AC* 2009/360) hablan de *culpa in educando* (en esta sentencia se condenó a los padres y al centro docente); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 1999 *(AC* 1999/8748), omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando*; la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 7 de octubre de 2004 *(JUR* 2004/292092), culpa respecto a la vigilancia y educación de su hijo; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999/7622); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 10 de enero de 2000 *(AC* 2000/716); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 18 de febrero de 2000 *(JUR* 2000/97215); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección única, de 10 de marzo de 2000 *(AC* 2000/3256); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 13 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 8 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249408); de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 10 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/122511); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 6 de julio de 2005 *(JUR* 2006/222861); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 14 de mayo de 2009 *(JUR* 2009/378480) de *culpa in vigilando*.

Es curiosa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 29 de octubre de 2004 *(AC* 2004/1944), cuando condenó a los padres de una niña de trece años que, al cruzar una calle por un sitio indebido, sin mirar y de forma sorpresiva, provocó el accidente de una motocicleta, declarando en este caso el deber de los padres de proporcionar educación vial a sus hijos.

hijos causantes del daño (36), que admite prueba en contrario (inversión de la carga de la prueba que favorece a la víctima) (37). A esta conclusión se refiere el citado último párrafo del artículo 1903, cuando señala qué padres podrán quedar libres de responsabilidad cuando consigan acreditar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia necesaria para prevenir el daño, esto es, que logren probar que no existe por su parte culpa alguna en la causación del daño. Como carga de la prueba exonerativa de responsabilidad, incumbe su alegación a los padres, en una apuesta del legislador por la inversión en la carga de la prueba (38).

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo alude a tal presunción que posibilita prueba en contrario, no obstante, en la mayoría de los casos, no se admite la prueba de la diligencia debida y, en consecuencia, no estima que los padres hayan actuado diligentemente, esto es, que hayan aportado prueba exonerativa, por lo que les ha venido condenando sistemáticamente a reparar el daño causado por sus hijos, sin importar el contexto en que tiene lugar, la edad del hijo u otras circunstancias personales de los padres; de ahí que en la práctica con tal proceder se haya revestido a esta responsabilidad de cierto matiz objetivo «que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, de manera que la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento de que se encuentra *in potestate*» (39), sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues, la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia (40), creando la falta de cuidado del padre en la vigilancia del menor «el riesgo de una conducta nociva por parte de este traducida en un daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo a menos que,

---

(36) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919); de 1 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469); de 22 de enero y 7 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151); de 7 de enero de 1992 *(RJ* 19927149); y, de 12 de mayo de 1999 *(RJ* 1999/4576); y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 *(AC* 1994/2138); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 17 de abril de 2002 *(JUR* 2003/62362); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 17 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/166449).

(37) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1984 *(RJ* 1984/1956); de 22 de enero de 1995 *(RJ* 1995/304); y de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272).

(38) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984 *(RJ* 1984/2396); de 22 de septiembre y 30 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992/7014; *RJ* 1992/10559); de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272); de 24 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3915); y de 16 de mayo de 2000 *(RJ* 2000/3930); y también las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 23 de diciembre de 1997 *(AC* 1997/2412); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.ª, de 13 de mayo de 2000 *(JUR* 2000/180247); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 10 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004/51360).

(39) Vid., las sentencias, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); de 22 de septiembre de 1984 *(RJ* 1984/4332); de 22 de enero y 7 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151); y de 28 de julio de 1997 *(RJ* 1997/5810); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 5 de mayo de 2008 *(AC* 2008/1115).

(40) Vid., las sentencias; Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1978 *(RJ* 1978/815); de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919); de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); y de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469).

pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la Ley» (41). Es patente, «dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, la tendencia de hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes lo crean; y en este sentido, el padre o cuidador de un menor responde de los daños, que este cause a terceros» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984) (42). Se opta como fundamento de la responsabilidad de los padres en la vigilancia de sus hijos, no solo por la culpa, sino también en el hecho que los padres crean el riesgo de que sus hijos dañen a terceros mientras sean menores; en el principio *pro damnato* (43); o, en fin, se sostiene que «la responsabilidad de los padres que se declara en el artículo 1903, obedece a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no obstante, no se menciona tal dato de culpabilidad, por lo que acertadamente estamos ante una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva (44), sin que exonere de responsabilidad «el dato de no hallarse presente el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquellos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1962 (45), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y

---

(41) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 *(RJ* 1983/1469); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 1999 *(AC* 1999/4247).

(42) *RJ* 1984/2396.

(43) Las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 8 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2208); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 21 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/49305).

(44) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero, de 7 de febrero y de 23 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151; *RJ* 1991/9479); de 7 de enero y 22 de septiembre de 1992 *(RJ* 1992/149; *RJ* 1992/7014); de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272); de 24 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3915); de 28 de julio de 1997 *(RJ* 1997/5810); y de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000/4576), habla de responsabilidad por semi-riesgo, con proyección cuasi objetiva; por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2006 *(RJ* 2006/1076); y de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170) hablan, asimismo, de responsabilidad cuasi objetiva.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de mayo de 1992 *(AC* 1992/742); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 27 de enero de 1993 *(AC* 1993/37); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 8 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2208); de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 *(AC* 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999/6141); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999/7622); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 14 de marzo de 2000 *(JUR* 2000/182841); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.ª, de 13 de mayo de 2000 *(JUR* 2000/180247); de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/201323); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 19 de noviembre de 2001 *(JUR* 2004/33028); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.ª, de 2 de febrero de 2002 *(JUR* 2002/75463); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de abril de 2003 *(JUR* 2003/171110); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, de 4 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004/51195); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 *(JUR* 2006/151803); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/254663); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 7 de julio de 2009 *(AC* 2009/2067).

(45) *RJ* 1962/5141.

salud importantes daños (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero y 7 de febrero de 1991; y de 7 de enero de 1992) (46).

En todo caso, esta tendencia moderna que tiende a la objetivación en la determinación de la responsabilidad de los padres sobre principios derivados de la teoría del riesgo (47), o bajo la idea de la obligación de garantía frente a la insolvencia del menor, encuentra también apoyo en nuestra doctrina y justifican que los padres respondan con independencia de su propia culpabilidad (48). Así se considera insuficiente y artificioso mantener las presunciones de culpa *in vigilando* o *in educando* del artículo 1903.2; cuando se aprecia en la responsabilidad de los padres por culpa, ha variado en su fundamentación hacia un cierto matiz objetivo o «prácticamente objetivo» (49); o directamente se prescinde de la culpa del sujeto como presupuesto de tal responsabilidad, optando por calificar de objetiva tal responsabilidad paterna, al considerar que «aquella no es un criterio de responsabilidad por hecho ajeno, pues, el Código Civil impone la obligación de indemnizar al margen o con independencia de la culpa. La ausencia de culpa, es por tanto, una excepción que puede alegar el demandado, pero sin ninguna posibilidad real de éxito» (50); y en última instancia, con tal

---

(46) *RJ* 1991/304; *RJ* 1991/1151; y *RJ* 1992/149.

(47) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 1999 *(AC* 1999/4247), responsabilidad por el riesgo creado; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 17 de marzo de 2003 *(JUR* 2003/243663).

(48) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 915; LEÓN GONZÁLEZ, J. M., «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas,* T. II, Eunsa, Pamplona, 1969, págs. 277-278; NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos,* Bosch, Barcelona, 1998, pág. 31. Lo advierten, asimismo, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 147; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «La responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos cometidos por personas sujetas a patria potestad y tutela», en *Práctica. Derecho de daños,* núm. 41, septiembre de 2006, pág. 13; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en *Tratado de Responsabilidad Civil,* T. II, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 656; ROCA TRÍAS, E., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Derecho de Daños. Textos y materiales,* de Encarna ROCA TRÍAS y Mónica NAVARRO MICHEL, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 150-151; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas,* T. II, Eunsa, Pamplona, 1969, pág. 76, ya hace años se aventuraba a advertir que, la doctrina de la responsabilidad por culpa en el ámbito civil está en crisis, ya que la responsabilidad subjetiva cede cada día más el paso a la responsabilidad objetiva.

En la doctrina italiana, FRANZONI, M., «L'illecito», en *Trattato della responsabilità civile*, Giufrè, 2004, págs. 613-615, confirma la tendencia a la objetivización de la culpa y el progresivo abandono de la imputabilidad de los requisitos de la responsabilidad civil, defendiendo que el objetivo de la responsabilidad por hecho ajeno es garantizar al perjudicado la posibilidad de conseguir el resarcimiento.

(49) SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 564; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones*, 5.ª ed., Difusa, Madrid, 2006, pág. 729; ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial,* Madrid, 1977, págs. 128-129; del mismo autor, «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentarios a la STS de 15 de febrero de 1975)», en *Anuario de Derecho Civil,* 1976, págs. 1235, 1242, 1243 y 1248.

(50) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 29 y 171, que añade: «el último párrafo del mismo artículo 1903

objetivación se tiende a buscar en último término a un responsable (51), pues, existe una relación social o de garantía en el sentido de asegurar en todo caso al perjudicado la reparación del daño, ante la posibilidad de que el que lo cause, resulte insolvente, y con ello, incapaz de indemnizar (52).

No falta, sin embargo, en la doctrina quien opta por la interpretación tradicional del precepto, considerando que la responsabilidad de los padres se fundamenta precisamente en la culpa; y, sin que una práctica judicial, precisamente no proclive a dotar de efectividad la causa exonerativa contenida en el último párrafo, varíe el sentido de la norma (53). Pues, de operar de otra forma, supondría tratar más severamente a los padres, frente a otras personas, como el personal docente, cuya responsabilidad también está prevista en el citado artículo 1903; o la de empleado-patrono, establecida para obtener lucro; asimismo, como acertadamente asevera YZQUIERDO TOLSADA, sorprendentemente estaríamos ante un nuevo «elemento de riesgo» para la sociedad, como es tener un hijo, pues viene a ser «lo mismo que explotar reactores nucleares o fabricar maquinaría agrícola o ácido sulfúrico» (54); y chocaría, tal pretendida objetividad, con el progresivo reconocimiento legal de la capacidad de autodeterminación del menor de edad, y de cierta dosis de autonomía en su actuación, al exigirse un mayor control y autoridad a quienes ejercen la patria potestad respecto de sus hijos menores, frente a la flexibilidad en tal control, que la propia evolución legislativa en materia de menores desde la reforma de 1981, viene imponiendo, cuando estamos ante menores con cierto grado de madurez y discernimiento (55).

---

permite alegar la falta de culpa como causa exonerativa, pero si no se alega o no se prueba suficientemente esa ausencia de culpa, la responsabilidad vendrá impuesta automáticamente. Además, el Tribunal Supremo no ha admitido nunca esta prueba liberatoria, con lo que establece una presunción de culpa *iuris et de iure*, y este tipo de presunciones no son propiamente tales, sino auténticas normas jurídicas que reciben una incorrecta formulación».

(51) Vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 2 de febrero de 2006 *(JUR* 2006/95774).

(52) PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados,* Atelier, Barcelona 2010, pág. 14.

(53) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* págs. 149-150; PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.,* pág. 34, señala que no podemos admitir la culpa como único fundamento de la obligación de reparar, pues, hay que agregarle la idea de garantía, destinada a asegurar a las posibles víctimas que los menores serán intensamente vigilados o, de lo contrario, se verán reparadas del daño sufrido; ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 439, acertadamente con posterioridad dispone que el temor a que las víctimas queden sin resarcimiento por daños causados por menores, quizá convendría que existieran unos fondos públicos —en la línea de la seguridad social— para los casos de daños fortuitos que provocan situaciones de desamparo (pág. 441). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 1 de julio de 1997 *(AC* 1997/1463); de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2000 *(JUR* 2000/270739), se considera excesivo obligar a los padres a conocer en cada momento las actuaciones de sus hijos, cuando estos las mantienen ocultas; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de febrero de 2009 *(AC* 2009/306).

(54) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *op. cit.,* pág. 255; del mismo autor, «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 914.

(55) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* págs. 150-151; ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, pág. 37; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos

Lo cierto es que, como precisa el citado autor, pretender esa objetividad «no solo condena a los padres, sino que además, les insulta: los padres responden por ser negligentes, descuidados, ligeros e imprudentes en la educación o en la vigilancia de sus hijos. En suma, por ser malos padres. Poco importa también si los padres de un joven conflictivo han recabado el auxilio de las instituciones que, llevaron a cabo un seguimiento psicológico del mismo y elaboraron un informe para solicitar su ingreso en una residencia» (56).

Siendo conscientes y partidarios del sistema subjetivista que sigue el Código Civil en la fundamentación de la responsabilidad por hecho ajeno (57), las tendencias jurisprudenciales y doctrinales hacia la objetivación expuestas, nos exigen para este supuesto concreto, y en defensa de la exigencia de culpa, traer a colación y ponderar una serie de circunstancias que nos van a permitir determinar si en el proceder de los padres media o no culpa, esto es, a los efectos de lo previsto en el párrafo final del citado artículo 1903, si los progenitores emplearon o no la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, con la liberación en su caso de una eventual responsabilidad; y, asimismo, concretar y definir los límites de las facultades de vigilancia y control que forman parte del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), en atención a la dignidad y el pleno desarrollo de la personalidad del menor.

Considera la doctrina como circunstancias a ponderar las siguientes (58):

La edad del hijo, como señala López Beltrán de Heredia, juega en un doble sentido: «*a)* Para determinar si el menor podía tener capacidad de discernimiento; *b)* Para determinar, en caso de que tuviera tal capacidad, el grado de diligencia exigible» (59). De forma que, cuanto menor sea (un niño en sentido estricto de la palabra, un *infans*), su incapacidad natural de entender y de querer será mayor, al igual que la exigencia de los padres en el cuidado y vigilancia, ejerciendo con ello un control prácticamente total en toda la limitada esfera de actuación de aquel; a medida que aumenta la edad, y la capacidad de discernimiento del

---

sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 804-805, quien, asimismo, precisa que «a tenor de la postura jurisprudencial de una responsabilidad objetiva, se exige a los padres y los tutores una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a estos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social». Y, añade que «en la actualidad es totalmente impensable la férrea vigilancia y el estricto control que parece exigir el Tribunal Supremo, especialmente para los menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente "grandes menores"».

(56) Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 916.

(57) En este mismo sentido, Pantaleón Prieto, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Enciclopedia Jurídica Básica,* T. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5956, para quien la «objetivación» en la responsabilidad de los padres y tutores carece de buen sentido; Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 150, quien, igualmente, señala que tampoco *de lege ferenda* cree que haya razones para consagrar la responsabilidad objetiva de los padres.

(58) Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* págs. 168-169; García Vicente, E., «La responsabilidad de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», en *Anuario de Derecho Civil,* 1984, págs. 1036-1038.

(59) López Beltrán de Heredia, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos,* Tecnos, Madrid, 1988 pág. 184.

menor, el control y la vigilancia paterna van disminuyendo, se relajan, en aras de un máximo respeto a la autonomía y autorresponsabilidad del propio menor, que nuestro ordenamiento jurídico postula como premisa básica. La doctrina y jurisprudencia francesa hacen referencia a una nueva categoría de menores «grandes adolescentes», en la que se encuentran incluidos aquellos cuya edad está más cercana a la mayoría de edad; y que poseen una suficiente capacidad para entender y querer, concediéndoles el ordenamiento una esfera de actuación cada vez más amplia; lo que hace mínimo o casi imposible el control y vigilancia que los padres pueden ejercer en su comportamiento. Por su parte, en esta línea, en el ordenamiento alemán se propugna la exoneración de los progenitores por los actos de sus hijos cuando estos se hallan cercanos a la mayoría de edad (parágrafo 832.1 BGB). En Italia que, a tales menores, se le califica de «grandes menores», existe algún pronunciamiento de los Tribunales, aun hay que señalar que esta no representa la tónica habitual, que ha eliminado la responsabilidad de los progenitores por los actos de estos «grandes menores» (60). Quizá en esta línea debería empezar a operar el legislador español.

En España se alude a la figura del «menor maduro» sustentada sobre la base legal de los artículos 154 y 162 del Código Civil —reformados por la Ley de 13 de mayo de 1981 y, además el primero por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional— en los que se dispone que la patria potestad se ejercerá siempre de acuerdo con la personalidad del menor y con respecto a su integridad física y psicológica, resultando exceptuados de la representación paterna «*los actos relativos a los 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*»; y, asimismo, en normas más específicas, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 9.1 consagra el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado; o en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 9.3.*b)* en menores con dieciséis años cumplidos y condiciones de madurez suficiente no cabe el consentimiento por representación. Recientemente, el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de julio de 2002, en relación con un menor de trece años que se negó a que le practicasen una transfusión por motivos religiosos y que, como consecuencia de tal decisión falleció, el Alto Tribunal, después de la anulación de la condena por homicidio contra los padres, señala de forma expresa que: «*(…) en relación con lo dicho en otra sentencia de este mismo Tribunal, 141/2000 FJ5, "desde la perspectiva del artículo 16 CE, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencia y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida la guardia y custodia o como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estudios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar*"». Y continúa manifestando que «*(…) En el caso*

(60) Díaz-Alabart, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 847-848.

traído a nuestra consideración, el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico (…). Cobra especial interés que el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)». Sobre tales bases legales y jurisprudenciales, existe ya una conciencia de un cambio en el «*status* social del menor», de dotarle de un mayor grado de autonomía y de autodeterminación en lo que implica el desarrollo de su personalidad; lo que justifica que el «menor maduro» con una edad progresivamente cercana a la mayoría de edad, y con suficientes condiciones de madurez, esto es, con capacidad de entender y querer el acto concreto, a la par que aumenta su autonomía y autorresponsabilidad en cualquier ámbito de su actuación, disminuye el grado de influencia, control y vigilancia de la autoridad paterna; y por tanto, debería rebajarse en tal proporción el grado de diligencia exigible a los padres (61), pues, resulta contradictorio que los padres pierdan parte de su autoridad para controlar los actos de sus hijos, porque modernas corrientes psicopedagógicas y el propio artículo 10 de la Constitución Española parece orientarse en dicha dirección, y sin embargo, se siga exigiendo a aquellos la misma responsabilidad frente a cualquier actuación del hijo, como si no hubieran perdido esa parcela de representación legal. Se posibilita la actuación del menor dotándole de cierto margen de libertad, pero eso no se traslada en la misma proporción a la responsabilidad de los padres en el marco de su representación legal. Aunque no faltan pronunciamientos jurisprudenciales donde se señala que «la responsabilidad que dimana de la culpa propia del padre, madre o tutor por omisión del deber de vigilancia, no tenga relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad» (62).

Precisamente, el Código Civil catalán delimita la capacidad de obrar de las personas en función de su capacidad natural (art. 211-3.1), de forma que, considera al menor no emancipado no como una persona a la que afecta un principio de incapacidad de obrar aunque con algunas excepciones, sino como una persona investida de una capacidad de obrar de acuerdo con su capacidad natural, sin referirla a una edad determinada, si bien combinada con ella. De acuerdo con este planteamiento, la capacidad natural supone atribuir a la persona menor de edad no emancipada una capacidad de obrar en función de su capacidad de entender y querer en relación con un acto concreto; lo que permite establecer una valoración gradual no estrictamente dividida en etapas a lo largo de la vida de la persona. Esa capacidad de obrar limitada del menor de edad no emancipado coexiste al tiempo con la representación legal atribuida a los progenitores o al organismo tutelar; lo que tiene fiel reflejo en materia de responsabilidad de estos por actuaciones de los hijos o pupilos. Si bien, de acuerdo con la capacidad

(61) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2000 *(JUR* 2000/270739); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, de 3 de marzo de 2005 *(AC* 2005/516).

(62) Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469); y de 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991/304). Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 1 de junio de 2005 *(JUR* 2005/234904); y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/254663).

natural del menor, la responsabilidad debería hacerse efectiva sobre patrimonio con posibilidad de actuar también sobre el patrimonio de los titulares de la patria potestad, pero solo cuando no pudiesen acreditar que emplearon toda la diligencia exigible para prevenir el daño.

Asimismo, relacionado con la edad también son circunstancias relevantes para determinar la culpa o no de aquellos y ponderar su grado de diligencia, el carácter más o menos agresivo, problemático o irresponsable del menor; sus hábitos, sus amistades y los lugares que frecuenta; su estado mental, su formación o el grado de desarrollo intelectual; y, por supuesto, su educación.

También, como posibles causas exonerativas de responsabilidad, si bien, afectantes en este caso, a la esfera de actuación de los padres, habría que hacer referencia a la imposibilidad de cuidado del menor durante todo el día, como consecuencia de una ausencia por motivos de trabajo, frente a la que tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de diciembre de 1962 (63), rechazando este motivo de exoneración considerando que «esto ocurre actualmente a todos los padres y si se estimase esta tesis, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por menores de edad» (64); o por tener limitados recursos económicos; o no estar presente al producirse el hecho (65); o, en fin, un número importante de hijos que dificultan la tarea de vigilar debidamente a todos ellos (66).

Por último, merecen tomar en consideración, circunstancias objetivas tales como haberle instruido adecuadamente acerca de cómo debe comportarse ante determinadas situaciones; o haberle prohibido realizar determinadas actividades que, no obstante, dieron origen a un daño; o, incluso, la propia ignorancia de los padres en una determinada actuación o comportamiento de su hijo menor; o en la práctica por este de actividades o juegos peligrosos, como manejo de explosivos, uso de armas, conducción temeraria de motocicletas o de automóviles; asimismo, la posible ausencia de medidas de seguridad ante instrumentos u objetos peligrosos; o, en fin, la fijación del lugar donde se desenvuelve la vida del hijo (medio rural o urbano) (67); el tipo de ciudad o barrio en el que habitan; o

---

(63) *RJ* 1962/5141.

(64) Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 *(RJ* 1977/1654); de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919); de 22 de abril y 10 de junio de 1983 *(RJ* 1983/2118; *RJ* 1983/3517); de 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991/304); de 7 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/1151); y de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149). Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 *(AC* 1994/2138); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 *(AC* 1998/7922) que se refiere, también como causas que no exoneran de responsabilidad al hecho que los padres tengan que trabajar o no puedan por circunstancias familiares o sociales estar siempre junto a sus hijos menores de edad, pues, de seguirse otro criterio «se llegaría a la total irresponsabilidad civil por los hechos realizados, quebrantándose criterio de equidad, y dejando sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo o salud importantes daños».

(65) Vid., sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149); y de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000/1520).

(66) Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919); y de 10 de junio de 1985 *(RJ* 1995/3968).

(67) La sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.ª, de 30 de marzo de 1998 *(AC* 1998/3848), no responsabiliza a los padres al considerar que se limitaron a autorizar como es usual en pequeñas poblaciones en época de verano, primavera o principio de otoño, que su hija menor pudiera, acompañada de otras niñas de su edad, pasear en bicicleta por el casco urbano de la pequeña localidad en la que vivían.

la proximidad de aquel a una fuente de peligro, como una obra, una cantera, un depósito de materiales potencialmente nocivos, una cantera, una laguna, etc.).

A la vista de las circunstancias expuestas, pese al intento de los padres de demostrar la diligencia en su proceder, el Tribunal Supremo, como ya apuntamos, ha venido condenando sistemáticamente a los padres del causante del daño, pues, además, de hacer prácticamente inviable la referida pretensión de los progenitores, sigue predicando la irrelevancia de la capacidad de discernimiento o la madurez del menor de edad. No obstante, si alguna vez les ha eximido de responder no ha sido precisamente, por haber admitido la prueba de diligencia, sino por apreciar otros extremos, tales como que no se ha considerado probado que el daño fuera causado por el hijo (68), o por falta de causalidad —el daño no le era objetivamente imputable— (69); o que el perjudicado no se habían reservado en el proceso penal la acción civil contra los padres para su posterior ejercicio en vía civil (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 1961) (70); o porque había quedado consumida en el proceso penal la acción civil (sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 1982); o bien, porque estamos ante un supuesto de responsabilidad *ex delicto* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 2 de marzo de 1994) (71); o porque se ha considerado que el menor no ha obrado culposamente (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1988 y de 28 de diciembre de 2001) (72); o, en fin, se entiende que el daño fue resultado de una «actividad lúdica inocua» (73).

Ahora bien, además de una responsabilidad por culpa (de carácter subjetivo, si bien, con inversión de la carga de la prueba de la culpa *in vigilando* y/o *in educando*), es comúnmente admitida que la responsabilidad de los padres conforme al artículo 1903 del Código Civil es directa y no subsidiaria de la del agente material del daño, pues, «quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó» (74); de forma que, quedan

---

(68) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1959 *(RJ* 1959/484).

(69) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2005 *(RJ* 2005/4438).

(70) *RJ* 1961/326.

(71) *RJ* 1994/2097.

(72) *RJ* 1988/3116 y *RJ* 2002/3094. Como señala acertadamente Yzquierdo Tolsada, M., «Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *op. cit.*, págs. 254-255, «se hace prácticamente imposible encontrar un solo caso en el que hayan logrado unos padres demostrar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o incapaz: responderán los padres, porque sencillamente son padres», y añade, «sería más realista decir que los padres y los tutores son responsables, aunque no sean culpables, pero una cosa así sería formalmente una atrocidad, chocaría contra el artículo 1090 y supondría un expediente de auténtica equidad contra ley. Sin embargo, el resultado es el mismo».

(73) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002/3094).

(74) Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones*, 14.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pág. 947. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 *(RJ* 1977/1654); de 3 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991/8910); de 24 de febrero de 1993 *(RJ* 1993/1251); 24 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3915); de 26 de junio y 28 de julio de 1997 *(RJ* 1997/5395; *RJ* 1997/5810); de 12 de mayo de 1999 *(RJ* 1999/4576); de 8 de marzo de 2006 *(RJ* 2006/1076); y de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 16 de mayo de 1998 *(AC* 1998/5315); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999/6141); de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27 de abril de

obligados los padres a responder junto al hijo, siempre, como veremos que, sea imputable civilmente (75); obviamente «no es una responsabilidad que *sustituya* a la del causante del daño, sino que es, además, de la de este, así que el perjudicado puede exigírsela a uno u otro» (76); es, asimismo, legal, en tanto que solo puede exigirse del modo y en los términos que la ley establece, al constituir un principio general sobre responsabilidad (77); y, como manifestamos en líneas precedentes, en la doctrina late la idea de que se trata de una responsabilidad por hecho propio, pues, la causa del daño es la falta de la debida diligencia en la vigilancia, dirección y custodia por los padres de sus hijos menores; el daño, por consiguiente, debe ser atribuido más que al autor material del mismo, a esa falta de vigilancia o diligencia de aquellos (78). Si bien, como matiza NAVARRO MICHEL, «la validez de este razonamiento, teóricamente impecable, depende de la vigencia de la culpa como criterio de imputación. Porque si la obligación de reparar viene impuesta por criterios objetivos con independencia de la culpa, no hay ningún hecho propio del que responder» (79). En todo caso, el propio legislador parte de la idea de hacer responsable a un tercero de las consecuencias lesivas de las acciones realizadas por otros, lo que permite a la víctima obtener la reparación de quien no ha sido precisamente el autor material del daño. Para ello, basa esta responsabilidad en una especial relación de dependencia familiar o cuasifamiliar, que une a aquel tercero (padre o tutor) con el menor causante del daño, sobre una presunción de culpa de los padres o tutores en el cumplimiento de su obligación de vigilar o educar a los hijos menores o tutelado. De forma que, esta responsabilidad subjetiva o por culpa —que, además se presume *iuris tantum*—, como responsabilidad por hecho ajeno, se funda en una culpa

---

1992 *(AC* 1992/612); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 4 de febrero de 1993 *(AC* 1993/132); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2003 *(JUR* 2003/223270); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 27 de enero de 2005 *(JUR* 2005/110247).

(75) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* págs. 151-152; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 567; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 2159; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 5956; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 729; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 566, señalan que «desde el punto de vista procesal, la relación jurídica de este carácter está correctamente constituida demandando al primero, no se necesita que la demanda se dirija también contra el segundo». En la doctrina italiana, comparten la tesis de la responsabilidad de los padres como directa sobre la base de los artículos 2043-2059 del Codice Civile, CORSANO, L., «Tutela del danneggiato e responsabilità civile», en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile,* vol. 58, núm. 2, 2002, págs. 691-692.

(76) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.,* pág. 948.

(77) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 26.

(78) ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial», *op. cit.,* pág. 126; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas,* T. II, Pamplona, 1969, pág. 86; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 562; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 1234.

(79) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 23.

in vigilando y/o *in educando*, de quienes en su momento no observaron una diligencia bastante en el cumplimiento de sus deberes como representantes legales; aunque cierta jurisprudencia reciente opte por justificar esta responsabilidad por hecho ajeno en el riesgo creado por el responsable, y en alguna forma culpable del daño causado a terceros (80).

2. Presupuestos de la responsabilidad paterna

Para que tenga lugar la responsabilidad prevista en el artículo 1903 del Código Civil es preciso que el hijo se halle bajo la guarda de sus padres, que sea menor de edad o mayor de edad incapacitado, que haya causado daño a un tercero, y que aquellos no hayan obrado de manera diligente para evitar el resultado dañoso.

A) *Acto dañoso del hijo objetivo y comúnmente negligente*

Para que exista responsabilidad aquiliana resulta necesario que entre una acción u omisión y el daño producido exista una relación de causalidad (81). A estos requisitos hay que añadir el adecuado factor de atribución, que permita justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio (art. 1902 del CC) (82). De forma que, para generar la responsabilidad de los padres resulta necesario como primer requisito, que el hijo haya actuado negligentemente, causando un

(80) En este mismo sentido, de considerar tal responsabilidad de los padres o tutores, como responsabilidad por hecho ajeno, Yzquierdo Tolsada, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 254; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones,* vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 500; Carbajo González, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *op. cit.*, págs. 732-733.

(81) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 1988 *(RJ* 1988/6854); y de 23 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991/9479).

(82) Yzquierdo Tolsada, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.,* pág. 109. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1982 *(RJ* 1982/178); de 10 de mayo de 1985 *(RJ* 1985/2265); de 27 de octubre de 1990 *(RJ* 1990/8053); de 30 de octubre de 1991 *(RJ* 1991/7246); de 25 de febrero y 19 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992/1554; *RJ* 1992/10703); de 22 de julio de 1993 *(RJ* 1993/6277); y de 30 de junio de 2000 *(RJ* 2000/5918). Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.ª, de 8 de enero de 2001 *(JUR* 2001/113728); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 18 de abril de 2001 *(JUR* 2001/210418); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 4 de junio de 2001 *(JUR* 2001/246406), falta de acreditación de la relación de causalidad entre los daños del vehículo y la conducta del niño; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 21 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003/78277); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 7 de septiembre de 2004 *(JUR* 2005/24877); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 14 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/76841); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 21 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/207483); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 8 de enero de 2009 *(AC* 2009/386), falta de acreditación de haber sido el hijo de los demandados el lanzador del proyectil; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 18 de septiembre de 2009 *(JUR* 2009/461676); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 26 de enero de 2010 *(JUR* 2010/359084).

daño (83), y que entre tal comportamiento y el daño producido exista relación de causa efecto (84). Estamos ante lo que la doctrina califica de acto dañoso del hijo como objetivamente negligente y, en esa medida previsible y evitable por sus padres. Lo que significa que de haberse realizado por una persona imputable, la conducta se calificaría como culpable (85). De ahí que, la culpa del menor (civilmente imputable) no sea en todo caso requisito necesario para la aplicación del artículo 1903 del Código Civil, pues, la responsabilidad del guardador dimana de culpa propia por omisión del deber de vigilancia (86). Si bien, ello no impide que el hijo en su consideración de imputable civilmente —lo que resultará más probable, cuanto mayor edad y madurez tenga el menor— se le pueda exigir responsabilidad por hecho propio sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1902 del citado cuerpo legal, conjuntamente con los progenitores, respondiendo de forma directa y solidaria (87), salvo que aquellos prueben que observaron la

(83) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2009 *(RJ* 2009/1628), falta de prueba del comportamiento irregular o culposo del menor; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 12 de septiembre de 2000 *(JUR* 2000/307819); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 18 de septiembre de 2000 *(JUR* 2000/308459), daños ocasionados por los hijos de los demandados al rayar un vehículo ajeno; de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/201321), causó el menor las lesiones al tirar una piedra que alcanzó a otro menor; de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 20 de noviembre de 2001 *(JUR* 2002/32343), lesiones a vacas lecheras con pérdida de un ojo, y disminución de la producción lechera al dispararles los menores con escopeta de perdigones; de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 7 de junio de 2001 *(AC* 2002/40) lesiones ocasionadas a menor por agresiones del otro menor que, le ocasionó la pérdida de dos incisivos; de la Audiencia Provincial de Huesca, de 11 de abril de 2002 *(JUR* 2002/154292); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 22 de noviembre de 2003 *(JUR* 2004/77108), negligente conducta como ciclista; de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 15 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004/295575), rotura de luna de vehículo; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 24 de noviembre de 2004 *(JUR* 2005/35775), daños a vehículo de policía local causados por menores; de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/129569), acoso infantil; de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2006 *(AC* 2006/733); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 4 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/158729), daños causados al vehículo por rotura de la luna de cristal; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 28 de junio de 2007 *(AC* 2007/1837), lesiones en ojo causadas por menor al utilizar tirachinas; y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 11 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/227724), daños causados en mobiliario urbano propiedad de la administración local.

(84) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1977 *(RJ* 1977/1654); de 14 de marzo de 1978 *(RJ* 1978/815); y de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469).

(85) Peña López, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2159; Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2057.

(86) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170).

(87) En esta línea, Paños Pérez, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 17 y 80-81; Reglero Campos, L. F., *Lecciones de responsabilidad civil,* Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 129; Roca Trías, E., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.*, pág. 152. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2002 *(RJ* 2002/1912), declara la responsabilidad del menor, solidariamente con la de sus padres, en base a que aquel contaba, por su edad, con suficiente capacidad volitiva e intelectual suficiente para comprender la trascendencia de sus actos y

diligencia requerida, en cuyo caso responderá directamente el menor que tenga suficiente discernimiento a tenor del citado artículo 1902 del Código Civil, con el riesgo para la víctima de que sea insolvente, lo que sucederán en la mayor parte de los casos (88). La inimputabilidad civil del hijo —esto es, su incapacidad de entender y querer por razón, por ejemplo, de su corta edad— no enerva la responsabilidad de sus progenitores (89).

Cuando cualquiera de los requisitos necesarios para hablar de responsabilidad extracontractual no se dan, así falta el necesario nexo causal por la existencia de distintos supuestos, como la culpa exclusiva de la víctima (90), o la intervención de terceros (91), o, estamos ante un caso fortuito —se trata de un lance propio del juego (92)— o fuerza mayor, puede no haber exigencia de responsabilidad para el hijo menor, ni para los padres, esto es, una total exclusión de la responsabilidad, o puede, en todo caso, determinarse una reducción de la misma.

Efectivamente, cuando el daño es imputable en exclusiva a la víctima, no hay responsabilidad del menor ni de los padres (93); si, en cambio, la hay —si

---

los posibles riesgos y resultados de los mismos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2002 *(AC* 2002/1681) responsabilidad directa de los menores y solidaria de sus representantes legales.

Aunque, como señala PARRA LUCÁN, M.ª Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Curso de Derecho Civil,* vol. II, *Derecho de Obligaciones,* volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 916, resulta discutible si la responsabilidad de los padres y del menor es solidaria o subsidiaria.

(88) Ante esta posibilidad, DÍAZ-ALABART, S., «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad», en *Poder Judicial*, núm. 23, septiembre de 1991, págs. 138-139, aboga por dejar a la víctima del daño sin indemnización, mientras PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.,* págs. 83-84, propone articular a través de una ley la creación de un Fondo de Garantía de naturaleza pública. Lo que no parece muy probable en tiempo de crisis como el de ahora.

(89) ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 455. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1983 *(RJ* 1983/1469); de 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991/304); de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149); de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272); y de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170).

(90) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 17 de abril de 2002 *(JUR* 2003/62362); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 23 de junio de 2005 *(JUR* 2005/233765).

(91) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2004 *(RJ* 2004/2730), inexistencia de culpa concurrente en el menor de cuatro años que cayó en pozo séptico cuya arqueta carecía de tapadera en edificio en construcción abandonado pero accesible por varios puntos desde el exterior; ni de sus padres. Responsabilidad solidaria del promotor-constructor y del Ayuntamiento; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 19 de abril de 2000 *(JUR* 2000/196251), omisión del deber de vigilancia por los anfitriones saliendo de dar un paseo y dejando solo a los menores. Se había dejado a estos por sus padres en la casa de los actores para su cuidado.

(92) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002/3094); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 24 de mayo de 2001 *(JUR* 2009/258684); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de noviembre de 2003 *(JUR* 2004/4875).

(93) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hijos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 126, precisa, «por un lado, que el comportamiento de la víctima sea imprevisible e inevitable para el agente; y por otro, que el comportamiento de la víctima rompa el nexo causal. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1988 *(RJ* 1988/9469); de 7 de octubre de 1994 *(RJ* 1994/7466); y de la misma

bien limitada en su alcance—, cuando en la producción del daño interviene tanto el agente material del mismo, como la propia víctima (94); o el menor con terceros (95). Estamos ante concurrencia de causas o de concausas, no tanto de concurrencia de culpas (96), cada uno responde de los daños que haya causado y que le sean objetivamente imputables; de forma que, la reparación alcanza hasta donde lleguen las responsabilidades exigibles a cada uno de los intervinientes en el resultado dañoso (97), que puede implicar una moderación

---

Sala, Sección única, de 24 de octubre de 2003 *(RJ* 2003/7519). Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de enero de 1999 *(RJ* 1999/1051).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995/8636), condena al propietario de la máquina cosechadora autopropulsada por el accidente sufrido por el menor de cuatro años de edad, declarando improcedente la culpa exclusiva de la víctima sobre la base que «a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios daños, y no lo ha hecho esta Sala. Sí que se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores ya capaces de discernir, y también de sus propios movimientos que, son, en ocasiones, los únicos de los que puede hablarse como causantes del daño».

(94) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1998 *(RJ* 1998/5547).

(95) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 24 de marzo de 1999 *(JUR* 2006/276171), daños a menor como consecuencia de manipulación de ácido acústico existente en caseta de camping que conlleva responsabilidad de menores que la colocaron en dicho lugar, del responsable del camping por falta de vigilancia, y del supermercado y dependientes por haber vendido dicho material.

(96) Yzquierdo Tolsada, M., «Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual», *op. cit.*, pág. 207; Navarro Michel, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hijos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 127.

Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 1984 *(RJ* 1984/6118); de 1 de febrero de 1989 *(RJ* 1989/650); de 24 de noviembre de 1989 *(RJ* 1989/7908); de 28 de mayo de 1991 *(RJ* 1991/3940); de 27 de diciembre de 1993 *(RJ* 1993/10154); de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272); y de 12 de noviembre de 1996 *(RJ* 1996/7955); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 24 de marzo de 1999 *(JUR* 2006/276171); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2000 *(AC* 2000/4336); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 31 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/171226); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/199283).

(97) Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, págs. 185-186.

Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1989 *(RJ* 1989/650), «no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización»; de 5 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/992); de 28 de mayo de 1991 *(RJ* 1991/3940); de 4 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991/7930); de 20 de julio de 1995 *(RJ* 1995/4933); de 5 de octubre de 1995 *(RJ* 1995/7020); de 25 de septiembre de 1996 *(RJ* 1996/6655); de 3 de octubre de 1996 *(RJ* 1996/7009); de 5 de junio de 1997 *(RJ* 1997/4606); y de 9 de julio de 1998 *(RJ* 1998/5547), en la que se modera la responsabilidad del menor demandado y la de los padres, ante la negligencia concurrente de la víctima a la que acompañaba el menor; asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 11 de marzo de 1994 *(RJ* 1994/2114) ante la muerte de un menor por derrumbamiento de viga y pared interior de una casa abandonada y deficientemente cerrada, en un caso de concurrencia causal de la actuación de la víctima, señala que «…existe un claro nexo

de la cuantía indemnizatoria (98), sin que por supuesto, puedan compensarse las culpas (99). Si bien, no faltan resoluciones que optan por la concurrencia de culpas (100).

Por otra parte, los padres en la medida que son responsables frente a los actos dañosos de sus hijos tanto estos sean imputables o inimputables civilmente, cuando concurren con terceros en la producción del resultado dañoso, responden en función de su contribución, esto es, del alcance de su intervención en el hecho dañoso (101), sin perjuicio, como veremos, de responder

---

causal entre aquella negligencia, mantenimiento del inmueble en estado de abandono, sin adecuado cerramiento, y el daño resultante, nexo que no anula la acción de los menores aunque esta pudiera haber contribuido a la producción del evento dañoso, lo que puede comportar una moderación de la indemnización, no ya por una compensación de culpas, sino por su concurso o contribución al nexo causal».

(98) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/1151); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/199283), atribución de un 75 por 100 de responsabilidad a la víctima y de un 25 por 100 para los padres del menor; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 12 de junio de 2008 *(AC* 2008/1548), reducción de la responsabilidad en un 40 por 100.

(99) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997/7884), que aclara que no se trata, precisamente de que se compensen las culpas, pues «estas no siempre se dan, como en el caso, desgraciadamente frecuente, de que participe un menor; se trata de concurrencia de causas, en que el nexo causal se determina tanto por la conducta de uno (que es demandado como causante del daño) como del otro (que aparece como víctima y es demandante), lo cual provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado, no se puede imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se debe repartir». Sin embargo, posibilita la compensación de culpas, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 31 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/171226).

(100) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2000 *(AC* 2000/4336); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 7 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/134836); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 4 de abril de 2002 *(JUR* 2002/163928), responsabilidad de los padres por falta de vigilancia, ya que la estatua no habría caído de no haber sido por la fuerza que le fue aplicada por el menor, al apoyarse en ella para asomarse por encima del muro. Atribución del 15 y 85 por 100 de responsabilidad, respectivamente; y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 14 de abril de 2008 *(JUR* 2008/225961).

(101) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149); de 5 de abril de 1995 *(RJ* 1995/3414); y de 11 de abril de 1995 *(RJ* 2000/2148). En la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2004 *(RJ* 2004/1952), ante el fallecimiento de un menor de ocho años al encaramarse a máquina-grúa estacionada en vía muerta por electrocución, se condena solidariamente a RENFE por tener las instalaciones abiertas y sin vigilancia, además de a Segur Ibérica, S. A., y a Banco Vitalicio de España, S. A., y se aprecia en la madre una concurrencia causal en el resultado, al no mantener al hijo bajo un mínimo control desde la hora de la comida hasta la caída de la tarde, de un simple 10 por 100.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 4 de abril de 2002 *(JUR* 2002/163928), se aprecia concurrencia de culpas de los padres y de los dueños de un restaurante, atribución a aquellos de un 15 por 100 y a esto un 85 por 100 de responsabilidad; de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5.ª, de 28 de diciembre de 2006 *(AC* 2007/155); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2007 *(JUR* 2007/294518); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133131).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1983 *(RJ* 1983/867), ante la no posible determinación del sujeto responsable, ante la lesión

solidariamente con aquellos frente a la víctima —sin perjuicio del derecho de regreso entre responsables—, cuando los padres, como representantes legales del hijo, demanden una reparación por las lesiones que ha sufrido el menor en nombre de este.

Como con frecuencia, las víctimas de los actos dañosos y los causantes de los mismos son menores de edad, cabe también apreciar negligencia en el proceder de los propios padres del menor dañado, en concurrencia con los padres del agente material del daño (102) o con terceros (103). Así, si los padres como representantes legales reclaman para sí la reparación del daño sufrido por su hijo menor, y a ellos tan solo resulta imputable el daño, no tendrán derecho a ninguna reparación; mientras que si han contribuido a la causación del daño con la conducta de otro u otros, se reducirá (moderará) aquella en la proporción de su contribución al resultado dañoso (104). De reclamar los progenitores la indemnización en nombre del hijo por las lesiones producidas en el menor, no se procede, pese a concurrir con terceros en la producción del daño, a tal reducción, sino que responden solidariamente, pues, son varios los corresponsables del mismo daño (105).

Ahora bien, tal como hemos señalado, los padres están obligados a prevenir los actos objetivamente negligentes de sus hijos menores; así ante un comporta-

---

causada en un ojo por un grupo de niños que estaban jugando, el ponente de esta sentencia Jaime SANTOS BRIZ, hace a todos responsables solidarios del resultado dañoso.

(102) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998/6544), se condena tanto a los padres del menor dañado como a los del menor que causa el daño, atendiendo a un concurso de culpas, pues, «los hijos del demandante y del demandado jugaban sin resultar vigilados, ya que sus respectivos padres se encontraban en la barra del bar cuando ocurrió el accidente, en el exterior del mismo —es evidente que el accidente se produce por *culpa in vigilando* de los padres—, por lo que se debe tener en cuenta esa circunstancia y la indemnización a establecer se debe graduar en relación a la desatención por cada uno de los padres, por lo que el patrimonio del menor lesionado ha de ser indemnizado, pero no solamente a expensas del patrimonio del tío del mismo». No obstante, atendiendo al principio compensatorio del artículo 1103 del Código Civil, se entiende que el padre del menor (tío de la víctima) que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habrá de responder en mayor medida que el del menor lesionado.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272), existe concurrencia de culpas, de la víctima portando una escopeta de perdigones, como del propio menor que causa lesión a aquel en un ojo por disparo de pistola de aire comprimido, como los progenitores de ambos por omisión del deber de vigilancia. Vid., también las sentencias de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1993 *(RJ* 1993/1071); de 27 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993/6746); de 4 de mayo de 1995 *(RJ* 1995/3891); y de 17 de febrero de 1997 *(RJ* 1997/1426); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, de 19 de octubre de 2004 *(JUR* 2005/8169).

(103) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 11 de marzo de 2004 *(RJ* 2004/901).

(104) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1993 *(RJ* 1993/1251); de 27 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993/6746); de 4 de mayo de 1995 *(RJ* 1995/3891); y de 17 de febrero de 1997 *(RJ* 1997/1426).

(105) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 187, quien, asimismo, cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1983, donde, en cambio, se rebaja la indemnización a favor del hijo víctima del daño, pese a existir culpa de su madre, «no solo por el juego del artículo 1103 del Código Civil…, sino también por evidentes razones de equidad y de lógica».

miento culposo de estos, que ocasione un daño a un tercero, además de aquellos (art. 1902 del CC), han de responder los padres en la medida en que podrían haber previsto y evitado el resultado dañoso empleando la diligencia de buen padre de familia en la vigilancia o educación de sus hijos menores; pero, también, hablamos de responsabilidad paterna, cuando el resultado dañoso fuera causado por un acto negligente desde el punto de vista objetivo de menores que son inimputables civilmente, esto es, con una limitada capacidad de discernir que les permita entender el alcance y consecuencias de su comportamiento, pues tal limitada capacidad representará siempre una circunstancia valorable a la hora de determinar la responsabilidad civil culposa del menor, pero irrelevante a la hora de juzgar la de los padres. En este caso, estos responderían por hecho propio, a diferencia del otro supuesto expuesto de menor de edad, imputable en atención a su edad y grado de madurez, donde este responde por hecho propio y, los padres por hecho ajeno (106).

De lo dicho resulta, como es un parecer común en la doctrina y jurisprudencia que la imputabilidad civil del hijo no es presupuesto de responsabilidad paterna, ya que los presunción de culpa que pesa sobre los padres en la actuación de sus hijos menores, no queda destruida porque el hijo puede ser considerado no culpable, o responsable conforme al artículo 1902 del Código Civil. Los padres responden siempre ante un acto objetivamente negligente del menor que produzca daño —aun no siendo este imputable civilmente—; no así de los actos objetivamente diligentes, aún con resultado dañoso (107).

B) *Guarda paterna*

La reforma operada en el artículo 1903 del Código Civil por la Ley 11/1983, de 13 de mayo, eliminó como requisito de la responsabilidad el de la convivencia de los padres con el hijo, que en cambio continúa siendo una exigencia del precepto para el caso de los tutores. De forma que, aunque no sea precisa la convivencia con el hijo menor para responder de sus actos, no obstante, los poderes de guarda se mantienen (108). Igualmente, con la citada reforma se suprime la mención a la minoría de edad de los hijos. No obstante, resulta obvio que subsiste la patria potestad durante la minoría de edad, dejando a salvo los supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada del hijo mayor de edad

---

(106) Latour Brotons, «Responsabilidad civil de los incapaces», en el *Libro Homenaje a Ramón María Roca-Sastre,* T. II, Madrid, 1976, págs. 155 y 160-161; Abril Campoy, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.,* págs. 35-36.

(107) López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 185-186; Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* págs. 154-155; Peña López, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2159; Abril Campoy, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.,* pág. 34; von Wichmann Rovira, *Instituciones de Derecho Privado,* T. III, vol. 3.º, coordinador: J. F. Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1087. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/201321).

(108) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/64000), presunción legal que los padres tienen en su compañía a sus hijos menores.

incapacitado (109). De ahí que, para la operatividad del artículo 1903 ha de tratarse de hijos menores de edad sometidos a guarda. De forma que, los padres solo responden de los actos dañosos de sus hijos menores de edad no emancipados y que estén bajo su guarda. No existe ya diferencia entre el actual Código Penal y Código Civil a los efectos de sancionar y exigir la correspondiente responsabilidad respecto a los menores no emancipados, pero mayores de dieciséis años, por los daños causados por ilícitos penales y civiles respectivamente. Recordemos que, la edad penal antes de la reforma del Código Penal de 1995 era a los dieciséis años, de forma que los padres no respondían por los daños causados por los ilícitos penales de los hijos con tal edad, todo ello claro está, sin perjuicio de lo dispuesto en la LORPM (110).

Quedan fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, los menores emancipados, cualquiera que sea la causa de emancipación, por matrimonio o por concesión (111). Se le considera mayor para regir su persona y sus bienes, si bien, con las limitaciones legales previstas en el artículo 323 del Código Civil, entre las que no se encuentra precisamente, la de indemnizar por los daños y perjuicios causados.

---

(109) No obstante, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 24 de junio de 1998 *(AC* 1998/1185), sobre la base de la doctrina de la Sala 1.ª, en sentencia de 23 de septiembre de 1988 *(RJ* 1988/6854), y de 8 de mayo de 1990 *(RJ* 1990/3690), establece la responsabilidad de los padres propietarios de vehículos por la actuación de los hijos que los conducen, aunque sean mayores de edad, y la responsabilidad es solidaria por falta de control en la utilización del vehículo de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 1993 *(AC* 1993/2509), por el incendio provocado por la manipulación de una motocicleta en el interior de una vivienda por parte del hijo mayor de edad, los daños por humos y lesiones producidas a terceros son responsabilidad del «cabeza de familia», responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva.

(110) En esta línea, no le parecía razonable a DÍAZ-ALABART —si bien, con relación al Código Penal anterior a la reforma de 1995—, la responsabilidad *ex* artículo 1903 del Código Civil, de los padres por los daños causados por los actos ilícitos civiles de sus hijos no emancipados pero mayores de dieciséis años, pues, «aunque en la responsabilidad civil lo que importa es el daño causado, sin tener en cuenta que procede de ilícito penal o civil, de lo que no cabe duda es de que no respondiendo los padres del daño producido por un ilícito penal, no hay razón mayor para que respondan del causado por uno civil, que en cualquier caso es menos censurable». Así, añade, «yo diría que más que extender, apoyándose en el artículo 1903 del Código Civil, hasta los dieciocho años, la responsabilidad de los padres por los daños causados por ilícitos penales de sus hijos, lo procedente es reducirla hasta los dieciséis años, apoyándose en el artículo 20 del Código Penal». Vid., DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* pág. 837.

(111) Esta es la opinión unánime de la doctrina en este punto, vid., DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 838-839; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de los menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I),* Madrid, Ediciones ICAI, 1984, pág. 177; PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.,* pág. 5956; ROMERO COLOMA, A. M.ª, «En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 674, año LXXVIII, noviembre-diciembre de 2002, pág. 2398.

El menor emancipado ha salido de la patria potestad, no está sometido a la guarda de los padres; en consecuencia, solo a él le corresponde la responsabilidad *ex* artículo 1902 del Código Civil por los daños causados por los ilícitos civiles que cometa.

El Código Civil italiano de 1942, en su artículo 2048 especifica que los padres responden del daño causado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados. Al igual que el artículo 482 del Código Civil francés, que señala que: «el menor emancipado cesa de estar bajo la autoridad de su padre y madre. Estos no son responsables de pleno derecho por su sola cualidad de padre o madre, de los daños que el hijo pueda causar a otro, con posterioridad a la emancipación», por lo que tales ordenamientos operan en la línea expuesta.

No obstante, se ha planteado por algún autor la posibilidad de que el padre responda de los daños causados por el hijo menor emancipado, al haber actuado imprudentemente en la concesión de la emancipación, ya que, el hijo no estaba preparado para ello, con la consiguiente exigencia de responsabilidad al padre por el acto ilícito del hijo (112). A la dificultad de la prueba por parte de la víctima, como apunta DÍAZ-ALABART (113), hay que añadir que, en este concreto supuesto, en todo caso, la responsabilidad que podría exigir al padre, operaría no por la vía del artículo 1903, sino del artículo 1902 (114). Por otra parte, en esta línea, si bien, empleando otro argumento, con el que llegar al mismo resultado, se ha afirmado que, el padre puede haber emancipado a su hijo para eludir su responsabilidad, siendo tal emancipación fraudulenta, y, aplicando, por tanto, la norma que se ha tratado de eludir, que no es otra que el indicado párrafo 2 del artículo 1903. Mas, como acertadamente señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, la solución no es tan sencilla: «en primer lugar, será difícil probar las razones que han movido a los padres para conceder la emancipación y, en segundo lugar, aunque pudieran presumirse, dados los antecedentes del menor, la emancipación es una oportunidad que la ley concede a los padres para renunciar a la patria potestad, cuando así lo estimen conveniente, y con el consentimiento del propio interesado, el menor» (115).

A los menores emancipados, se asimila los menores de vida independiente con consentimiento paterno, a los que el artículo 319 del Código Civil considera como emancipados a todos los efectos, y aunque no queda extinguida la patria potestad, al ser revocable el consentimiento paterno, si podemos señalar que, se halla en suspenso el ejercicio de la patria potestad, deja, por tanto, de estar

---

(112) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil,* T. II, vol. 2.º, Madrid, 1956, pág. 689.

(113) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* pág. 839; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 81-82, quien precisa como dificultades probatorias, «por un lado, la ausencia de presunciones a favor del perjudicado, y, por otro, inadmisión de la causación del daño como prueba de la culpa paterna en la emancipación».

(114) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de los menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Estudios sobre incapacitación e Instituciones Tutelares (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I),* Ediciones ICAI, Madrid, 1984, pág. 177.

(115) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 68.

sometido a la guarda de los padres; y, puede responder de sus actos dañosos, puesto que por definición tiene autonomía económica (116).

Ahora bien, no faltan quienes de nuevo apuntan la posibilidad de exigir responsabilidad a los padres, cuando se pruebe la negligencia paterna en la concesión de la emancipación por vida independiente al hijo que no se hallaba preparado para ello, bien porque se ha concedido de modo precipitado, o para eludir sus responsabilidades para con los hijos (117). Si ello sucede, la víctima podrá considerar fraudulenta la emancipación y pedir su nulidad, amén de la consiguiente responsabilidad civil a los progenitores (118). Pero tales planteamientos no obstante, son objeto de rechazo por una parte de la doctrina como también lo son en relación con el menor emancipado, porque en este supuesto, como precisa NAVARRO MICHEL, «el perjudicado deberá probar no solo la negligencia de los padres para dar su consentimiento inicial para la vida independiente, sino su culpa en el mantenimiento de ese consentimiento, ya que este es revocable» (119). No se escapan las dificultades de prueba, a la que, obviamente, habrá de sumarse que para el caso no rige el artículo 1903, sino el artículo 1902. De todas formas, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, «se trata de un supuesto excepcional, pues, la regla general ha de ser la que hace responsable por los daños causados por el menor emancipado solo a este y lo mismo por los que cause un menor con vida independiente, a quien la ley asimila al emancipado a todos los efectos (art. 319), por más que la revocabilidad de la situación signifique, no la extinción de la patria potestad, sino solo la suspensión de la misma» (120).

En todo caso, para que la emancipación exima a los padres, debe ser anterior a la producción del hecho lesivo, ya que tiene lugar posteriormente a tal evento, no perjudica a terceros.

Por tanto, quedan excluidos de la aplicación del artículo 1903.II, los padres cuya patria potestad haya quedado extinguida, así, en los términos vistos, los padres no tienen la guarda de los menores emancipados desde la inscripción de la misma en el Registro Civil, ni la de los menores de vida independiente. En cambio, se incluye en su ámbito de aplicación, además de los hijos menores de edad no emancipados, a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 del CC) por hallarse estos incapacitados y bajo la guarda paterna, salvo que la sentencia de incapacitación excluya la guarda de los padres en la esfera personal por estimar que el hijo tiene al efecto suficiente

---

(116) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 185-186; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 156; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 840-841.

(117) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 921; ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, págs. 449-450.

(118) ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 675, 2003, pág. 30; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «La responsabilidad civil...», *op. cit.,* pág. 11.

(119) NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 82.

(120) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* págs. 921-922.

discernimiento y, por tanto, limite excepcionalmente su capacidad a la esfera patrimonial (121).

En este contexto, la responsabilidad civil aparece vinculada a la patria potestad no tanto a su titularidad, como a lo que representa su ejercicio, pues la guarda presupone precisamente este (122). No parece lógico hacer responsable a quien no ejerce la patria potestad, y no tiene la guarda del menor. En todo caso, tras su supresión del texto de la norma por la Ley 11/1981, la convivencia de padres e hijos ya no es presupuesto de la responsabilidad paterna, aunque, lo cierto es que, el deber de los padres de tener a los hijos en su compañía forma parte del contenido personal de la patria potestad (art. 154.II.1.º del CC —velar por los hijos—).

La patria potestad sobre los hijos se atribuye por el hecho de la filiación al padre y a la madre, salvo en los supuestos previstos en el artículo 111 del Código Civil, que establece la exclusión de la patria potestad cuando el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones que obedezcan a la generación, según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En estos casos queda excluida, como efecto legal de la filiación, la atribución de la patria potestad, cuya titularidad la ostenta el padre y la madre desde el nacimiento del hijo hasta su extinción, que tiene lugar, según dispone el artículo 169 del Código Civil, por la muerte o declaración del fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación o por la adopción del hijo; y siempre que ninguno de ellos se vea privado de aquella por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa matrimonial o criminal (art. 170 del CC). La cotitularidad y el coejercicio de la patria potestad de los padres sobre los hijos representan la regla general, reconociéndose a aquellos un conjunto de derechos y facultades que, sustancialmente se recogen en el artículo 154 del Código Civil, así como representarlos y administrar sus bienes. Asimismo, la patria potestad se podrá ejercer conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 del CC).

En este ejercicio conjunto de los progenitores, ambos deberán responder por los daños ocasionados por su hijo, salvo que pudieran demostrar ambos o uno de ellos, que obraron diligentemente, lo que resulta prácticamente imposible por la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación apuntada (123).

Ahora bien, es claro que el legislador cuando atribuye a ambos progenitores la patria potestad y su correspondiente ejercicio, parte de la existencia de una situación de convivencia y de unidad de actuación o de criterio que de no darse, determina así la adecuación de la norma general a la situación particular que representa: el cese de la convivencia (separación, nulidad, divorcio, ruptura de la unión de hecho), o, el desacuerdo reiterado o puntual de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o la declaración de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores; o, en fin, la separación temporal de estos y, la distribución entre ellos de las funciones en qué consiste la patria potestad.

---

(121) Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 156, nota 32; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 922.

(122) Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 157.

(123) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/23356).

Veamos estas diversas hipótesis. En caso de desacuerdos entre ambos padres, hay que distinguir, por un lado, si estos son reiterados, en cuyo caso, el juez podrá atribuir temporalmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, que será entonces el llamado a responder conforme al artículo 1903 del Código Civil, de los daños ocasionados por sus hijos menores; o podrá limitarse a distribuir entre ellos sus funciones —medida que no podrá exceder nunca de dos años—, de forma que será responsable aquel en cuyo ámbito de actuación (atribución de funciones) designado se haya producido el daño. A igual resultado, se llega en el caso que concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad; y, por otro, si, simplemente, se trata de desacuerdos puntuales, el juez podrá atribuir la facultad de decidir al padre o a la madre, correspondiéndole solo a quien tenga tal facultad decisoria la responsabilidad ante la causación de un daño por el hijo (124).

El artículo 156 del Código Civil contempla, además, la hipótesis apuntada de que uno de los progenitores sea declarado ausente o incapacitado, o se halle imposibilitado de hecho para el ejercicio de la patria potestad, correspondiendo al otro progenitor el ejercicio en exclusiva, resultando responsable consecuentemente de cualquier daño que causen los hijos que se encuentran bajo su potestad (apartado 4). E, igualmente, hace referencia al caso de que los padres vivan separados. La patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. No obstante, como establece el apartado 5, el juez, a solicitud del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre, las funciones, inherentes al ejercicio. Para el supuesto que el juez opte por el ejercicio conjunto, la responsabilidad recae en ambos; en el caso de ejercicio por uno de los padres, que será con el que el hijo conviva, le corresponderá responder, pues, el hecho mismo de la convivencia facilita la prueba exonerativa del no conviviente (125); si, finalmente, se distribuyen las funciones, para determinación del responsable *ex* artículo 1903, habrá que concretar en qué ámbito de decisión se ha producido el daño.

Finalmente, ante situaciones de crisis matrimoniales, aunque no queda afectada la titularidad de la patria potestad, sí, en cambio, el ejercicio, pues, deberá acomodarse a la nueva situación de ruptura de la convivencia. En principio, la guarda de los hijos se separa del conjunto de deberes y facultades que corresponden a ambos cónyuges para ser atribuida a uno en exclusiva, o a uno y a otro alternativamente; y lo que en situación de normalidad es una facultad entre muchas de las que integran la patria potestad, en los casos de ruptura se convierte en el elemento determinante de la función que a los padres compete sobre sus hijos. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges; o acordar el ejercicio compartido (art. 92.4 y 5 del CC).

Puede definirse la guarda como «aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribu-

---

(124) No obstante, como precisa GÓMEZ CALLE, «la dificultad estará en apreciar negligencia en su actuación, cuando la misma contó con el respaldo del Juez, después de oír al padre o a la madre, o al propio hijo». Vid., GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 159.

(125) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 160.

ción unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida y alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia, y desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo culpa o negligencia» (126).

Dos son las tendencias en la doctrina en torno a tal conceptuación. La de quienes conciben el contacto directo, físico y continuo con el hijo como elemento esencial de la guardia y custodia. Estamos ante un concepto restringido (127). Y la de quienes, optando por una noción amplia de esta institución involucran la educación y formación integral de los hijos, esto es, se sobrepasa el mero cuidado o protección física de estos. La guardia y custodia no solo comprende la cohabitación con el menor, sino el conjunto de funciones de relieve personal, que no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse por el progenitor no custodio. Se hace referencia a las funciones esbozadas en el número primero del artículo 154 del Código Civil: derecho-deber de velar, de tener a los hijos en compañía y de procurarles alimentos, educación y formación integral. Aunque se precisa, que estas funciones no pueden ser desarrolladas en plenitud por los dos padres en caso de separación o divorcio matrimoniales, radicándose en uno solo las funciones de carácter personal diario y cotidiano relativas al hijo (128).

Sobre tales bases, en atención al tema que nos ocupa, LACRUZ BERDEJO señala que «la obligación comprende a ambos progenitores, siempre que ambos tengan "la guarda" del menor, expresión que habrá de interpretarse con amplitud, pues, de lo contrario, resultaría que el progenitor que presta más directamente sus cuidados y compañía al menor, el que se sacrifica más, resultaría el más responsable». No es necesaria —continúa— la convivencia para que exista responsabilidad de los padres, aunque sí para que se dé la del tutor, cosa que se deduce con facilidad comparando el tenor del párrafo 2 del artículo 1903 («se encuentran bajo su guarda») con el párrafo 3.º («habitan en su compañía»). Por esta razón, no dispensa de responsabilidad el hecho de habitual separadamente de los hijos y ni siquiera el encontrarse separados los cónyuges» (129). En esta línea, para DE ÁNGEL YAGÜEZ, «en el caso de separación judicial, nulidad y divorcio, parece

---

(126) GUILARTE MARTÍN CALERO, C., «Comentario del nuevo artículo 92 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio),* director: Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 135-136.

(127) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentarios al artículo 92 del Código Civil», en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil,* coordinador: LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, Civitas, 2.ª ed., 1994, pág. 1024.

(128) RAGEL SÁNCHEZ, L., «La guardia y custodia de los hijos», en *Revista de Derecho Privado y Constitución,* núm. 15, 2001, pág. 289; LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos,* La Ley, Madrid, 2008, págs. 58-59. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 5 de febrero de 1993 *(AC* 1993/689); de la Audiencia Provincial de Orense, de 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/96794); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 3 de abril de 2009 *(JUR* 2009/220677).

(129) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. II, «Derecho de Obligaciones», vol. II, «Contrato y cuasicontratos. Delito y cuasidelito», *op. cit.,* pág. 502. En el mismo sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002/44482); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/96794).

que cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor [art. 90 A) y 91 del CC], aunque hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como fundamento (o al menos uno de ellos) la responsabilidad a que nos venimos refiriendo, podría hacerse extensiva la responsabilidad al otro progenitor en cuanto hubiere participado en la educación del hijo». Si bien, precisa a continuación «la letra del precepto, sin embargo, parece abonar la tesis restrictiva» (130).

Lo cierto es que el artículo 1903 del Código Civil, cuando emplea la expresión *se encuentran bajo su guarda,* la mayoría de la doctrina opta por un criterio restrictivo en cuanto a su alcance, así en el caso de crisis de pareja, matrimonial o no, que dé lugar a una resolución judicial que atribuya la custodia a uno de los progenitores (arts. 90 y 92 del CC), solo aquel que lo tendrá bajo su guarda, con independencia de que la titularidad de la patria potestad corresponda a ambos progenitores, será el obligado a responder por los actos ilícitos de sus hijos menores. Habitualmente, será el progenitor con el que el hijo conviva y quien ejerza la patria potestad (131). Desde tal perspectiva, se considerará, asimismo, «guardador» al cónyuge no conviviente durante el ejercicio del derecho de visitas, comunicación o estancia (art. 94) (132). De acordarse la guardia y

---

(130) De Ángel Yagüez, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1975; del mismo autor, «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2010.

(131) Pantaleón Prieto, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.,* pág. 5956; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 928; Parra Lucán, M.ª Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.,* pág. 916; De Ángel Yagüez, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2011. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 *(RJ* 1990/7860); las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/80471); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 26 de junio de 2001 *(JUR* 2001/249752), responsabilidad de la madre que tiene atribuida la guarda y custodia; de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 21 de abril de 2004 *(JUR* 2004/151422), guarda y custodia atribuida a la madre; de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.ª, de 18 de octubre de 2004 *(JUR* 2005/58338); de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/96794); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 27 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/129406); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 12 de junio de 2008 *(AC* 2008/1548).

(132) Peña López, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2159; Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2057; Paños Pérez, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.,* págs. 104 y 134, aplicando la llamada «teoría del traspaso de responsabilidad», según la cual, el derecho de visitas transfiere la guarda del menor durante los periodos de tiempo en que esta tiene lugar; Atienza Navarro, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.,* pág. 453, quien de manera acertada precisa que, ello no implicaría la exoneración automática del otro que siempre podrá resultar condenado a indemnizar los daños y perjuicios, si se demuestra que su conducta estuvo conectada causalmente con el hecho dañoso; y lo mismo cree que podría predicarse en sentido contrario, pues, cabría condenar, en algún caso, al progenitor que no ejerce la patria potestad cuando su negligencia esté conectada causalmente con el daño que el hijo irroga bajo la vigilancia del otro (pág. 454); De Ángel Yagüez, R., «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2011, siempre que se siga el criterio de culpa *in vigilando*; pues, si se opta por

custodia compartida prevista en el artículo 92 del Código Civil, el ejercicio alterno en la guardia y custodia de los menores, que exige esta modalidad de guarda, supondrá igualmente, una alternancia en el sujeto responsable, siendo el progenitor que ostenta la guarda y custodia efectiva del menor (133). Sin embargo, al implicar tal guarda una actuación más activa e intensa de ambos progenitores en el cuidado y trato de los hijos, y una corresponsabilidad o simultaneidad en el ejercicio de la custodia, debería ser también conjunta la responsabilidad de ambos progenitores, salvo que alguno de los progenitores pruebe su diligencia en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, supuesto problemático es el del menor que realiza el hecho dañoso durante el periodo de tiempo que le corresponde estar con el progenitor no custodio, esto es, el que tiene atribuido el derecho de visitas, pero ante el incumplimiento de este, se halla con el otro y tiene lugar el hecho dañoso. Algún autor entiende que, en este caso debería responder quien se encontrara con el hijo en el momento de la causación del daño, pero con la posibilidad de repetir una parte de la indemnización frente al progenitor infractor, que no puede ser recompensado con la liberalización de su responsabilidad ante el incumplimiento de deberes irrenunciables (134). Sin embargo, para la mayoría de la doctrina dicha afirmación no puede generalizarse, y ello porque, como precisa ATIENZA NAVARRO, «por muy reprochable que pudiera resultar la conducta del progenitor que infringe el derecho de visitas, la responsabilidad civil no está destinada a sancionar comportamientos, sino a reparar el daño causado cuando se cumplen los presupuestos para ello» (135). Así las cosas, solo se podría exigir responsabilidad a este progenitor, si se prueba que el daño está conectado causalmente con la infracción del derecho de visitas, o porque su defecto de vigilancia, cuando debía prestarla, ha contribuido a la producción del resultado dañoso, pero no porque ha incumplido el régimen de visitas (136).

En este contexto, si optásemos por objetivar la responsabilidad de los padres *ex* artículo 1903, en la línea marcada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias, se podría desde la culpa *in educando* como fundamento de la responsabilidad, y en aras de una interpretación flexible y, amplia de guarda, responsabilizar a ambos progenitores, pues, en los términos expuestos,

---

el de la culpa *in educando*, habrá de exigirse la responsabilidad al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor.

Por su parte, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 *(RJ* 1990/7860), señala al respecto que «no se puede ignorar el carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues, en el presente caso dada la edad del menor, de diecisiete años, se la autoriza a acudir y permanecer bajo su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna». En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 1997 *(AC* 1997/463).

(133) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.ª, de 18 de octubre de 2004 *(JUR* 2005/58338).

(134) PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados», *op. cit.,* pág. 136, siempre que en base a la teoría del traspaso de la responsabilidad se compruebe que no se ha producido el traspaso real del menor al progenitor que le correspondía el derecho de visitas.

(135) ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, pág. 454.

(136) ATIENZA NAVARRO, M.ª L., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *op. cit.*, págs. 454-455.

el conjunto de funciones de relieve personal no son totalmente privativas de la persona a quien se ha atribuido la guarda y custodia, sino que, en parte, deben observarse por el progenitor no custodio (137).

Aunque la regla general sea la cotitularidad y coejercicio de la patria potestad, en los términos señalados, se pueden dar situaciones donde, al padre y/o a la madre se les priven total o parcialmente de su patria potestad, esto es, tanto de la titularidad como del ejercicio, «por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial» (art. 170 del CC). Estas conductas y actuaciones inadecuadas o irresponsables de los padres que constituyen incumplimiento de los deberes inherente a la patria potestad pueden revelarse en un procedimiento penal, o en un procedimiento civil, ya sea *ad hoc*, es decir, tengan por finalidad única y exclusiva la privación de la patria potestad, o en un procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio. De acordarse la privación de la patria potestad respecto de ambos progenitores, se procederá al nombramiento de un tutor a cuyo cuidado deberán quedar los hijos menores o incapacitados de ambos (art. 222.1 del CC) y, sobre él, recaerá la eventual responsabilidad por los daños de sus tutelados; de solo alcanzar la privación a uno de los progenitores, la titularidad y el ejercicio corresponderá en exclusiva al otro progenitor, siendo por tanto, este el único responsable *ex* artículo 1903 del Código Civil, pese a corresponder al progenitor privado de la patria potestad respecto de sus hijos, la obligación de alimentos (arts. 154 y 143 del CC), y la obligación de velar por ellos (art. 110 del CC).

Por otra parte, en la línea señalada de cotitularidad y coejercicio, la eventual *separación de hecho* de los padres por razones laborales o profesionales, de salud, incluso ante una eventual crisis matrimonial, y pese a lo dispuesto en el artículo 156.5 del Código Civil, comparto el sentido mayoritario de la doctrina de no eximir al padre no conviviente de sus deberes para con sus hijos y de su responsabilidad frente a terceros perjudicados, pues, atendiendo a la supresión del requisito de la convivencia del artículo 1903 del citado cuerpo legal, y mientras por resolución judicial no se determine la atribución de la guarda, ambos siguen conservando la titularidad y el ejercicio (138).

---

(137) La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.ª, de 4 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002/253223), sobre la base que la educación del menor es un hecho trascendente, condena a ambos padres a pesar de estar divorciados y de vivir el menor con la madre a abonar la cantidad de 17.621 euros por los destrozos causados por aquel en actos de violencia callejera (conocida con la *kale borroka*). Se afirma en la sentencia que «*el déficit en la educación de los hijos es reprochable por igual a ambos progenitores dado que a los dos incumbe, por igual, el deber de educación que comporta la patria potestad*». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.ª, de 16 de mayo de 2005 *(AC* 2005/1370), cuando ante la edad del menor de diecisiete años precisa que «el control del menor por los padres que tienen atribuida la guardia y custodia es cuando menos muy relativo, exigiéndose la imputación a que se refiere el artículo 1903 del Código Civil, a cualquier de los dos».

(138) En este sentido, vid., López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 129-131; Navarro Michel, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 73-74; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 921; Peña López, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2159; Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del

En este contexto, los padres pueden *delegar* el ejercicio de la patria potestad en terceros; estos asumen la guarda de los menores, lo que, asimismo, supone un traslado de la responsabilidad por los daños ocasionados por tales menores, y, en consecuencia, la exclusión de la responsabilidad de los padres. Pensemos en la estancia del menor en un centro docente, y, que la producción del daño tiene lugar durante el horario escolar (139); o cuando ante una situación de desamparo del menor acreditada por la entidad pública, se procede a una tutela

---

Código Civil», *op. cit.*, pág. 2057; PEÑA PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.*, pág. 130.

(139) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1990 *(RJ* 1990/8538); de 15 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994/9421), donde se indica que «mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues, durante su estancia en el Colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que, como dice la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991/8910), dichas funciones se entiende que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada»; de 10 de octubre de 1995 *(RJ* 1995/7186); de 10 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996/8975); y de 29 de diciembre de 1998 *(RJ* 1998/9980), en donde se proclama que «no es posible ejercer por parte de los padres las funciones de vigilancia sobre los hijos desde el momento de la entrada de los menores en el Centro escolar hasta su salida al finalizar la jornada escolar, ya que durante este tiempo dichas funciones de vigilancia se traspasan a los cuidadores y profesores del Colegio». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 14 de diciembre de 1999 *(AC* 1999/7450), que condena a la Conselleria de Educación, titular del Colegio Público, por daños a un menor ocasionados por otro menor con ocasión del regreso a su domicilio en el servicio de transporte escolar, al entender que los progenitores «confían, y ceden la guarda, custodia y vigilancia al Centro Escolar donde reciben educación, respecto del cual el autobús constituye, así una extensión»; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 14 de septiembre de 2001 *(AC* 2002/337), menores expulsados de una clase a la que asistían saliendo al exterior del centro escolar; de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/178684), el menor se encontraba bajo la custodia del entrenador de rugby durante el desplazamiento para disputar un partido amistoso; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 2 de septiembre de 2002 *(AC* 2002/1421), pese a que las lesiones causada por un menor ocurrieron en el primer día de curso, se condena a los padres porque la jornada lectiva se limitó a la mera formalidad de la presentación del profesorado; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 8 de marzo de 2003 *(JUR* 2003/149656), actividad extraescolar; y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 3 de marzo de 2008 *(JUR* 2008/191319). En las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 *(AC* 2004/2085); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133131); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 25 de marzo de 2009 *(JUR* 2009/284744), se condena además de al centro docente, a los padres, por la labor de coeducación del menor que corresponde a estos.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995/9667), no consideró responsable al Centro Docente por la imprevisibilidad del evento, al tratarse de juegos desarrollados en el patio y el balón utilizado han de considerarse una actividad normal y que transcurría bajo la vigilancia de una profesora; y el golpe del balón, que no fue intenso y no dejó huella traumática alguna, fue un mero desencadenante circunstancial de un suceso epiléptico entre numerosas crisis anteriores todas ellas superadas sin dificultad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 27 de mayo de 1998 *(AC* 1998/5619) por encontrarse ya finalizada la jornada escolar cuando se produjeron las lesiones al menor por los golpes de otros compañeros.

administrativa (acogimiento residencial, o familiar), con suspensión de la patria potestad (art. 172 del CC) (140); o simplemente se deja al menor bajo la vigilancia de un familiar (141) o de otra persona (142).

En todo caso, conviene aclarar que ante un eventual desamparo del menor, sin asunción por la entidad pública de la tutela, al seguir estando el menor bajo la guarda de sus progenitores, estos responden de los daños que aquel cause. Cuestión distinta, y en eso opera la delegación apuntada, cuando ya se haya hecho efectiva tal tutela automática, y, por consiguiente, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (art. 172.1.III del CC), como igualmente, en el caso de la entrega de la guarda temporal a la entidad pública que en cada territorio tiene encomendada la tutela de menores, cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor (art. 172.2 del CC); la guarda viene a asumirla la entidad pública, y, por tanto, la exigencia de responsabilidad ante los daños ocasionados por los menores de edad tutelados corresponde asumirla a tal entidad (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2005) (143).

---

(140) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 26 de enero de 2004, en la que se condena a la Junta de Castilla y León al encontrarse el menor acusado bajo la guarda de dicha entidad; de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 10 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/226), responsabilidad de la Diputación Foral de Álava al haber asumido la guarda legal del menor el Instituto Foral de Bienestar Social; y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2005 *(JUR* 2005/101096), responsabilidad del Instituto de Bienestar Social que asumió la guarda administrativa del menor.

(141) La sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 9 de enero de 1998 *(AC* 1998/2816), hace responsable al tío del menor por los daños acaecidos durante la estancia del menor en la vivienda de aquel, pues, hay «un traspaso del deber de vigilancia y custodia a un familiar (próximo) que pasa a ostentar la guarda de hecho de su sobrino, y sobre quien recae el deber de vigilancia sobre el menor mientras permanece bajo su guarda». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 15 de septiembre de 2000 *(AC* 2000/4643), declara no responsables a los padres del menor que originó el incendio de la casa de los actores, pues, fueron estos lo que se hicieron cargo del menor, y permitieron que se quedaran con otros menores solos en casa, sin ningún tipo de vigilancia, pese a ser los anfitriones y responsables en ese momento de los niños. Los padres del menor Aitor de buena fe «depositaron» a su hijo en casa de los actores, quienes omitieron el deber de vigilancia de los menores saliendo a dar un paseo y dejando solos a los tres menores. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de noviembre de 1999 *(JUR* 2000/34666), al entrar el hijo en el marco de vigilancia del propio empresario en función de su actividad laboral, lo que implica un desplazamiento de la diligencia *in custodiando*. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, de 28 de enero de 2008 *(JUR* 2008/174768), se considera responsables a los padres por culpa *in vigilando,* y ausencia de responsabilidad del abuelo por el hecho de recogerlo del colegio.

(142) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/178684), menor bajo la custodia de entrenador de rugby durante el desplazamiento para disputar un partido amistoso; y de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.ª, de 30 de abril de 2010 *(JUR* 2010/389119), responsabilidad del novio mayor de edad por incumplir las facultades de vigilancia y custodia del menor.

(143) *JUR* 2005/101096.

C) *La existencia de culpa de los padres en la guarda del hijo*

Los padres, en los términos ya expuestos, responden cuando con su comportamiento han contribuido indirectamente al resultado dañoso del hijo por culpa propia (con mayor frecuencia por culpa *in vigilando* que por culpa *in educando*) (144), quedando, en consecuencia, exonerados de la pretensión resarcitoria, cuando prueben que observaron la diligencia exigible a un buen padre de familia en su comportamiento esto es, cumplieron con sus deberes de vigilancia y control —más atenuados estos en su alcance respecto a los menores maduros— (145); o demuestren la falta de nexo causal entre su conducta y el resultado dañoso; o un supuesto de caso fortuito (146).

Pues, como precisa YZQUIERDO TOLSADA, «naturalmente, si la culpa paterna fuera un verdadero presupuesto de la responsabilidad, seguro que habría que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, ya sea las atinentes al propio menor (la edad, el carácter, los hábitos, el estado mental, el grado de desarrollo intelectual, la formación recibida…), ya las afectantes a los propios padres (número de hijos menores, recursos económicos…) o las puramente objetivas o de contexto (medio rural o urbano, práctica más o menos extendida de determinados juegos u objetos peligrosos como son las cerillas o los petardos…)» (147).

---

(144) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 29 de noviembre de 2000 *(AC* 2000/2417).

(145) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 1993 *(RJ* 1993/6161); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2001 *(AC* 2001/254), ausencia de culpa *in vigilando* por parte de la madre; y de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 1 de abril de 2008 *(JUR* 2008/181166).

(146) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 *(RJ* 1983/3517), define caso fortuito como «aquellos sucesos que no hubieran podido preverse», o en sucesos que «previstos fueran inevitables», ninguna de cuyas aceptaciones se conforma con los hechos que la sentencia recurrida en uso de sus facultades de apreciación de la prueba consideró demostrados; en cuanto que el hecho de lanzar piedras por un niño de once años, hallándose cerca otras personas, permite prever a cualquier observador que puede causar daños a estas personas, y además, se trata de actos que pueden fácilmente evitarse, es decir de circunstancias totalmente contrarias a las notas legales del caso fortuito como causa exonerativa del cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños causados por actos ilícitos nocivos para bienes jurídicamente protegidos»; y, añade «dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quien los crea, y, en este sentido, el padre o cuidador de un menor responde de los daños que este causa a terceros, pues creó el riesgos de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe por ello resarcirlos, a menor que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la ley; y lo que no ocurrió en el caso debatido».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002/3094), no responsabilizó a los padres de una menor de cinco años por la lesión que la misma causó en el ojo de otra menor al soltar el extremo de la comba cuando saltaba con otras niñas en el recreo del centro escolar, al resultar una actividad lúdica, inocua y, de general práctica entre las niñas de dicha edad, y, añade, además, la sentencia que, si se produjo ese resultado dañoso, fue por un fatal accidente. Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección única), de 27 de mayo de 2003 *(JUR* 2003/167629); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de noviembre de 2003 *(JUR* 2004/4875). No así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999/7622).

(147) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* págs. 922-923.

D) *Relación de causalidad*

La doctrina que opera sobre la base subjetiva de la responsabilidad y, en consecuencia, de la premisa del criterio de imputación legal para exigir responsabilidad a los padres por los hechos de sus hijos basado en su culpa *in vigilando* o *in educando*, en términos de causalidad jurídica se constata la necesidad, además de la culpa, de la existencia de un nexo causal entre la omisión culposa de los padres y el resultado dañoso causado por el hijo (148). No obstante, tal nexo la mayoría de las veces o no existe o es muy difícil de demostrar, como en el caso que el menor tenga suficiente capacidad de entender y querer, o cuando se pretende imputar a los padres una culpa *in educando* (149). En todo caso, como afirma ROGEL VIDE, «solo cuando los daños no han sido causados por el menor, no responde el padre; en todos los demás casos, responde siempre», para concluir el autor que, a efectos prácticos el auténtico nexo causal se debe dar entre la actuación del hijo y el daño ocasionado por el mismo (150).

3. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

En situaciones familiares normales, en que ambos progenitores son titulares de la patria potestad, están obligados a responder por igual conforme al artículo 1903 del Código Civil. Su responsabilidad es, por tanto, solidaria o indistinta, sin perjuicio que en la relación interna, este deber de resarcir quede dividido por mitad. Entre otros argumentos esgrimidos por la doctrina está: «1) La tendencia favorable del Tribunal Supremo hacia la solidaridad, cuando son varios los responsables del mismo daño, constituyéndose aquella en la regla general y la mancomunidad en la excepción; 2) El ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156 del CC); 3) El artículo 1137 del Código Civil impone expresamente el régimen de la mancomunidad, y admite la solidaridad como excepción "cuando la obligación expresamente lo determine"; el artículo 1903 atribuye a los padres indistintamente la obligación de responder, posibilitando a través de esta regulación que el perjudicado pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o frente a ambos para exigir la reparación del daño; 4) Principio *por damnato*» (151).

---

(148) GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres,* Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 295. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 15 de marzo de 2002 *(JUR* 2002/140095), se ha de probar la relación de causalidad.

(149) PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.,* pág. 107.

(150) ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1975)», en *Anuario de Derecho Civil,* T. XXIX, 1976, págs. 1245-1246.

(151) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 179; NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 94-95; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 118-119; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 878-879; CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», *op. cit.,* pág. 743; PAÑOS PÉREZ, A., «La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores...», *op. cit.,* pág. 112. El mismo criterio en el ámbito

Ahora bien, con qué bienes se ha de hacer efectiva la indemnización correspondiente. Tal planteamiento exige determinar, en primer lugar, cuál es el régimen matrimonial existente. En el caso de ser el de sociedad de gananciales, tres son los preceptos en los que se puede basar la responsabilidad del patrimonio ganancial frente al tercero perjudicado; así los artículos 1362.1, 1365.1.º, 1366 y 1367 del Código Civil (152). Los dos primeros basan la responsabilidad del patrimonio ganancial en el ejercicio de la potestad doméstica, y se ha de relacionar con lo dispuesto en el artículo 1319.2, precisamente para el supuesto que uno de los cónyuges se considerase no responsable; lo que por el propio tenor del precepto, sin embargo, al final si se le hace responsable, en el caso de que no existan bienes comunes y privativos del cónyuge que haya contraído la deuda, pues responderá el patrimonio del cónyuge exonerado; además, la potestad doméstica viene referida a las necesidades ordinarias de la familia, no a las extraordinarias; por otra parte, el artículo 1366 viene a hacer referencia a las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, pero qué ocurre cuando estas son contraídas por ambos cónyuges, pero aún en el caso de ser asumida por uno solo difícilmente se puede encuadrar el artículo 1903 en el artículo 1366, «actuación en beneficio de la sociedad» (153); sobre tales bases parece que lo más adecuado para justificar la responsabilidad de los bienes gananciales es sustentar la obligación de reparar contraída por ambos cónyuges en el artículo 1367, a cuyo tenor literal, los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente; lo que partiendo de que estamos ante una obligación extracontractual basada en la culpa *ex* artículo 1903 del Código Civil, en el que el daño causado por el hijo menor es consecuencia de un inadecuado desempeño de la patria potestad por ambos progenitores que la ejercen conjuntamente, ambos son responsables, de ahí que,

---

del Derecho Comparado, vid., artículo 1834 del Code Civil; artículo 1114 del Código Civil argentino; y parágrafo 840.1 del BGB.

El Tribunal Supremo ha condenado en varias ocasiones a los padres solidariamente. Así, en la sentencia, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1983 *(RJ* 1983/867), aunque en este caso, ante la dificultad de determinar el causante concreto del daño, optó el Tribunal por condenar solidariamente a todos los padres de los menores coautores del acto dañoso; en la sentencia de 13 de septiembre de 1985 *(RJ* 1985/4259), insiste en la condena solidaria a los padres de los menores coautores del acto dañoso; y en la sentencia de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149), y de 5 de abril de 1995 *(RJ* 1995/3414), condena, asimismo, a los padres del menor causante del daño de forma solidaria. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002/44482).

(152) Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 502, considera aplicables los artículos 1362.1, 1366 y 1367 del Código Civil. Mientras que De Ángel Yagüez, R., «Comentario del artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1975, opta por la aplicación analógica del artículo 1362 del Código Civil. Torralba Soriano, V., «Comentario al artículo 1366 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1696, lo basa, sin embargo, en el artículo 1365 del Código Civil; y Paños Pérez, A., «La responsabilidad civil de loa padres por los daños causados por menores...», *op. cit.,* págs. 122-123, en los artículos 1366 y 1367 del Código Civil. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 1997 *(RJ* 1997/5576) considera que la obligación que deriva del artículo 1903 del Código Civil está comprendida en el artículo 1366 del citado cuerpo legal.

(153) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 1993 *(AC* 1993/2509), sin embargo, considera de aplicación el artículo 1366 del Código Civil.

se considere común la obligación de reparar y se haga efectiva tal deuda sobre patrimonio ganancial (154).

En este contexto, los bienes gananciales responden por tratarse de una obligación común, y contraída por ambos cónyuges conjuntamente. Cuando de esta sea responsable uno de los cónyuges al haber quedado el otro exonerado o encontrarnos en algunas de las situaciones apuntadas en el otro apartado, como una separación de hecho de los padres, subsistiendo el régimen de gananciales, y donde la guarda del menor se ejercita por el progenitor con quien convive, la obligación de reparar pasa a ser exclusiva de uno solo de los cónyuges, respondiendo su patrimonio personal, y a falta del mismo, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, como establece el artículo 1373 del Código Civil (155).

De ser el régimen pactado el de separación de bienes, y asumida por ambos la obligación de reparar, esta se la considera como una carga del matrimonio, ambos responden solidariamente frente al tercero perjudicado, sin perjuicio de que en las relaciones internas, a falta de convenio, cada uno responda en proporción a sus recursos económicos (art. 1438 del CC). Si excepcionalmente uno de los padres resultare exonerado, existirá un único obligado y por tanto, responsable, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1440.1 del Código Civil (156).

Si el régimen fuera el de participación, se aplican las mismas reglas que en el régimen de separación, por la expresa remisión del artículo 1413, si bien, el artículo 1426 posibilita que el cónyuge que pagó lo que constituía una obligación de ambos, ostente un crédito contra su consorte, que se computará en los respectivos patrimonios finales al término del régimen.

Por otra parte, nuestro ordenamiento concede un amplio margen de libertad a los cónyuges para que pacten en capitulaciones matrimoniales antes o después de la celebración del matrimonio, todas las disposiciones que estimen pertinentes, si bien, con la limitación prevista en el artículo 1328 del Código Civil, en el que se sanciona con nulidad cualquier estipulación contraria a la ley, las buenas costumbres, o limitativa de la igualdad de derechos de los cónyuges. Así, será nulo el pacto en que uno de los cónyuges se comprometa a responder en exclusiva, con su patrimonio privativo de los daños causados por los hijos comunes; y los terceros perjudicados podrán dirigirse contra ambos progenitores, cuando resulten obligados a tenor del artículo 1903.2, respondiendo frente a aquellos solidariamente y de acuerdo con el régimen económico de su matrimonio. En las relaciones internas, en cambio, son libres los cónyuges de llegar a los acuerdos que estimen pertinentes (art. 1323 del CC). De forma que pueden convenir que

---

(154) Vid., en este mismo sentido, Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 180; López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 124. Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2002.

(155) Gómez Calle, E., *Últ. Lug. Cit.*; López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 124-125; Navarro Michel, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, págs. 99-100; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, pág. 925.

(156) Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.*, pág. 180; López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 126; Navarro Michel, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.*, pág. 100; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.*, págs. 925-926.

uno abone el montante íntegro de la indemnización, con o sin exigir el reintegro o contraprestación a cambio al otro progenitor (157).

Ahora bien, de ser el menor, civilmente imputable, y dándose los demás requisitos del artículo 1902 del Código Civil, como hemos señalado, deberá este responder por los daños causados a terceros, además de, en su caso, los padres bajo cuya guarda se encuentran tales menores. En tal caso, al tratarse de varios sujetos responsables del mismo daño, será, igualmente, aplicable la regla de la solidaridad, pudiendo el dañado dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables (158), sin perjuicio del derecho de repetición contra el otro, por parte del que hubiera satisfecho la deuda de acuerdo con el artículo 1145 del Código Civil. Con ello no sería preciso recurrir a la aplicación del artículo 1904 del Código Civil (159). Si, en cambio, el menor es inimputable civil y penalmente, y las víctimas son también menores, cuando no le es objetivamente imputable

---

(157) López Beltrán de Heredia, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 122, considera que tales pactos «carecen de eficacia frente a terceros»; Navarro Michel, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 100-101.

(158) En la doctrina ha sido defendida la solidaridad entre padres e hijos, por Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 175; Díaz Alabart, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 876-877; Peña López, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2125; Abril Campoy, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.*, págs. 38-39.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica la doctrina de la solidaridad tanto cuando existen varios responsables *ex* artículo 1902 del Código Civil, como cuando concurre el agente directo con quien responde *ex* artículo 1903 del Código Civil, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992/10559); de 4 de abril de 1997 *(RJ* 1997/2639); y de 8 de marzo de 2002 *(RJ* 2002/1912). También, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2003 *(JUR* 2003/223270); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 4 de abril de 2012 *(La Ley* 45749/2012).

(159) Como, asimismo, precisa Gómez Calle, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 176, «la aplicación del artículo 1904 no solo es discutible, sino que conduciría a resultados no deseables, ya que consagra un derecho de regreso por todo lo satisfecho, su aplicación en nuestro caso supondría que, de ser ejercitado por los padres, el único responsable final del daño sería el hijo sometido a su guarda, mientras que los mismos padres que han contribuido culposamente a la causación del daño por incumplir sus deberes de guarda para con sus hijos, quedarían indemnes», y añade: «puede que la finalidad del legislador con el artículo 1904 del Código Civil fuera hacer único responsable del daño, en última instancia, a quien directamente lo causó; pero como este resultado parece criticable especialmente referido a menores de edad cuya actuación dañosa se debe en parte a un deficiente ejercicio de la guarda por los padres». Por su parte, Abril Campoy, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *op. cit.,* págs. 35-36 y 48-49, señala ante la imputabilidad civil del menor, en el que se atribuye la responsabilidad directa al menor por los daños originados por ellos mismos (responsabilidad por hecho propio), mientras que los padres responder por hecho ajeno, lo que le permiten repetir conforme a lo dispuesto en el artículo 1904 del Código Civil; sin embargo, cuando se refiere al análisis de la LORPM, considera aplicable el artículo 1145 del Código Civil, disponiendo, asimismo, al respecto que «la facultad de repetición a los padres debería conferirse por el total, cuando resulten condenados al pago, pese a su actuación diligente, mientras que, si media culpa o negligencia por su parte, la repetición procedería en atención al grado de culpa en la producción del evento dañoso». En cambio, consideran aplicable el artículo 1904 del Código Civil a todos los sujetos en situación de dependencia, incluidos los

todo el daño, se puede hablar de concurrencia de culpas en la responsabilidad; y excluir la responsabilidad, si el daño es imputable en exclusiva a la actuación de quien lo padeció.

Si el hijo es civilmente inimputable, no tiene que responder conforme al artículo 1902 del Código Civil, lo que no empece para que los padres respondan conforme al artículo 1903 del Código Civil. Ante la posible insolvencia de los padres se ha planteado por una parte de la doctrina, la posibilidad de aplicar al ámbito del ilícito civil, los artículos relativos a la responsabilidad civil *ex delictum* de los inimputables penales (art. 20.1.ª II de 1973 del CP), y obtener la reparación del menor cuando este fuera solvente (160). Ni el nuevo Código Penal contiene una norma semejante al antiguo artículo 20.1.ª II, ni la redacción del actual artículo 118.1.1.ª del Código Penal, aunque declara responsables civiles, junto a quienes los tienen bajo su guarda, a los autores de hechos penalmente tipificados en quienes concurren las eximentes de los números 1 y 3 del artículo 20 del Código Penal, resulta de aplicación a los ilícitos civiles. Tampoco en la LORPM existe precepto alguno que permita la aplicación analógica de tal doctrina a ilícitos civiles de los menores civilmente inimputables —de existir, en todo caso, quedaría limitada atendiendo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley, a los mayores de catorce años (arts. 1 y 61.3)— (161).

En este contexto, aunque los padres no estén casados entre sí, la patria potestad será, igualmente, ejercitada por ambos progenitores, siempre que respecto de los mismos esté legalmente determinada la filiación, de forma que les resulta aplicable lo expuesto en líneas precedentes. Así, si ambos progenitores tienen bajo su guarda al menor, ambos responden ex artículo 1903 del Código Civil; de ser confiada ante una eventual separación, a uno de ellos, a este únicamente corresponderá tal responsabilidad; y de no mediar resolución judicial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156.5.º del Código Civil, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, siendo este, pues, el responsable; sin perjuicio de que el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, puede, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio; de forma que, habrá que atender a lo que disponga el juez, para determinar quien responde ante los actos dañosos de sus hijos menores de edad.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y OTROS GUARDADORES

El artículo 1903.3 exige para que efectivamente se haya constituido la tutela, la convivencia del tutor con el tutelado, sin que la ausencia temporal por motivos laborales o sociales rompa tal convivencia; por su parte, el artículo 269 del Código

---

que ejercen la patria potestad, NAVARRO MICHEL, M., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* págs. 101-102.

(160) Vid., PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil,* T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1975, diferencia según se tratase de un menor de edad imputable civilmente o no, para proclamar en el primer caso la responsabilidad directa y no subsidiaria del menor y solidaria con sus progenitores. Vid., igualmente, ASÚA GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Civil,* T. II, Madrid, 2000, pág. 476.

(161) En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», *op. cit.,* pág. 178; PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2159.

Civil no incluye entre los deberes del tutor, «tener al tutelado en su compañía», lo que determina que la guarda no implica necesariamente la convivencia, con lo que coincide con la exigencia de responsabilidad de los padres, centrada esencialmente en la guarda (162). Se trata, al igual que la que corresponde a los progenitores, de una responsabilidad por culpa *in vigilando* (163). De ser nombrados más de un tutor, habrá que atender a si se diferencia entre tutela de persona o de patrimonio, de ser así, la eventual responsabilidad por los actos dañosos de sus tutelados recaerá sobre quien ejerce la tutela de la persona; si no existe tal reparto de funciones, a todos ellos les es exigible la responsabilidad (responsabilidad solidaria, si cada uno puede actuar sin necesidad de deliberar con los demás, o responsabilidad mancomunada, si todos tienen que actuar de forma conjunta) (164). Cabe tutela ejercitada por persona física como jurídica (arts. 172, 239 y 242 del CC), en este último caso, no parece que exista inconveniente en que la persona jurídica —a través de la persona física en quien delegue—, o el director del centro que tiene encomendada la guarda de los menores respondan si se dan las circunstancias del artículo 1903 del Código Civil (165). La responsabilidad establecida para el tutor no es aplicable en general al curador, pues solo actúa para completar la capacidad del curatelado en determinados actos y negocios jurídicos, salvo que la sentencia de incapacitación haya extendido las funciones del curador al ámbito personal —lo que puede abonar el terreno a una eventual responsabilidad civil del curador por daños causados por el sometido a esta forma de guarda— (166), ni tampoco al defensor judicial, cuyo nombramiento temporal es simplemente para resolver conflictos entre un sujeto y sus representantes legales o curador, o para los casos en los que por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñen sus funciones, supuesto este en el cual el nombramiento estará limitado al tiempo que dure la causa determinante o se

---

(162) Recordemos que el requisito de la convivencia con el pupilo se precisa para dar lugar a la responsabilidad del tutor en el artículo 120.1 del Código Penal, pero no en el artículo 118.1.ª (inimputables penales), ni en el artículo 61.3 de la LORPM (mayores de catorce años y menores de dieciocho autores de actos penalmente típicos).

(163) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 7 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/54284).

(164) Díaz-Alabart, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* pág. 828; Peña Fernández, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2159; Pantaleón Prieto, F., «Responsabilidad por hecho ajeno», *op. cit.,* pág. 5956; Martín-Casals, M., y Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2058.

(165) Díaz-Alabart, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* pág. 830; Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 960, precisa que en los casos de tutela de persona jurídica, el régimen común de responsabilidad del tutor se solapa con el de responsabilidad del empresario (art. 1903.4); por lo que se comprende la eventual acción de regreso que este puede tener contra la persona física que ejerció negligentemente el cargo y dio con ello lugar a la producción del daño por el incapacitado. Si se trata de tutelas atribuidas a una entidad pública será preciso tener en cuenta la regulación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1995; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 17 de enero de 2000; y de Zaragoza, Sección 5.ª, de 7 de diciembre de 2000.

(166) En esta línea, Yzquierdo Tolsada, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 964.

designe otra persona para desempeñar el cargo (art. 299.1 y 2 del CC) (167). No obstante lo expuesto, podría sostenerse la responsabilidad civil del defensor en los casos en que actúe para sustituir al tutor, pues, estaría actuando como un auténtico tutor (168). Sí, en cambio, podría trasladarse al guardador de hecho, pues, la doctrina señala que *de facto* regiría para ella las normas de la tutela en general, por tanto, sería responsable cuando su actuación fáctica fuera equiparable a la del tutor (169); en todo caso, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, cabe, en algunos casos, la acumulación de responsabilidad del guardador con la del padre o tutor, lo que eventualmente conduciría a una condena solidaria, o si quien de hecho se ocupa del menor o incapaz hubiera sido contratado por los padres, puede darse la posibilidad de que, siendo el guardador realmente culpable del hecho del menor, el padre pueda ser llamado a reparar por la vía del artículo 1903.4, en calidad de «empresario» del guardador (170).

Finalmente, es dudoso que sobre la base del artículo 229 del Código Civil, alcance también a los parientes que deben constituir la tutela la responsabilidad *ex* artículo 1903 del citado cuerpo legal, pues, sería difícil de demostrar la conexión entre la culpa derivada del incumplimiento de constituir la tutela y el daño; aunque también es cierto que, podría utilizarse como vía de escape para evitar una eventual responsabilidad en relación con ciertos actos de los menores que afectan a terceros (171).

---

(167) PEÑA FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2126; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 832-833, quien, no obstante, considera aplicable el artículo 1903 al curador de un incapacitado con amplias facultades de actuación, y al defensor, en el caso contemplado en el número 2 del artículo 299; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 964.

(168) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *op. cit.,* pág. 965.

(169) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* pág. 834; PEÑA FERNÁNDEZ, F., *Últ. Lug. Cit.*; MARTÍNEZ AGUIRRE y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* octubre de 1984, pág. 507, nota 15. En contra, ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho,* Madrid, 1986, pág. 135, al considerar que el artículo 1903 contiene una lista cerrada.

(170) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos», *op. cit.,* pág. 141.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1994 *(RJ* 1994/4568); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, de 3 de marzo de 2005 *(AC* 2005/516), señalan que hay que considerar que la enumeración de los casos que comprende el artículo 1903 del Código Civil no es cerrada o exhaustiva, sino simplemente enunciativa; no obstante, añaden, no puede extenderse la enumeración más allá de aquellos casos en que existe la obligación de responder por hecho ajeno.

(171) PEÑA FERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2160; DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *op. cit.,* págs. 828-829. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 *(RJ* 1984/4296), se condenó a la reparación de los daños causados por un mayor de edad, enajenado, a su madre y hermanos, ejercientes de la guarda de hecho, por no haber promovido la constitución de la tutela.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 567, nos recuerdan simplemente la existencia de ese deber legal que pesa sobre determinadas personas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J. M.: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LXXIX, núm. 675, enero-febrero de 2003.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil,* II, *Derecho de Obligaciones,* 14.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

ATIENZA NAVARRO, M.ª L.: «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», en *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares,* coordinador: José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, *El contrato en general,* 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

GÓMEZ CALLE, E.: *La responsabilidad civil de los padres,* Montecorvo, Madrid, 1992.

— «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil,* T. III, *Parte Especial. Segunda*, coordinador: L. Fernando REGLERO CAMPOS, 4.ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.: Elementos de Derecho Civil,* II, *Derecho de Obligaciones,* vol. II, *Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos,* 4.ª ed. revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Dykinson, Madrid, 2009.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones,* 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor,* Dykinson. Madrid, 2001.

MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.

NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos,* Bosch, Barcelona, 1998.

PAÑOS PÉREZ, A.: *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados,* Atelier, Barcelona, 2010.

PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

PARRA LUCÁN, M.ª Á., «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Curso de Derecho Civil,* vol. II, *Derecho de Obligaciones,* volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011.

Para DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2012, sin embargo, deben responder, a falta de tutor, las personas que tienen la obligación de promover la constitución de la tutela, si no lo hubieran hecho. Ahora bien, añade, que, al igual que para el mero guardador de hecho, tendrán su fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, que en el artículo 1903.

MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2058, señalan que nada impide considerar responsables a estas personas conforme al régimen general del artículo 1902 del Código Civil, ni tampoco de considerarlas responsables solidarias a causa del incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela, conforme al artículo 229 del Código Civil.

ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español,* Civitas, Madrid, 1977.
YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001.
— «La responsabilidad civil de los padres, tutores y guardadores por daños a terceros», en *Tratado de Derecho de Familia,* vol. VI, *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia,* directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 *(RJ* 1979/919).
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2409).
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 *(RJ* 1983/3517).
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1984 *(RJ* 1984/2396).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1991 *(RJ* 1991/304).
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 1991 *(RJ* 1991/1151).
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 1992 *(RJ* 1992/149).
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995/5272).
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1998 *(RJ* 1998/5547).
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000/1520).
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 2002 *(RJ* 2002/1912).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de enero de 2006 *(RJ* 2006/615).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2006 *(RJ* 2006/7170).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2009 *(RJ* 2009/1628).
- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de enero de 1999 *(RJ* 1999/1051).
- SAP de Teruel, de 17 de enero de 1992 *(AC* 1992/153).
- SAP de Vizcaya, de 4 de febrero de 1993 *(AC* 1993/132).
- SAP de Zaragoza, de 27 de diciembre de 1994 *(AC* 1994/2138).
- SAP de Valladolid, de 17 de marzo de 1995 *(AC* 1995/431).
- SAP de Cuenca, de 20 de octubre de 1998 *(AC* 1998/7922).
- SAP de La Rioja, de 10 de enero de 2000 *(AC* 2000/716).
- SAP de Madrid, Sección 11.ª, de 16 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/213642).
- SAP de Barcelona, Sección 17.ª, de 25 de marzo de 2002 *(JUR* 2002/163086).
- SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de abril de 2003 *(JUR* 2003/171110).
- SAP de Madrid, Sección 14.ª, de 8 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249408).
- SAP de Murcia, Sección 2.ª, de 20 de julio de 2005 *(JUR* 2006/4605).
- SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2006 *(AC* 2006/733).
- SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 13 de abril de 2007 *(JUR* 2007/201961).
- SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 28 de enero de 2008 *(JUR* 2008/174768).
- SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 10 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010/117452).
- SAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 9 de junio de 2009 *(JUR* 2010/143118).
- SAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 26 de enero de 2010 *(JUR* 2010/359084).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, de 24 de mayo de 2010 *(JUR* 2010/313819).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, de 4 de abril de 2012 *(La Ley* 45749/2012).

RESUMEN

PATRIA POTESTAD
MENORES DE EDAD
REPRESENTACIÓN
CAPACIDAD

Los padres, como representantes legales de sus hijos menores de edad, responden ante las actuaciones ilícitas civiles y penales de estos, con independencia de su edad, del reconocimiento de cierto ámbito de autonomía y de una capacidad de obrar progresiva —más amplia cuanto más se acerca a la mayoría de edad— no exenta de control paterno. Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis del alcance de la responsabilidad paterna ante los actos ilícitos civiles realizados por sus hijos menores de edad, sugiriendo la necesidad de una adaptación de tal responsabilidad a la nueva realidad social en la que el legislador estatal y autonómico va dotando de una mayor autonomía de actuación a los menores, sin acompañarlo de una flexibilización en la responsabilidad de los padres, sino al contrario se tiende a objetivizarla.

SUMMARY

PARENTS
MINORS
LEGAL REPRESENTATION
CAPACITY

The parents like legal representatives of his children minors answer before the illicit civil and penal actions of these, with independence of his age, of the recognition of certain area of autonomy and of an aptitude to act progressive — more wide when more it approaches the majority of age — it does not exempt of paternal control. On such bases the present study is going to centre on the analysis of the scope of the paternal responsibility before the illicit acts civilians realized by his children minors, suggesting the need of an adjustment of such a responsibility to the new social reality in which the state and autonomous legislator is providing with a major autonomy of action the minors, without accompanying it of a minor flexibility in the responsibility of the parents, but on the contrary it is stretched to make her severer.

LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—IV. ATRIBUCIÓN DEL USO A LA ESPOSA MIENTRAS DURE LA INCAPACITACIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD.—V. LA NO VINCULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—VI. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO ARAGONÉS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE

DE SENTENCIAS DEL TS, DE LOS TSJ Y DE LAS AP ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Tras la existencia de uno de los conocidos principios rectores de todo nuestro ordenamiento jurídico: el principio *favor filii* o *favor minoris,* el párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden (1).

El artículo 96.1 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. El Tribunal Supremo sigue la doctrina de que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil (2).

---

(1) La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010, insiste en que: «El uso de la vivienda familiar, atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 del Código Civil, se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, del Código Civil.

El artículo 96.I del Código Civil establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Y el artículo 96.III del Código Civil añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular, «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96.IV del Código Civil en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido, se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)».

(2) Vid. la STS 221/2011, de 1 de abril (STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14453/2011) que estableció que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil», doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 de abril; 451/2011, de 21 de junio y 642/2011, de 30 de septiembre.

En ellas se argumenta que: «El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y

Es más, recientemente la Sala Primera del TS (3) ha insistido en que al ser el interés del menor el más digno de protección, el principio de rogación se aplica de forma relativa en los procesos del artículo 91 del Código Civil, esto es, «en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar (énfasis añadido)». En aplicación de esta norma, el artículo 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar» (4).

Partimos de la afirmación jurisprudencial de que el artículo 96 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja (5).

La cuestión radica en alargar ese *favor filii* al mayor de edad, de manera que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente,

---

entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 del CCCat y art. 81.2 CDFAragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios».

(3) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de mayo de 2012, recurso 1067/2011. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 304/2012. Número de recurso: 1067/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7896, Sección Jurisprudencia, de 6 de julio de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 58422/2012.

(4) La facultad prevista en el artículo 91 del Código Civil la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el artículo 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni este podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens,* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984.

(5) STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso: 1456/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 14453/2011. El artículo 96 del Código Civil establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El *principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor*, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 234-8 del CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios.

tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

Este es el problema que vamos a tratar en este pequeño estudio jurisprudencial, teniendo presente la STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de marzo de 2012, cuya ponente ha sido doña Encarnación Roca Trías (6).

Todo ello teniendo en cuenta, además, el problema económico social surgido y agravado en los últimos años de la prolongación de estancia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar, la continuación de su necesidad de vivir a expensas de los padres y el alargamiento en el tiempo de su independencia (7).

II. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

La doctrina del Tribunal Supremo se basa en que *no debe extenderse la protección del menor del artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad.*

El argumento se centra en que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca.

De manera que se declara extinguido el derecho de uso de la vivienda, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores.

Criterio jurisprudencial que fue unificado por la sentencia de la Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, siendo ponente don Juan Antonio Xiol Ríos (8), quien distinguió los dos párrafos del artículo 96 del Código Civil en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad.

El primer párrafo atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas (9).

---

(6) STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de marzo de 2012, recurso 1322/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 183/2012. Número de recurso: 1322/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7877, Sección Jurisprudencia, de 11 de junio de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 39626/2012. Sentencia que establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa no puede basarse en la protección del interés de las hijas mayores de edad con las que convive, ya que estas no gozan de la protección que el artículo 96 del Código Civil concede a los hijos menores. La atribución de la vivienda a la esposa debería haberse fundado en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores. En el supuesto de que estas necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el padre podría efectuar la elección que le ofrece el artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos «manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». De ahí que la sentencia concluya insistiendo en la atribución de su uso al marido, propietario de la misma.

(7) Vid., mi artículo, sobre la «Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad», en *RCDI,* núm. 718, año 2010, págs. 767 a 771.

(8) STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, recurso 1755/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 624/2011. Número de recurso: 1755/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 189049/2011.

(9) Así se dice: «Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad, se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal

III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CÓNYUGE MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Esta novedosa sentencia del TS, de 5 de septiembre de 2011, atribuyó el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección cuando los hijos son mayores de edad. En base a la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre, y de la situación de la madre cuyo interés se consideraba más necesitado de protección, tal y como fue acreditado y no discutido, otorgándosele a ella el derecho a usar el domicilio familiar (10).

Esta sentencia dispuso con claridad que *la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor debe aparecer desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad.*

Esto significa que tras alcanzar la mayoría de edad, el hijo que seguirá necesitando una vivienda donde habitar, no deberá seguir haciéndolo en base a la atribución de su derecho de uso como menor de edad del artículo 96 del Código Civil, sino que dicha necesidad estará amparada bajo los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como acreedor de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

De manera que, a su vez, en el supuesto de hecho, a la madre que era la que estaba más necesitada de protección, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar en base al artículo 96.3.º del Código Civil, según el cual, *no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

Sentencia que recogió la tendencia marcada en *Cataluña.* Ejemplo de ello es la STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008, cuyo ponente fue María Eugenia Alegret Burgués (11), que realizó un análisis de la mayor necesidad de uno de los cónyuges tras haber alcanzado los hijos la mayoría de

---

que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores.

(10) STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, recurso 1755/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 624/2011. Número de recurso: 1755/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 189049/2011. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de divorcio con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento, entre ellos, la atribución del uso de la vivienda conyugal a los hijos del matrimonio y a la esposa.

La AP de Cantabria revocó parcialmente la sentencia del Juzgado en el sentido de asignar el uso de la vivienda familiar al padre y a los hijos.

El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la esposa, casa la sentencia recurrida en el particular relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar y adjudica a la esposa el uso de la misma.

(11) STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008, recurso 139/2007. Ponente: María Eugenia Alegret Burgués. Número de sentencia: 39/2008. Número de recurso: 139/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 323324/2008.

edad o la independencia como indicador en la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, pero que estará marcada por una *limitación temporal*.

La ponente indica que habiendo desaparecido la causa de la primera atribución, por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad, sigue siendo el cónyuge que tenía el uso el más necesitado de protección, si bien se fija una razonable limitación temporal de ese uso, periodo durante el cual habrá de procurarse una nueva vivienda (12).

En la misma línea, por ejemplo, la Audiencia de Navarra, indica que viene siendo una generalidad que se atribuya tras la crisis matrimonial la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado (13) que conviva con los hijos aunque estos sean mayores de edad (14). Atribución que se otorga por un plazo temporal, que en este caso es de dos años (15).

No obstante siguiendo esta doctrina jurisprudencial, que como hemos indicado, unificó doctrina, pero a *sensu contrario*, se halla la sentencia del TS, de 30 de marzo de 2012, cuyo ponente ha sido la magistrada doña Encarnación Roca Trías, cuya doctrina se centra en establecer que la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa no puede basarse en la protección del interés de las hijas mayores de edad con las que convive, ya que estas no gozan de la protección que el artículo 96 del Código Civil concede a los hijos menores.

De hecho, la atribución de la vivienda a la esposa debería haberse fundado en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores.

---

(12) «De dichas sentencias, así como de la doctrina contenida en las sentencias TSJC de 29-2-2004, 22-6-2006, 4-10-2006 ó 7-5-2007, se extrae la conclusión de cuando no existen hijos o estos han alcanzado ya la mayoría de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular tendrá una limitación temporal, siendo esa la regla general y solo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente e invariable y que se prolongará indefinidamente en el tiempo o que es altamente improbable su superación, estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancialmente, el propietario de la vivienda podrá instar la extinción del derecho de uso. Tal doctrina es, por tanto, también la aplicable en los casos en que habiendo desaparecido la causa de la primera atribución sigue siendo el cónyuge que tenía el uso el más necesitado, si bien fijándose con carácter general una razonable limitación temporal de ese uso».

(13) La situación de la esposa es peor que la del esposo al disponer este de un trabajo estable del que carece aquella, afectada, además, por dolencias que le impiden desarrollar el trabajo que venía realizando como peluquera en un negocio propio. Se atribuye el uso de la vivienda a la esposa, pero con una limitación temporal de dos años.

(14) SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2008, recurso 29/2008. Ponente: Ricardo Javier González González. Número de sentencia: 195/2008. Número de recurso: 29/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 202374/2008.

(15) No obstante, la situación económica de los hijos mayores de edad no resulta irrelevante a la hora de valorar, supuesta su voluntad de seguir residiendo en la vivienda familiar y si se dan o no las circunstancias precisas que hagan aconsejable su atribución al cónyuge no propietario, por ostentar el interés más necesitado de protección.

IV. ATRIBUCIÓN DEL USO A LA ESPOSA MIENTRAS DURE LA INCAPACITACIÓN DEL HIJO MAYOR DE EDAD

También resulta significativa la sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012, cuyo ponente ha sido también doña Encarnación Roca Trías (16).

En el supuesto de la sentencia se rehabilita la patria potestad del hijo mayor de edad incapacitado. Por ello el cuidado del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden. Y en base a ello, se concreta el mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa mientras dure la convivencia con el hijo.

Así la magistrada insiste en que «los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados».

A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En resumen, al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación (17).

V. LA NO VINCULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

La prestación prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, tiene su origen en la decisión de los progenitores, y en su defecto, en la decisión del Juez, que determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

De modo que si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a

---

(16) STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012, recurso 1132/2011. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 325/2012. Número de recurso: 1132/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 69264/2012.

(17) Ya la STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1990 (Ponente: Rafael Casares Córdoba. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 448-1/1990) reconoció los alimentos debidos a los hijos mayores de edad incapacitados para el trabajo (en situación de enfermedad psíquica).

lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas: bien incluyendo a la hora de cuantificar la cantidad indispensable para habitación, o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir (arts. 142 y sigs. CC).

En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, según el cual, «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección» (18).

La dificultad estriba en la situación actual y el correspondiente incremento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos mayores de edad. No olvidemos que justo el inicio de la mayoría de edad marca a su vez el inicio de los estudios superiores (ya sean universitarios o de formación profesional). Teniendo en cuenta además que se continúa con los estudios de Máster, preparación profesional complementaria, oposiciones…, por lo que la independencia económica se demora varios años tras cumplir los dieciocho años. Así nos encontramos con los hijos mayores de edad pero dependientes económicamente.

En esta línea, ya la STS de 5 de noviembre de 1984 (19) entendió que la prestación derivada del derecho de alimentos no podía surgir basándose en la ficción de que los alimentistas podían encontrar trabajo porque para que cese la prestación haya una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias. El Ponente, don Mariano Martín-Granizo, ya señaló la necesidad de tener en cuenta el artículo 3.2 del Código Civil, relativo a la interpretación de las normas y a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas. Situación que hoy se ha agravado más si cabe por la situación económica que estamos padeciendo.

---

(18) En la STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, el ponente, don Juan Antonio Xiol Ríos, considera que: «Las hijas mayores de edad no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, sobre la base de los siguientes argumentos:

1.º La vivienda se ha atribuido a las hijas mayores de edad sin limitación de plazo, forzando el artículo 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 del Código Civil.

2.º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la madre, las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el artículo 96 del Código Civil no tutela.

3.º No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el artículo 96.3 del Código Civil, la convivencia de la madre con sus hijas mayores, ya que estas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres.

4.º En el supuesto de que las hijas necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos «manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

(19) STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de noviembre de 1984. Ponente: Mariano Martín-Granizo Fernández. LA LEY 53514-NS/0000.

Además es doctrina jurisprudencial del TS que *el derecho de los hijos a la prestación no cesa automáticamente por el hecho de llegar a la mayoría de edad,* sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos (20).

Doctrina que nació tras la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que destaca que el derecho de los hijos a la prestación alimenticia subsiste después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad no imputable al alimentado y llega a la conclusión de que en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder *apud acta* al progenitor y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos (21).

La STS, de 24 de abril de 2000 (22), estimó el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad que conviven con la madre, quien está separada del padre.

La doctrina de la sentencia se centra en que el derecho de alimentos se «fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran». Pero lo interesante de la misma se recoge en el informe del Ministerio Fiscal que acertadamente señaló que: «el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil tiene como presupuesto de hecho un fenómeno social: la permanencia en el hogar de los hijos mayores de edad o emancipados que, por razón de estudios o por la generalizada situación de paro juvenil, han de vivir a cargo de sus progenitores. Responde a una determinada finalidad: resolver la situación de aquellos hijos en el marco del tratamiento jurídico de las situaciones de crisis matrimoniales…».

Y por el contrario, *si no se demuestra esta necesidad,* el derecho de alimentos de los mayores de edad cesa tal y como apuntó la STS, Sala Primera de lo Civil,

---

(20) Vid las SSTS:

STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 2000, recurso 3578/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1241/2000. Número de recurso: 3578/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1267/2001. «…el artículo 93.2 del Código Civil cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39.3 de la Constitución, en relación al 108 del Código Civil. El deber de los padres de alimentarlos no lo evitan las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos...».

STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2003, recurso 510/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1135/2003. Número de recurso: 510/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10175/2004. El derecho de los hijos a la prestación no cesa automáticamente por el hecho de llegar a la mayoría de edad, sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos.

(21) Vid la STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 2000, recurso 3578/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1241/2000. Número de recurso: 3578/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1267/2001.

(22) STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de abril de 2000 (recurso 4618/1999. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 411/2000. Número de recurso: 4618/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 86247/2000).

de 1 de marzo de 2001 (23). El ponente, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA mantuvo con claridad que «la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 CE, que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Ahora bien, la obligación alimentaria supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora, que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda.

Continúa exponiendo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitarias, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social».

También es posible que *los cónyuges pacten, como consecuencia de su separación amistosa, las prestaciones en favor de los hijos,* todos ellos mayores de edad, independientemente de su necesidad o no de alimentos, como ocurrió en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2003 (24).

Y *si los hijos mayores de edad abandonan su trabajo, no cabe la obligación de alimentos,* como se indica en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007 (25).

Ni tampoco procede la reclamación de alimentos por *hija mayor de edad que abandona voluntariamente el domicilio paterno sin acreditar una incapacidad para el trabajo,* como indicó la STS de 23 de febrero de 2000 (26).

---

(23) STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de marzo de 2001, recurso 46/1996. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 184/2001. Número de recurso: 46/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3552/2001. Se extingue la obligación alimenticia de los padres cuando los hijos mayores de edad no se encuentran en una situación que pueda definirse como de necesidad.

(24) STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2003, recurso 3369/1997. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Número de sentencia: 577/2003. Número de recurso: 3369/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2591/2003.

(25) STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007, recurso 4941/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1222/2007. Número de recurso: 4941/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 193556/2007.

En la sentencia de separación solo se imponía al padre la obligación de pagar una pensión alimenticia a sus hijos, lo que debe entenderse mientras estos fuesen menores de edad, puesto que no se prevé en la sentencia el supuesto que daría lugar a la aplicación del segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil, que permite al juez fijar a los cónyuges acordar en el convenio regulador, las cantidades que se deberían a los mayores que convivieran y carezcan de ingresos propios. El hijo dejó de necesitar los alimentos cuando se incorporó al ejército como soldado profesional, momento en que cesó la obligación del padre, aunque lo hizo como tránsito a los estudios que luego empezó.

(26) STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 2000, recurso 433/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 151/2000. Número de recurso: 433/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5702/2000.

Con claridad el Ponente, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, señaló que la hija mayor de edad «no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, *alojamiento*, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias, se vuelve a repetir, que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado».

VI. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO ARAGONÉS

El *Derecho aragonés* no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos (27). Pero la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, introdujo el artículo 66 referido a los gastos de los hijos mayores o emancipados (28).

En su apartado primero se contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, y siempre que concurra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete (29).

Y el supuesto de hecho allí previsto es, en efecto, que dicho hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad, pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

Los progenitores tienen el deber de ayudar económicamente a sus hijos, aunque lleguen a la mayoría de edad, en tanto no alcancen la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, entendida no como una mera capacidad subjetiva

---

(27) STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 2 de septiembre de 2009, recurso 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Número de sentencia: 8/2009. Número de recurso: 5/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 171761/2009.

(28) Ley derogada tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. El citado artículo 66 de la Ley derogada pasa a ser íntegramente el 69 del Código de Derecho Foral de Aragón.

(29) Artículo 66. Gastos de los hijos mayores o emancipados:

1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación, el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.
2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

de ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes (30).

Lo más interesante, sin duda, se introduce en el apartado segundo del citado precepto, que constituyó una novedad en el marco del Derecho Civil, *ya que limitan a la edad máxima de veintiséis años, la regla general del deber de los padres de sufragarles los gastos*. Alcanzada esa edad máxima, el derecho se extingue salvo que convencional o judicialmente se hubiera fijado una edad distinta, y sin perjuicio de la reclamación de alimentos por el hijo en caso de necesidad.

La situación en *Cataluña,* también tiene matices novedosos introducidos por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En principio el artículo 234.8 del Código Civil de Cataluña señala que: «1. Los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este.

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas:

> Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta.
>
> Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.
>
> Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

3. La atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja.

El Código Civil de Cataluña establece como criterio de atribución del uso del inmueble, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, que la autoridad judicial sea la que atribuya el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.

No obstante, la aplicación de este precepto *no es extensible a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio, aunque sigan siendo dependientes económicamente,* dado que el legislador ha omitido la literalidad de dicha extensión por tres motivos:

1.º Porque ha regulado de forma taxativa las causas de extinción del uso y ha reconocido de forma expresa que, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, el uso se extingue por la finalización de la guarda (art. 233-20.1).

---

(30) SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, sentencia de 18 de enero de 2000, recurso 713/1999. Ponente: Luis Fernández Álvarez. Número de sentencia: 14/2000. Número de recurso: 713/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17064/2000.

2.º Porque se refiere a los hijos mayores de edad en el supuesto *b)* del artículo 233-20.3, determinando que, en ese supuesto, el criterio no es el de la guarda, sino el del mayor interés entre los cónyuges.
3.º Porque el legislador, como novedad, permite ya una anticipación del momento en que se produzca la mayoría de edad de los hijos para permitir paliar la situación de mayor necesidad del cónyuge aceptando acudir al mayor interés de este [art. 233-3.*c)*].

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
Desarrollando el principio del *favor filii,* el párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad en las crisis de pareja, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. No se protege el interés de la propiedad de la vivienda sino el del menor.
La Sala Primera del TS, sentencia de 21 de mayo de 2012, ha insistido en que al ser el interés del menor el más digno de protección, el principio de rogación se aplica de forma relativa en los procesos de nulidad, separación o divorcio, de manera que el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges determinará las medidas relativas a la vivienda familiar.
Se procede análogamente en el caso en el de un mayor de edad cuya patria potestad ha sido rehabilitada tras la sentencia de incapacitación. En dicho supuesto, y con fundamento en la protección de su interés, se le atribuye el uso de la vivienda familiar, junto con su progenitora que es a quien se le otorga su guarda y custodia. STS de 30 de mayo de 2012.

II. La doctrina del Tribunal Supremo *no extiende la protección del menor del artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad.*
Tras alcanzar la mayoría de edad, el hijo que seguirá necesitando una vivienda donde habitar, pero no deberá seguir haciéndolo en base a la atribución de su derecho de uso como menor de edad del artículo 96 del Código Civil, sino que dicha necesidad estará amparada bajo los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como acreedor de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

III. Si tras la mayoría de edad, los hijos eligen convivir con un progenitor, y el otro se encuentra necesitado de protección, se le podrá otorgar la concesión del uso de la vivienda familiar, pero con un límite temporal. Sentencia del TS de 5 de septiembre de 2011.

IV. La prestación alimenticia a favor de los mayores —que comprende el derecho de habitación— puede satisfacerse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de dos maneras distintas: o tasando la cantidad indispensable para habitación, o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

V. En la actualidad nos encontramos con hijos mayores de edad pero dependientes económicamente. De esta manera el TS ha analizado esta

situación en profundidad desde los años ochenta hasta ahora. Así en 1984 se concretó que la prestación derivada del derecho de alimentos no podía surgir basándose en la ficción de que los alimentistas podían encontrar trabajo porque para que cese la prestación debía haber una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias.

En el 2000 se afirmó que el derecho de los hijos a la prestación no cesaba automáticamente por el hecho de llegar a la mayoría de edad, sino que esta continuará si la situación de necesidad no es imputable a ellos. No obstante para que los hijos mayores se conviertan en acreedores de la deuda deben acreditar su estado de necesidad, situación que no se corresponde cuando los hijos son graduados universitarios, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad. Y que el excesivo afán de protección podría favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social.

Tampoco cabe la prestación *si los hijos mayores de edad abandonan su trabajo* (STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007).

Ni procede la reclamación de alimentos por *hija mayor de edad que abandona voluntariamente el domicilio paterno sin acreditar una incapacidad para el trabajo* (STS de 23 de febrero de 2000).

Por otro lado, y en base al principio de autonomía de la voluntad, también es posible que los progenitores pacten *las prestaciones en favor de los hijos* mayores de edad, independientemente de su necesidad o no de alimentos (STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2003).

VI. El Código del Derecho Foral de Aragón, de 22 de marzo de 2011, recoge en su artículo 69, el contenido del novedoso (en su día) artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona referido a los *gastos de los hijos mayores o emancipados*.

Precepto basado en el deber de los padres de ayudar económicamente a sus hijos, aunque lleguen a la mayoría de edad, en tanto no alcancen la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, entendido no como una mera capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes (la mayoría se encuentra estudiando tras alcanzar los dieciocho años, situación que puede prolongarse en el tiempo).

No obstante, el legislador aragonés ha tenido muy clara la necesidad de imposición de una edad límite, a los veintiséis años. Alcanzada esa edad máxima, el derecho se extingue salvo que convencional o judicialmente se hubiera fijado una edad distinta, y sin perjuicio de la reclamación de alimentos por el hijo en caso de necesidad.

VII. La situación en Cataluña también tiene matices novedosos introducidos por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Se establece como criterio de atribución del uso del inmueble, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, que la autoridad judicial la otorgue al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta. Precepto no extensible a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio, aunque sigan siendo dependientes económicamente.

El legislador conecta la atribución del uso de la vivienda familiar con la guarda de los hijos, el uso se extingue por su finalización.

Se refiere a los hijos mayores de edad realizando una anticipación en el mismo momento de la crisis, teniendo en cuenta el momento en que se produzca la mayoría de edad de los hijos y a su vez permitir paliar la situación de mayor necesidad del cónyuge aceptando acudir al mayor interés de este.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CALLIZO LÓPEZ, M.ª Ángeles: «Obligación legal de alimentos respecto de los hijos mayores de edad. Análisis del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona», en *Derecho Aragonés*. ISSN 1887-4150. http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=477

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel DE LA: «Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad», en *RCDI,* núm. 718, año 2010, págs. 767 a 771.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS, DE LOS TSJ Y DE LAS AP ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012, recurso 1132/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 325/2012. Número de recurso: 1132/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 69264/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de mayo de 2012, recurso 1067/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 304/2012. Número de recurso: 1067/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7896, Sección Jurisprudencia, 6 de julio de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 58422/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de marzo de 2012, recurso 1322/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 183/2012. Número de recurso: 1322/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7877, Sección Jurisprudencia, 11 de junio de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 39626/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, recurso 1755/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 624/2011. Número de recurso: 1755/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 189049/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14453/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2007, recurso 4941/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1222/2007. Número de recurso: 4941/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 193556/2007.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de noviembre de 2003, recurso 510/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1135/2003. Número de Recurso: 510/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10175/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de junio de 2003, recurso 3369/1997. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Número de sentencia: 577/2003. Número de recurso: 3369/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2591/2003.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de marzo de 2001, recurso 46/1996. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 184/2001. Número de recurso: 46/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3552/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 2000, recurso 3578/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1241/2000. Número de recurso: 3578/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY1267/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de abril de 2000, recurso 4618/1999. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 411/2000. Número de recurso: 4618/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 86247/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 2000, recurso 433/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 151/2000. Número de recurso: 433/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5702/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1990. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 448-1/1990.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de noviembre de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. LA LEY 53514-NS/0000.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 2 de septiembre de 2009, recurso 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Número de sentencia: 8/2009. Número de recurso: 5/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 171761/2009.
- SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2008, recurso 29/2008. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 195/2008. Número de recurso: 29/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 202374/2008.
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008, recurso 139/2007. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Número de sentencia: 39/2008. Número de recurso: 139/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 323324/2008.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, sentencia de 18 de enero de 2000, recurso 713/1999. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Número de sentencia: 14/2000. Número de recurso: 713/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17064/2000.

X. LEGISLACIÓN CITADA

CE. Artículo 39.

Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007.

Código Civil. 93.2 del Código Civil, 96 del Código Civil, 142 y sigs.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *(BOE* núm. 184, 2 de agosto de 2011).

Derecho aragonés: Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. Artículo 66.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas. Artículo 69.

RESUMEN

MAYOR DE EDAD
VIVIENDA FAMILIAR

Los hijos mayores de edad no gozan de la protección del artículo 96 del Código Civil, dirigida únicamente a los hijos menores. En el caso de necesitar los hijos mayores de edad alimentos, incluidos el de la vivienda, el progenitor podría efectuar la elección del artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos manteniendo en su casa a sus hijos que tienen derecho a ello. La atribución de su uso a la esposa debe fundarse en su propia necesidad o interés debidamente probados.

ABSTRACT

PERSON OF FULL LEGAL AGE
FAMILY HOME

Children who have attained full legal age are not protected by article 96 of the Civil Code, which applies only to underage children. If of-age children need economic support, including the support of a place to live, the parent could choose, under article 149 of the Civil Code, to provide the children with what they need by maintaining in his home the daughters who are so entitled. Any assignment of use of the family home to the wife must be grounded on the wife's own duly proved need or interest.

1.3. Derechos reales

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA «DACIÓN EN PAGO» EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL AUTO AP DE NAVARRA 111/2010.—III. AUTO AP DE NAVARRA 111/2010.—IV. JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA ADJUDICACIÓN EN PAGO.—V. JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LA ADJUDICACIÓN EN PAGO.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

En los dos últimos años, la jurisprudencia se ha encargado de poner en tela de juicio alguno de nuestros principios civiles más importantes, como el de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, así como la función propia de garantía de la hipoteca que añade un extra de responsabilidad real a la personal del deudor. En varias y sucesivas resoluciones judiciales, estos principios, basados en los preceptos legales 1911 del Código Civil y 105 LH, no han sido atendidos ni aplicados por el juzgador que ha preferido aplicar justicia basándose en el caso concreto y en las situaciones particulares, indudablemente dolorosas para

el protagonista, pero obviando su función principal que es la de aplicar la ley, alegando para ello la aplicación de los sistemas correctores del marco jurídico positivo que prevé nuestro ordenamiento, como son el abuso del derecho, la doctrina de los actos propios o el enriquecimiento injusto.

Nos estamos refiriendo al supuesto tan comentado y tan analizado de la mal llamada dación en pago en las ejecuciones hipotecarias, cuando el acreedor se adjudica el inmueble subastado, pero su valor en subasta no alcanza para cubrir la deuda inicial, y, a pesar de ello, el juez decide que el acreedor se dé por pagado con el inmueble, y no continúe ejecución por el resto pendiente en vía personal.

El detonante de toda esta situación, y la primera resolución que abogó por esta tesis, fue el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010. Este Auto suscitó gran polémica entre todos los agentes que intervienen en torno a los créditos garantizados con hipoteca: entidades financieras, asociaciones de consumidores, colegios profesionales del ámbito inmobiliario, y particulares en general. El hecho de que la finca, en el momento de su ejecución, haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir la deuda, es irrelevante para el magistrado ponente, pues el inmueble se tasó previamente en una cantidad suficiente para cubrir dicha deuda, y no se ha solicitado su modificación. Su adjudicación, entonces, a modo de dación en pago, debe ser *pro soluto* y extinguir la deuda completamente.

Conviene, entonces, hacer un breve repaso a la evolución de la jurisprudencia en torno a este asunto que, como decimos, ha revolucionado y ha puesto en tela de juicio parte de nuestro sistema civil e hipotecario.

II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL AUTO AP DE NAVARRA 111/2010

Con anterioridad a este Auto, ante el supuesto resuelto por el mismo, la doctrina jurisprudencial estaba consolidada y resolvía en el sentido de que se continuara la ejecución en vía personal contra el deudor, pues la deuda asegurada no se había extinguido, y en consecuencia, basándonos en el artículo 1911 del Código Civil, y 105 LH, el acreedor se dirigía de nuevo contra el deudor ejecutado, ahora, contra el resto de su patrimonio.

En este sentido, encontramos, por ejemplo, la SAP de Huelva, número 101/2005, de 6 de junio, donde el tercer adquirente de la finca hipotecada y subrogado en el préstamo hipotecario, debe responder con su patrimonio de las cantidades pendientes de cobro, tras la ejecución de la hipoteca, ya que el precio de la subasta no fue suficiente para el pago total de la deuda. El Auto resuelve basándose en la aplicación de los artículos 105 LH y 1911 del Código Civil que conforman la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y en consecuencia, afirma que no se puede aceptar la tesis de que el demandado solo responda de las cantidades aseguradas por la hipoteca, y esto es así porque olvida que la hipoteca es solamente un contrato accesorio y de garantía y su extinción no supone, por sí, la extinción del contrato principal (préstamo) a menos que se pacte expresamente, introduciéndose una cláusula con el artículo 140 LH. En estos casos es predicable, entonces, la responsabilidad ilimitada del deudor por el contrato principal, como así ha reconocido la jurisprudencia (STS de 8 de julio de 2003).

En el mismo sentido, y también antes del Auto de AP de Navarra, el Auto 74/2007, de 14 de marzo, de la AP de Madrid, Sección 19, reconocía la posibilidad

de continuar ejecución contra el deudor cuando, ejecutada la hipoteca, y adjudicada en subasta al demandante, este no pudo cobrar la totalidad de la deuda. Nada impide, en este caso, al no haber podido en el procedimiento hipotecario satisfacer la deuda, continuar la ejecución ejercitando la acción personal derivada del contrato de préstamo. Aunque, hay que decir que en este supuesto se rechazó el recurso porque la segunda reclamación se ejercitaba bajo el título ejecutivo de la escritura de hipoteca, que ya estaba ejecutada, y por tanto no podía servir nuevamente como título ejecutivo.

También la AP de Córdoba, en sentencia 355/2010, de 13 de diciembre, siguió esta misma línea afirmando la posibilidad de ejercitar acción personal contra el deudor cuando la finca subastada no fue suficiente para cubrir el capital pendiente de pago.

Todas estas resoluciones se basan en los preceptos 105, 114, y 140 LH, así como en el 1911 del Código Civil y 579 LEC, confirmando el principio de responsabilidad universal del deudor y la función de garantía de la hipoteca como un plus a esa responsabilidad universal.

En contra de esta consolidada doctrina, y ya antes del famoso Auto de Navarra, el Auto de la AP de Ciudad Real, de 16 de octubre de 2003, denegó la posibilidad de continuar la ejecución contra el deudor por considerar esa petición del acreedor abusiva, a pesar de basarse en un precepto legal, y concluye adjudicando el inmueble en pago de la deuda por el mínimo legal.

No obstante, este Auto quedó aislado, y no ha sido hasta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de AP de Navarra, cuando esta situación asentada y perfectamente coherente con nuestro ordenamiento empieza a ser cuestionada, y se levantan voces en contra de esta doctrina.

III. AUTO AP DE NAVARRA 111/2010, DE 17 DE DICIEMBRE

Este Auto va a ser el primero en admitir claramente la posibilidad de que la entrega de la vivienda al acreedor en adjudicación pueda saldar la deuda contraída con el banco, aun cuando su valor haya disminuido, en este contexto de crisis económica.

Los hechos que dieron lugar a la presente resolución fueron estos:

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., concedió a don J. A. L. y doña M. L. R., un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 59.390 €, que se amplió posteriormente en 11.865,39 €. Ante el impago de las cuotas, BBVA inició la ejecución hipotecaria correspondiente. La subasta quedó desierta y se dictó auto de adjudicación de la finca a favor del acreedor hipotecario ejecutante (BBVA), por el importe de 42.895 €. A continuación el banco solicitó que se prosiguiera ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 € de principal y 8.438,86 € de intereses, costas y gastos. Se denegó dicha solicitud, en instancia, por Auto de 13 de noviembre de 2009, permitiéndose únicamente que se siguiera ejecución por intereses y costas, pero no por el principal. Se recurrió dicho Auto, cuya apelación resolvió la Audiencia Provincial con el Auto de referencia, que vamos a analizar en este trabajo.

La Audiencia Provincial, como ya hemos dicho, denegó el recurso de apelación y confirmó el Auto recurrido.

Los principales fundamentos de derecho en los que basa su resolución son los siguientes:

Fundamento de derecho TERCERO, b: «La segunda parte o línea argumental del recurso vendría dada porque el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado, el valor obtenido es de 42.895 euros, ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca inicialmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad 75.900 €.

Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valorada en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que recordemos era de 71.225,79 €.

Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en ese caso continuar la ejecución por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, salvo el tema de intereses y costas…»

A continuación, en el apartado c) del Fundamento TERCERO, el magistrado ponente da una serie de argumentos de carácter moral, más bien enfocados a justificar el descenso del precio del inmueble ejecutado por la crisis financiera general que en estos momentos vivimos. Afirma que sin que la misma sea culpa directa del BBVA (acreedor ejecutante), «no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929». Por eso, y alegando el artículo 3 del Código Civil sobre la interpretación histórica de las normas, en función del tiempo y circunstancias en que deben aplicarse, concluye diciendo que «no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, ..., sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que sencillamente y como vulgarmente se dice ha suscitado una gran sensibilidad y levantado «ampollas».

No vamos a valorar esta última argumentación que, a nuestro juicio, carece de fundamento jurídico alguno, y se salta los principios esenciales de la ejecución hipotecaria, la función de garantía de dicho derecho real, y las normas correspondientes del Código Civil, LH y LEC.

Pero, y dejando a un lado esta afirmación tan poco afortunada, los argumentos en los que este Auto fundamenta su resolución son endebles pues, si bien es cierto que las normas deben interpretarse conforme al tiempo en que se apliquen, tal y como argumenta el Magistrado en la misma, no es menos cierto que esa interpretación siempre debe respetar el ordenamiento, introduciendo matices, si se quiere pero, en ningún caso, ignorándolo y dejando de aplicar preceptos de obligado cumplimiento.

En esta resolución, el ponente ni siquiera utiliza el argumento del abuso del derecho, pues en la misma se afirma que este no existe, solo acude a argumentos morales, y no jurídicos que debemos rechazar desde el plano de un aplicador del derecho.

En definitiva, este Auto fue el detonante de la polémica, pero es muy débil jurídicamente hablando, y no nos parece suficientemente argumentado para poder ni siquiera plantearnos la necesidad de un cambio legislativo.

IV. JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA ADJUDICACIÓN EN PAGO

Los posteriores autos de la misma Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011 contradicen lo dispuesto en este Auto, y afirman que es posible que el acreedor continúe la ejecución contra el deudor en vía personal, alegando la vulneración de los preceptos legales 105 LH, 1911 del Código Civil y 579 LEC. En todos ellos lo que subyace es la idea de que «la finalidad de la ejecución es la satisfacción del crédito del ejecutante y tal posibilidad, reiteramos, está amparada en el tenor del 579 LEC».

De esta forma, el Auto de 28 de enero de 2011, en su Fundamento cuarto, después de analizar lo que disponen los artículos 1911 del Código Civil y 579 LEC afirma que: «Es de tal evidencia el contenido normativo de los preceptos mencionados que no alcanzan a comprenderse las razones por las cuales la juez *a quo* eludió la aplicación al caso de la preceptiva mencionada, pues con independencia de las opiniones personales que los preceptos mencionados puedan merecer, cuestión ajena al contenido de esta resolución, lo cierto es que el supuesto planteado en este caso tenía perfecto encaje en el supuesto de hecho contenido en la norma procesal con el principio aludido que establece el Código Civil; sin que corresponda al Juez asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto. Máxime cuando actuaciones como la llevada a cabo por la Juez *a quo* en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria, con importantes repercusiones de orden práctico que, como decimos, son ajenas a las previsiones legales».

Además en este Auto se pone de manifiesto que la finalidad de la ejecución «es la satisfacción del crédito del ejecutante y tal posibilidad, reiteramos, está amparada en el tenor del artículo 579 LEC», luego, al no cumplirse la propia finalidad del procedimiento, debe continuarse hasta que se satisfaga al acreedor.

Por otra parte, este auto recoge la doctrina jurisprudencial ya existente, por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para este, pues «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta

Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas). Y continúa afirmando que no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, cuando se han seguido los trámites previstos en la Ley. En el mismo sentido, la SSTS de 18 de noviembre de 2005 y 8 de julio de 2003, respecto al enriquecimiento injusto, consideran que «no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 2 de junio de 2002) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz».

Por último, la STS de 25 de septiembre de 2008 resolvió en el mismo sentido, afirmando que es perfectamente posible que el acreedor hipotecario continúe ejecución contra el deudor cuando, a pesar de haberse adjudicado la finca, su valor no alcance para cubrir la deuda existente, ya que «el prestamista que tiene como garantía de restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que se ejecutó…».

Por otra parte, y frente al argumento que se esboza de que continuar la ejecución supone un abuso de derecho, este Auto recoge la STS de 8 de mayo de 1996, que expresamente afirma que «no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos… y por tanto no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negociar».

En el mismo sentido, la STS de 25 de septiembre de 2008, afirma que «tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso del derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 LH y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor»; y concluye por tanto diciendo que como no se concertó dicho pacto excepcional, debe aplicarse la regla general, no se altera la responsabilidad universal del deudor del 1911 del Código Civil, y por tanto, puede seguirse la ejecución.

Es decir, en aras a la seguridad jurídica, estas sentencias y autos resuelven todas en el sentido de que debe permitirse al acreedor continuar ejecución contra

el resto del patrimonio del deudor, cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda, pues no hay satisfacción del acreedor, que es lo que persigue la ejecución, y además es lo que establece la Ley. No cabe alegar en estos casos ni enriquecimiento injusto ni abuso de derecho, para denegar tal posibilidad, siempre que se haga en virtud de la aplicación de la ley o de pactos establecidos.

V. JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LA ADJUDICACIÓN EN PAGO

Sin embargo, a pesar de la fragilidad jurídica del Auto 111/2010 de AP de Navarra, y la refutación de sus argumentos por otros autos posteriores que siguen la doctrina del TS, este Auto, como ya hemos dicho, ha sido el primero de una lista de resoluciones que, inspiradas en aquel —aunque algunas con mejor fortuna en sus fundamentos—, han supuesto un cambio jurisprudencial importante.

1. Coetáneos al Auto 111/2010, encontramos dos Autos interesantes que, si bien no repiten exactamente lo que este preconiza y se apartan de su argumentación, son relevantes al examinar este asunto y no puede obviarse lo que en ellos se afirma.

El primero de ellos se trata del Auto de 26 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona. Este Auto se dicta en un procedimiento de concurso abreviado de un matrimonio de pensionistas, en el que el Juez declara la conclusión del concurso, y aprueba la no obligación de pago del resto de deudas pendientes, una vez que, vendida la vivienda familiar, y siendo esta el único bien de los concursados, se paga la totalidad del crédito contra la masa y casi la totalidad del crédito ordinario; no teniendo posibilidad de más ingresos que su pensión futura. Es decir, se está exonerando, o limitando, de alguna forma a estos deudores de su responsabilidad patrimonial universal del 1911 del Código Civil, al privar a los acreedores de la posibilidad de intentar seguir agrediendo el patrimonio de los deudores, por las cantidades pendientes de cobro.

El otro Auto, del Juzgado número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010, planteó la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, el derecho a la vivienda digna y adecuada y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, cuando el deudor hipotecario ejecutado se opuso a la ejecución, alegando pluspetición y nulidad por existencia de cláusulas abusivas.

El juez eleva entonces una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, por entender que la normativa existente en materia de ejecución hipotecaria (y en concreto del propio art. 579 LEC), con causas de oposición tasadas, puede impedir o vulnerar el derecho a la vivienda y la tutela judicial efectiva. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad, repitiendo en el Auto del Pleno del TC de 19 de julio de 2011, la doctrina clara de su sentencia STC 41/1981, de 18 de diciembre, en la que se subraya el carácter excepcional del procedimiento de ejecución hipotecaria, donde las partes no pueden debatir, y por tanto las causas de oposición están limitadas, sin que esto suponga un inconveniente. Este Auto y la cuestión de inconstitucionalidad rechazada inciden en el tema que aquí se plantea, pues aunque escapan de la estricta «dación en pago» que aquí se analiza, sirven para poner de manifiesto la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo y la continuación de la ejecución en vía personal.

2. Después de estos Autos, y a partir de enero de 2011, ahora sí, se empiezan a repetir los argumentos y la resolución del Auto 111/2010. En este sentido, el Auto

de 24 de enero de 2011, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona deniega la continuación de la ejecución contra el deudor en vía personal, al ser superior el valor de tasación del bien a la suma reclamada, con independencia de cuál sea el valor de la adjudicación del mismo (en ese momento 50 por 100), porque el banco ya ha contabilizado el bien, no al precio de adjudicación, sino al de tasación, por lo cual debería bastar según sus propias previsiones para saldar la deuda.

3. Con posterioridad el Auto 119/2011 de la AP de Girona, Sección segunda de 16 de septiembre de 2011, confirma esta nueva línea jurisprudencial y deniega la continuación de la ejecución por el acreedor hipotecante basándose en los siguientes argumentos:

— El valor de los bienes es muy superior al valor obtenido en subasta, por lo que debería ser suficiente para cubrir la deuda.
— Es de aplicación la doctrina de los actos propios, y por tanto al banco le vincula la tasación que él mismo hizo del bien, sin que ahora pueda alegar que no es suficiente.
— El artículo 579 LEC debe interpretarse en relación con los consumidores y usuarios, sin que pueda suponer un abuso para ellos.
— Existe abuso de derecho y enriquecimiento injusto.

En concreto, este Auto afirma lo siguiente: «1) En el caso de autos no puede sostenerse que "el producto" obtenido por la entidad financiera fuera insuficiente para cubrir el crédito. El banco no recibe 162.500 € de un tercer postor que se adjudica el bien, sino que lo hace suyo para reducir o extinguir su crédito. El bien pasa así a integrar su patrimonio. Lo que el banco obtiene entonces no es la suma mentada, sino el valor que tiene el bien hipotecado que en la propia escritura de concesión del crédito hipotecario se ha fijado (también por el banco) en 325.000 €.

2) Resulta aquí de aplicación la doctrina de los actos propios. Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó.

3) Lo dispuesto en el artículo 579 LEC anteriormente citado no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre *(RCL* 2007/2164 y *RCL* 2008/372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. En concreto en su artículo 82.1, que establece que son cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y en su artículo 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el *nomen iuris* que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH *(RCL* 1946/886), no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

4) La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo [así, STS 21/12/2000 (*RJ* 2001/1082)] recogido en el artículo 7 del Código Civil (*LEG* 1889/27) y artículo 11 LOPJ (*RCL* 1985/1578, 2635), y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 del CC).

5) De mantenerse el criterio de instancia, Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto, ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (art. 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial».

En este auto existe un voto particular que refuta los argumentos que aquí se expresan, y sobre todo, en lo relativo al abuso de Derecho, consideramos que no puede aplicarse dicha doctrina existiendo unos preceptos legales que aplicar, tal y como afirmaban los Autos contrarios de la AP de Navarra y ha confirmado el TS.

4. Posteriormente, el Auto de 10 de octubre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar, vuelve a denegar la continuación de la ejecución y admite que el acreedor se dé por pagado con la adjudicación del inmueble, alegando, en este caso —creemos que con más fundamentación jurídica— que la continuación de la ejecución supone un abuso del derecho, existe una infracción de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario, y se produce una ruptura del equilibrio contractual y por tanto debe aplicarse la doctrina de las cláusulas *rebus sic stantibus;* por último, alega por primera vez, un argumento poco jurídico pero sí mediático de la «clamorosa necesidad de regular la dación en pago».

Considera aplicable el abuso del derecho ante la «tan manifiesta y absoluta desproporción, y ante el ostensible y notorio desequilibrio que se produce entre ejecutante y ejecutado», ya que el deudor, parte más débil en la relación contractual, es quien asume todos los inconvenientes. Por otra parte, en el segundo de sus argumentos (fundamento tercero), alega la contradicción existente entre la aplicación estricta de la LEC y la relajación al aplicar o alegar las normas de tasación y valoración de los bienes hipotecados, según la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, reformada por la Ley 41/2007. Considera que una estricta aplicación de las normas sobre valoración y tasación habría impedido esta situación, evitando la emisión de informes de tasación «inflados» o no reales, lo que se considera una falta muy grave según esta Ley.

Creemos que nada prueba que los informes realizados no se ajusten a la realidad, sino que la misma ha sido muy cambiante, y precisamente, las ex-

cepcionales circunstancias de crisis económica han hecho que el valor de los inmuebles haya bajado de repente, de manera drástica, pero no por ello, puede considerarse que dichos informes no fueran ciertos y no correspondieran a la realidad del momento en que se hicieron, ya que en ese momento los inmuebles tenían elevados precios acordes con los precios de mercado existentes. No compartimos, por tanto, esta argumentación.

En tercer lugar, defienden la ruptura del equilibrio contractual y la necesidad de aplicar las cláusulas *rebus sic stantibus*. Es cierto que las posiciones del deudor y del acreedor son algo desiguales, pero, si se puede mantener esto, lo son desde el inicio del contrato, que puede asemejarse a un contrato de adhesión en cuanto es predispuesto por una de las partes contratantes, la entidad financiera, al menos en alguna de sus cláusulas que pueden considerarse como condiciones generales de la contratación. Luego, no puede alegarse un desequilibrio sobrevenido en el contrato como causa que impida continuar con su ejecución. El desequilibrio contractual, de existir, sería desde el inicio, las diferencias claras entre las partes no se deben a circunstancias repentinas, sobrevenidas y que conduzcan en todo caso al derrumbe del contrato con la necesidad de aplicar dicha cláusula *rebus sic stantibus*. El contrato, desigual o no, es perfectamente asumido por las partes, y en ningún caso consideramos que un incumplimiento, pueda ser considerado como una causa repentina que produzca el desequilibrio y la frustración del contrato. Sí lo frustra porque no se cumple, pero el propio incumplimiento no puede alegarse como causa de desequilibrio contractual. Por eso, entendemos que no se cumplen los requisitos establecidos de forma restrictiva por el TS para la aplicación de esta cláusula *rebus sic stantibus* que, como rompe el contrato, abogando por su incumplimiento, debe aplicarse siempre de forma extraordinaria y residual.

El último de los argumentos utilizados es un argumento desiderativo y poco consistente jurídicamente hablando, pues expresa más bien un deseo que compartimos: hay una necesidad de regular o dar salida a la situación que se plantea, pero por el hecho de poner de relieve esas necesidad, no justifica una resolución al caso concreto, sino que debe ser el legislador quien modifique la ley para dar una solución general, y no *ad hoc,* a los supuestos planteados. La solución al caso concreto no creemos que sea lo más conveniente, pues corre el riesgo de la parcialidad.

5. El Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz insiste en la misma tesis, y recoge los argumentos esgrimidos por el Auto de Girona y el de Navarra, si bien vuelve a una posición más demagoga, y basada en ciertos argumentos más morales y sociales que jurídicos. En concreto, se apoya de nuevo en la idea de que las normas deben interpretarse conforme al momento en que se aplican, y en consecuencia alegando que la crisis económica que vivimos de carácter excepcional hace que la postura del banco de continuar la ejecución se convierta en abusiva, y afirma que el mercado inmobiliario ha sido utilizado por la propia banca para sus negocios, por lo que ahora no puede seguir utilizándolo. Hay abuso de derecho de la propia banca en las circunstancias absolutamente excepcionales en las que vivimos y así ha de interpretarse, aunque en otro contexto nada impediría aplicar la legislación existente. Afirma este auto que: «Sin embargo, a otra conclusión se llega si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso y que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto de aquel, tal y como aduce el recurrente. Para llegar a esta conclusión es necesario poner de manifiesto dicho contexto como pauta interpretativa que ha de guiar la aplicación sistemática de las normas (art. 3.1 CC)». A continuación,

argumenta la situación excepcional en el elevado número de Reales Decretos, leyes y reglamentos que se han aprobado en los últimos años en torno a esta materia, y concluye afirmando que: «La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. De permitir esto se estaría amparando una operación, si bien más sofisticada y perjudicial para el sistema económico global como se ha demostrado, que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 (arts. 1 y 9)». Situación excepcional, medidas excepcionales, aunque supongan alterar nuestro ordenamiento.

6. El Auto de 1 de febrero de 2012 de la AP de Córdoba, confirma la tesis expuesta y basa sus razones en lo siguiente: No puede seguirse ejecución porque el importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real del bien adjudicado, y la expresión del 579 LEC «producto insuficiente para cubrir el crédito» debe interpretarse a partir del valor real del bien en el momento de la adjudicación. El importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real, y en este caso concreto se hizo una segunda tasación en la que el bien se valoró en más cantidad que el dinero por el que se adjudicó, luego, y para este caso concreto, el acreedor debe darse por satisfecho, y en consecuencia no debe seguir ejecución. Distingue este auto dos escenarios diferentes en la ejecución hipotecaria: 1) Cuando es un tercero quien adquiere en subasta la finca, y 2) Cuando, al quedar desierta la subasta el acreedor se adjudica la finca como pago. Este segundo escenario es el que se contempla, y debe darse una solución diferente al primero, partiendo de las siguientes premisas, y llegando a las siguientes conclusiones:

«La adquisición del inmueble por el acreedor hipotecario que previene el artículo 691 de LEC, es una forma de adquirir la propiedad de naturaleza onerosa que encuentra su consumación y reflejo formal en el auto que aprueba la adjudicación.

La onerosidad de la misma radica en la contraprestación que para adquirir el bien ha de satisfacer el acreedor, la cual consiste en una paralela extinción de su crédito "por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos" (en la actualidad "por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación")».

Llegados a este punto deben remarcarse dos extremos:

— La propia realidad de las cosas pone de manifiesto, y así viene a expresarse el propio legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (*RCL* 2011/1309/1366), de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios..., que las ejecuciones hipotecarias pueden dar lugar a situaciones abusivas; por ello y en lo relativo a la adjudicación a favor del acreedor se impide que la misma pueda ser inferior al determinado porcentaje, «y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».
— La adjudicación por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no puede quedar, tal y como parece resultar de una primera

> lectura del artículo 671 de LEC a la libre y bondadosa determinación del acreedor, pues a ello se opondrían, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de la que surge la deuda, esto es, el contrato de préstamo, y en lo que se refiere a la venta que subyace en el sistema de subastas, los principios, respectivamente extraíbles de los citados artículos 1256 y 1449 del Código Civil.

Se desprende de esto último que el importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real del bien adjudicado y si así no lo fuese, nada impide que el ejecutado, ante el intento del acreedor de actuar *ex* artículo 579 la responsabilidad personal nacida de préstamo, pueda deducir oposición (ya al margen de la celeridad y eficacia que demanda la virtualidad de la inicial garantía hipotecaria) de conformidad con los artículos 557 y 558, aduciendo pago y, en su caso pluspetición. Así lo hemos indicado en el razonamiento jurídico segundo (y, en todo caso es inconcebible que en casos como el presente, en el que los intereses económicos en juego sean de mayor entidad que en una usual situación de ejecución general ordinaria, el deudor esté desposeído de los medios de defensa que otorgan los citados preceptos).

Consecuencia de ello en la tesitura del segundo escenario antes indicado (adjudicación del bien al acreedor hipotecario), y en trance de oposición, es que cuando el artículo 579 habla de «producto insuficiente para abrir el crédito», dicha expresión debe sistemáticamente interpretarse en el sentido de valor real del bien en el momento de la adjudicación (así como los riesgos de depreciación del mismo en un momento anterior corren a cuenta del propietario hipotecante, a partir de la adjudicación corren por cuenta del acreedor que devino en propietario).

Junto a las razones de derecho material antes apuntadas, también es de tener en cuenta en este sentido, que pudiendo haber utilizado el precepto una terminología linealmente concorde con la del procesalmente antecedente artículo 671 («importe de la adjudicación», o similar) el caso es que no lo ha hecho».

Por todo ello, concluye este Auto, como la responsabilidad universal del deudor del 1911 requiere para poder continuar en ejecución, según el 579 LEC, la existencia de la deuda exigible, y como en este caso concreto parece que tras la ejecución se ha dado «la completa satisfacción del acreedor», esto equivale a la extinción de la obligación mediante el pago, impidiendo por tanto, que se continúe en la ejecución.

Entendemos que esta resolución, y en este caso específico donde se realizó una segunda tasación que el acreedor dio por buena y se adjudicó el inmueble, puede tener sentido, pero no da ni ofrece una solución generalizada para otros supuestos.

7. Por último, el Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid ratifica esta línea jurisprudencial, deniega la posibilidad de continuar ejecución y da por saldada la deuda con el deudor a través de la adjudicación del bien al acreedor, sobre los mismos argumentos que las anteriores, alegando el abuso de derecho, la vulneración de la doctrina de los actos propios, el enriquecimiento injusto y añadiendo, además, que se puede aplicar la normativa sobre cláusulas abusivas de la LDCU a la cláusula de la responsabilidad ilimitada del deudor, teniéndola entonces por nula. En concreto afirma que: «Resulta aquí de aplicación la doctrina de los actos propios. Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de

reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó.

3) Lo dispuesto en el artículo 579 LEC (*RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001/1892), anteriormente citado, no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (*RCL* 2007/2164 y *RCL* 2008/372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. En concreto en su artículo 82.1, que establece que son cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y en su artículo 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el *nomen iuris* que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH (*RCL* 1946/886), no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

4) La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo [así, STS 21-12-2000 *(RJ* 2001/1082)] recogido en el artículo 7 del Código Civil (*LEG* 1889/27) y artículo 11 LOPJ (*RCL* 1985/1578 y 2635), y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC).

5) De mantenerse el criterio de instancia, Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto, ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (art. 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial».

No podemos estar de acuerdo con estas afirmaciones y no se puede considerar que la responsabilidad patrimonial universal sea una cláusula abusiva porque lejos de ser una cláusula pactada por las partes, o predispuesta por una de ellas si lo consideramos como un contrato de adhesión, la responsabilidad patrimonial universal del deudor es un principio general del derecho de las obligaciones y contratos que no necesita pactarse expresamente en un acuerdo, sino justo lo con-

trario, su limitación, es la que sí debe pactarse expresamente (art. 140 LH), luego difícilmente se puede calificar como cláusula abusiva lo que no lo es, ni siquiera es una cláusula. No es fruto de una negociación impuesta, sino un principio del ordenamiento, y la esencia de la propia función de garantía de los derechos reales que añaden y no eliminan, a la responsabilidad del deudor. Por otra parte, y como ya ha dicho el TS en más de una ocasión, nunca podrá ser calificado de abusivo algo previsto expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

VI. CONCLUSIONES

Estas resoluciones ponen sobre la mesa datos muy interesantes que hay que tener en cuenta a la hora de buscar una solución al problema que ellas mismas han puesto de relieve; si bien, creemos que, en la actualidad, y teniendo en cuenta lo que establece nuestro ordenamiento, no puede decirse que estos Autos ofrezcan una solución posible y válida con carácter general.

Es cierto que dan solución al caso concreto, tratan de hacer justicia, hacen recapacitar sobre muchos aspectos a tener en cuenta y que debemos plantearnos, pero, hoy por hoy, las soluciones propugnadas por los mismos son de difícil aplicación mientras no haya un cambio legislativo que las ampare.

Si el legislador modifica las normas y los principios, creemos que estas resoluciones habrán cumplido un fin: provocar un cambio legislativo, probablemente necesario, pero no podemos ir poniendo parches a través de soluciones concretas, *ad hoc*, sino que debemos hacer una reflexión más general que conlleve el necesario cambio legislativo, y después, los jueces, ahora sí, podrán aplicar el derecho de forma coherente, lógica y sistemática.

Mientras eso no ocurra, no compartimos muchos de los argumentos que aquí se esgrimen, y alguno de los correctores propuestos al sistema normativo tiene difícil encaje y justificación en un planteamiento general.

ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS

1. Jurisprudencia menor: Juzgados Primera Instancia y Audiencias Provinciales:

- Auto de la AP de Ciudad Real, de 16 de octubre de 2003.
- Auto de la AP de Madrid, Sección 19, de 14 de marzo de 2007.
- Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.
- Auto del Juzgado número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.
- Autos de la AP de Navarra, de 21 de diciembre de 2010 y 28 de enero de 2011.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 24 de enero de 2011.
- Auto 119/2011 de la AP de Girona, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2011.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar, de 10 de octubre de 2011.
- Auto del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012.
- Auto de la AP de Córdoba, de 1 de febrero de 2012.
- Auto del Juzgado número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.
- SAP de Huelva, número 101/2005, de 6 de junio.
- SAP de Córdoba, en sentencia 355/2010, de 13 de diciembre.

2. Tribunal Supremo

- STS de 4 de noviembre de 1994.
- STS de 8 de mayo de 1996.
- STS de 5 de mayo de 1997.
- STS de 19 de febrero de 1999.
- STS de 18 de enero de 2000.
- STS de 21 de diciembre de 2000.
- STS de 2 de junio de 2002.
- STS de 31 de julio de 2002.
- STS de 8 de julio de 2003.
- STS de 8 de julio de 2003.
- STS de 18 de noviembre de 2005.
- STS de 16 de febrero de 2006.
- STS de 25 de septiembre de 2008.

3. Tribunal Constitucional

- STC 41/1981, de 18 de diciembre.
- Auto del Pleno del TC de 19 de julio de 2011.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO
LIMITACIÓN RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA
EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este artículo se hace un repaso a la evolución jurisprudencial en torno a la mal llamada «dación en pago» en las ejecuciones hipotecarias. Se analizan las resoluciones judiciales anteriores al famoso Auto 111/2010, de 17 de diciembre de la AP de Navarra, que fue el primero que abogó a favor de que la adjudicación del bien subastado al acreedor hipotecario, aun por menos valor de la deuda garantizada, funcionara como pago de su deuda extinguiendo, consecuentemente esta, impidiendo que se continuara ejecución en vía personal. Con anterioridad a este Auto, la jurisprudencia permitía la continuación de la ejecución en vía personal, basándose en los artículos 1911 del Código Civil, 105 LH y 579 LEC. Sin embargo, este Auto marcó un punto de inflexión, y han

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT
LIMITATION OF MORTGAGE LIABILITY
MORTGAGE FORECLOSURE

A review is given of the evolution of case-law concerning the misnomered «surrender in lieu of payment» in mortgage foreclosure. An analysis is given of decisions previous to Ruling 11/2010 of 17 December of the Navarra Provincial Court, the famous first ruling advocating that an award of the auctioned property to the mortgage lender (even if the property was auctioned for less than the secured debt) should act as payment of the debt, consequently settling the debt and preventing the lender from seeking further payment on the grounds of the debtor's personal liability. Before this ruling, case-law allowed the lender to continue suing, based on article 1911 of the Civil Code, section 105 of the Mortgage Act and section 579 of the Civil Proceeding Act. Ruling 11/2010,

sido muchas las resoluciones que le han seguido. Analizamos estas resoluciones y sus fundamentos.

however, was a turning point, and many decisions have followed in its footsteps. These decisions and their grounds are analyzed.

1.4. Sucesiones

LA RESTITUCIÓN DE BIENES HEREDITARIOS AL HEREDERO: CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE LA ACCIÓN DE PETICIÓN Y LAS RELACIONES ENTRE EL HEREDERO APARENTE Y EL REAL

por

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. APARIENCIA HEREDITARIA, TUTELA DEL HEREDERO Y ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: 1. Planteamiento y nociones preliminares. 2. Una acción huérfana de régimen legal.—II. LA *ACTIO PETITIO HEREDITATIS*: EL CONFLICTO ENTRE EL HEREDERO APARENTE Y EL REAL: 1. Acción de petición de herencia, acción de partición y acción reivindicatoria: semejanzas y diferencias. 2. Legitimación activa y pasiva. 3. El controvertido plazo extintivo de la *hereditatis petitio*. 4. La pretendida vinculación entre el plazo prescriptivo de la acción petitoria de herencia y la duración del *ius delationis*. 5. Efectos del victorioso ejercicio de la acción.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.

I. APARIENCIA HEREDITARIA, TUTELA DEL HEREDERO Y ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

1. Planteamiento y nociones preliminares

Según la SAP de Asturias, de 19 de octubre de 2011, «*…la sucesión se apertura desde el momento de la muerte del causante (art. 657 del CC), si bien quien sea llamado a la herencia (delación), ya por disposición testamentaria ya por ley, precisa aceptar la misma para tomar la cualidad de heredero, aceptación que puede revestir las formas expresa o tácita (art. 999 del CC). Por otra parte, el heredero puede ejercitar la llamada acción de petición de herencia frente a quien sin derecho para ello se encuentra en posesión de bienes hereditarios y, asimismo, puede solicitar la adjudicación de los bienes que comprende la herencia, ejercitando, caso de pluralidad de herederos, la acción de división*» (FJ 1.º).

Con la intención de colocarnos debidamente ante la cuestión objeto de estas páginas, creemos oportuno arrancar de la STS de 23 de marzo de 2006, en la que se ventiló un interesante supuesto de una hija natural (*ilegítima,* según la terminología de la época) nacida en 1932 y reconocida e inscrita en el Registro Civil por su padre, quien, en aquel tiempo estaba casado con otra mujer, con la que tuvo tres hijos *legítimos* y, tras fallecer sin haber otorgado testamento en

1947, en 1974 se dictó Auto declarando herederos a sus tres mencionados hijos y omitiendo a la también hija, quien interpuso demanda ejercitando acción de petición de herencia como heredera de su padre contra una de sus hermanas (no los tres hermanos), por ser la persona que instó el procedimiento de declaración judicial de herederos abintestato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sentencia contra la cual recurrió en apelación la parte demandada, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación por la actora-apelada, el Tribunal Supremo, al estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a los otros dos hermanos «legítimos» declarados herederos (y, en caso de haber fallecido, sus herederos), decreta la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde la comparecencia previa del proceso de menor cuantía.

Por cuanto ahora nos interesa, el Tribunal Supremo afirma que la *actio hereditatis petitio* es una «*acción que tiene el heredero (o coheredero) para obtener, a través del reconocimiento de su título hereditario, los bienes que componen el patrimonio hereditario que le corresponde (sentencias de 20 de junio de 1992, 27 de noviembre de 1992, 12 de julio de 2002)*» (FJ 2.º).

La SAP de Ourense, de 6 de julio de 2004, define la acción de petición de herencia como «*una acción que se atribuye al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante. Se pretende, en definitiva, que se declare la titularidad dominical de determinados bienes a favor de quien se considera le pertenecen, precisamente por título sucesorio*» (FJ 2.º).

De otro modo, la reciente SAP de Valencia, de 20 de abril de 2012, señala que «*es una acción que intenta el heredero a fin de recuperar bienes hereditarios a través del propio reconocimiento de su título sucesorio, por este motivo se afirma que su carácter es universal, ya que tiene por objeto no la reclamación de un bien concreto, sino de modo unitario del patrimonio hereditario. A través del ejercicio de dicha acción, lo que se discute es la propia cualidad de heredero de quien reclama, pudiendo dirigirse contra quien posea tal patrimonio y se niegue a restituirlo negando el propio carácter de heredero al reclamante*» (FJ 2.º).

Así las cosas, la *actio petitio hereditatis* incumbe, pues, a todo heredero (o coheredero), ya hubiera aceptado pura y simplemente o a beneficio de inventario, frente a quien invoca ser heredero (*possessor pro herede*) o posea la herencia sin alegar título alguno (*possessor pro possessore*). De este modo, en la petición de herencia se ventila la cuestión de si el demandante está investido o no de la cualidad de heredero y, en caso afirmativo, la restitución de toda o parte de la herencia que reclama por parte del demandado.

El vencedor en la acción de petición de herencia es el *heredero real* y el vencido el *heredero aparente*.

2. Una acción huérfana de régimen legal

Nuestro Código Civil no ofrece una expresa regulación de la denominada *acción de petición de herencia*. Tan solo hace una somera referencia a ella en tres preceptos de su articulado, a saber: 192, 1016 y 1021, como puede apreciarse, sistemáticamente ubicados en lugares diferentes, concretamente, la acción queda

residenciada en materia de ausencia la primera de las normas y en sede sucesoria (en particular, en el ámbito de la aceptación a beneficio de inventario) las otras dos. Con tan escueta alusión viene a reconocer el Código Civil, al menos, la existencia de la *actio petitio hereditatis* que, en consecuencia, no es fruto de ninguna construcción doctrinal o jurisprudencial, sino una realidad normativa o típica (si bien esta, sirva de adelanto, muy deficiente) (1).

Decidir si el olvido de nuestro legislador ha sido tan solo eso, o si, por el contrario, ha sido una omisión intencionada la de no recoger una normativa específica sobre la acción de petición de herencia (2) no conduciría, según creemos, a una afirmación conclusiva útil y práctica de la cual deducir transcendentes consecuencias, a no ser que deseemos hacer una crítica jurídico-valorativa de la labor llevada a cabo por el legislador decimonónico. Baste pensar, en tal sentido, que se trata de un lamentable desliz normativo pero (lo más importante) no insoluble. La solución viene dada, de un lado, de las escuetas y tenues palabras que el legislador ha dejado (quizá pretendidamente, intuimos) escapar acerca de la *actio petitio hereditatis*, especialmente aprovechables para aproximarnos a la institución que nos ocupa y, de otro, del importante papel que en torno a la figura en estudio han desempeñado y desempeñan tanto la doctrina como la jurisprudencia, que han dotado a la *petitio hereditatis* de un régimen jurídico del que carecía legalmente y absolutamente necesario para conocer su esencia, su fin, las consecuencias de su ejercicio, en suma, para hacerla viva y eficaz jurídicamente.

Muy útiles para colmar el vacío legal, además de los aportes doctrinales científicos y jurisprudenciales, los principios generales del Derecho y, en cuanto lo permita el expediente de la analogía, las reglas de la acción reivindicatoria, lo son, desde luego, por una parte, el importante dato histórico, el cual, como bien observaría el maestro De Castro, no puede perderse de vista (3), menos aun cuando se trata esta de una institución jurídica de indudable carácter arcaico [sus orígenes se remontan al periodo más antiguo del Derecho Romano (4), acción que, dejándose sentir la fuerte influencia romanística, pervive en el Derecho Histórico español, como queda reflejado en la *Lex Romana Visigothorum* (5) y, sobre

(1) Partiendo de la indudable (aunque deficiente) tipicidad legal de la acción de petición de herencia, no compartimos los términos tan rotundos de la afirmación contenida en el FJ 3.º de la SAP de Alicante, de 23 de febrero de 2012: «*la acción de petición de herencia constituye una creación jurisprudencial*», sin perjuicio de reconocer a la jurisprudencia la importante labor desarrollada en la construcción del régimen jurídico de la *hereditatis petitio*.

(2) De tal parecer, Fernández Arroyo, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992, pág. 75.

(3) «Al estudiar nuestro Derecho vigente no se pueden perder de vista sus antecedentes históricos; no se trata de convertir el estudio del Derecho Civil en Historia del Derecho, sino de tener en cuenta las corrientes de pensamiento que vivifican el Derecho vigente. El pasado continúa existiendo en lo que ha llegado a ser parte de la vida nacional», *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, pág. 139. Y en la nota 1 de la misma página afirma: «no debe olvidarse que la codificación civil en España, a diferencia de los demás países, "no cortó el cordón umbilical" con el "histórico Derecho patrio" y que la Ley de Bases mantuvo e impuso la continuidad jurídica».

(4) Ampliamente regulada por el Digesto, que le consagra los Títulos III, IV, V y VI de su Libro IV, mientras que en el *Codex* la encontramos en el Título XXXI del Libro III.

(5) Título V del Libro III del Código Gregoriano.

todo, en las Leyes de Partidas (6)] y, por otra, las referencias legales contenidas en otros Ordenamientos, ya extranjeros (7), ya forales (8).

Como acabamos de apuntar, nuestro Código Civil omite el tratamiento del régimen jurídico de la acción de petición de herencia, siendo escasas las aportaciones que dicho Cuerpo Legal hace en relación a la misma. Únicamente en tres momentos alude, explícita o implícitamente, nuestro legislador a la *actio petitio hereditatis*, cuales son sus artículos 192, 1016 y 1021.

El primero de los preceptos recién citados, el artículo 192, ubicado en materia de ausencia, dispone en su parte primera que lo preceptuado en la norma que le antecede, «*se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción*».

Desafortunadamente, muy pocas son las conclusiones que puedan inferirse de las palabras empleadas por el legislador: de una parte, la acción de petición de herencia no es una mera construcción doctrinal, pues se halla reconocida expresamente en el Código Civil, mencionándola su artículo 192; de otra, la norma transcrita manifiesta abiertamente la prescriptibilidad de la *petitio hereditatis*, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 1930.2.º del Código Civil, aunque calla por completo sobre el plazo de prescripción a ella correspondido (9).

Así las cosas, la letra de la ley nos lleva a deducir de inmediato la imposibilidad de calificar de caducidad el término que le sea asignado a la reclamación de herencia (10), así como de considerarla imprescriptible.

Los artículos 1016 y 1021 del Código Civil, ya en el ámbito de la aceptación a beneficio de inventario, también hacen alusión a la acción de reclamación de herencia.

La primera de las disposiciones normativas citadas, el artículo 1016, es formulada en los siguientes términos: «*fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá este aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia*».

Ciertamente, el artículo 1016, como hiciera el 192 ya tratado, pone, de nuevo, de relieve el carácter prescriptible de la acción de petición de herencia. Pues bien, sin que debamos entrar ahora en las varias deficiencias e incongruencias latentes en este precepto en relación con sus dos precedentes, señalamos que quizá su verdadero alcance esté en establecer un innegable vínculo entre la extensión

---

(6) Título XIV de la Partida VI.

(7) Sin ánimo exhaustivo, §§ 2018 a 2031 BGB, artículos 598 a 600 del Código suizo, artículos 533 a 535 del *Codice Civile* y artículo 2075 del Código Civil portugués; entre los sistemas normativos hispano-americanos, artículos 1264 a 1269 del Código chileno y artículos 3421 a 3428 del Código Civil argentino.

(8) Vid. artículos 465-1 y 465-2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, y Leyes 322 a 323 del Fuero Nuevo de Navarra.

(9) En este sentido, Cabanillas Sánchez, A., «Comentario al artículo 192 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993, pág. 616: «este artículo declara prescriptible la acción de petición de herencia, aunque no señala plazo».

(10) Así lo hace notar Gitrama González, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XIV, vol. 1.º (arts. 988 a 1034 CC), Madrid, 1989, pág. 62.

temporal de la aceptación a beneficio de inventario o de la solicitud del derecho a deliberar y la de la prescripción asignada a la acción petitoria de la herencia.

Por último, el artículo 1021 reza del modo que ahora sigue: «*el que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y solo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados*».

En la norma, la cual plantea la responsabilidad del heredero por deudas y legados derivada del exitoso ejercicio de la acción de petición de herencia (11), se comprenden implícitamente las dos notas que caracterizan especialmente a dicha acción.

En primer lugar, se trata de la reclamación del as hereditario entendido en su totalidad y no de cada uno de los bienes que lo integran, lo que parece poner de manifiesto el carácter universal de la acción.

Y, en segundo lugar, el ejercicio de la acción implica necesariamente aceptación tácita de la herencia *ex* artículo 999.3.º del Código Civil, pues legitimado activamente para la actuación procesal de la reclamación hereditaria es solo aquel que ostente la cualidad sucesoria, siendo la dispensa legal de la realización del inventario para cuando resulte vencedor en el juicio el reclamante prueba clara de la condición de aceptante que este ostenta.

Dado el tímido reconocimiento de la acción de petición de herencia que lamentablemente hace nuestro Código Civil y las escasas conclusiones que pueden ser inferidas de las palabras empleadas por el legislador, permítasenos adentrarnos en el tratamiento y régimen jurídico de la acción de petición de herencia, mas tan solo ciñéndonos a sus aspectos más conflictivos, aquellos que han dado lugar a litigios conocidos y solventados por nuestro Tribunal Supremo y por Tribunales inferiores, muy numerosos, por cierto, quizá por aquello de que *heredis fletu sub persona risus est*, esto es, el llanto del heredero es una risa disfrazada (12).

II. LA *ACTIO PETITIO HEREDITATIS*: EL CONFLICTO ENTRE EL HEREDERO APARENTE Y EL REAL

1. Acción de petición de herencia, acción de partición y acción reivindicatoria: semejanzas y diferencias

Como señala la STS de 24 de julio de 1998 (13), en su FJ 6.º, «*la esencia de la llamada acción de petición de herencia* (actio petitio hereditatis) *consiste, sustancialmente, en el hecho de que, hallándose unos bienes poseídos en concepto de dueño por un tercero, el que considera pertenecerle dichos bienes, por*

(11) López Jacoiste, J. J., «Comentario al artículo 1021 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* t. I, Madrid, 1993, pág. 2406.

(12) Publilio Siro, *Mimos*, núm. 221.

(13) Vid. comentario a dicha resolución por Fernández Arroyo, M., «Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998: Estando la herencia indivisa no es de petición de herencia la acción ejercitada contra un coheredero que posee los bienes hereditarios en beneficio de la comunidad hereditaria. Diferencias entre la acción de petición de herencia y la acción de partición. No procede la usucapión de bienes hereditarios por el heredero que los posee de consuno o en beneficio de los demás coherederos», en *CCJC,* núm. 49, enero-marzo de 1999, págs. 93-116.

título de herencia, reclama se declare en su favor la titularidad dominical de los mismos» (14).

En ocasiones, la jurisprudencia nos conduce al concepto de una determinada figura jurídica señalándonos lo que no es. Ello acontece con la acción de petición de herencia, que no es una acción de partición de herencia ni una acción reivindicatoria, distinción que ha de tenerse muy presente pues, como constante doctrina jurisprudencial que es ocioso citar viene señalando, la naturaleza de las acciones que se ejercitan no dependen del nombre que con mayor o menor acierto les dé el demandante, sino de su contenido, determinado por lo que se pide y por la causa de pedir.

La SAP de Teruel, de 22 de noviembre de 1997, consideró en su FJ 2.º que, en el caso enjuiciado, se ejercitaba una acción de partición y no de petición de herencia «*porque la naturaleza de esta no es otra que la de una acción de carácter general, dirigida al reconocimiento de una cualidad como es la de heredero y correlativamente del derecho a una participación indivisa de los bienes que integran el caudal hereditario —STS de 7 de enero de 1966— no siendo tal o no mereciendo esa calificación la acción que conjunta o individualmente ejercitan los o el heredero tendente a la reintegración de un bien determinado en el caudal relicto, si, como ocurre en el presente caso, su pertenencia al mismo ni siquiera se ha discutido, como tampoco lo ha sido la condición de herederos de los padres de los ahora litigantes ni la de sucesores de aquellos, estos. En este sentido la doctrina científica viene a considerar que la* petitio hereditatis *tiene la particularidad de ser ejercitada por una persona sobre la base del mejor derecho sucesorio frente al demandado, no cuando ese derecho es del mismo grado ni se discute la pertenencia del bien a la masa hereditaria y sí solamente su adjudicación o no en la partición de la herencia*».

De este modo, la acción de división de herencia tiene por objeto repartir los bienes componentes de la herencia indivisa entre los coherederos (y, en su caso, legatarios de parte alícuota), extinguiendo la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a cada coheredero de concretos bienes, componentes del caudal relicto, en pago de su cuota, lo que atribuirá a cada coheredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. Esta acción es imprescriptible *ex* artículo 1965 del Código Civil (vid. FJ 6.º de la STS de 24 de julio de 1998).

La acción de petición de herencia es definida por la STS de 21 de junio de 1993 como una acción universal dirigida primordialmente a obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y, en su caso, a la restitución de todo o parte de los bienes que componen el caudal relicto del causante cuya posesión a título sucesorio o sin derecho alguno retenga en su poder el demandado (FJ 7.º).

Es, precisamente, dicha finalidad restitutoria la que provoca una confusión a la hora de distinguir la *actio petitio hereditatis* de la acción reivindicatoria.

Según la SAP de Barcelona, de 16 de junio de 1994, «*aun cuando la* actio petitio hereditatis*, reconocida de modo implícito en los artículos 192, 1016 y 1021 del Código Civil, por su carácter universal y finalidad dirigida primordialmente a la obtención del reconocimiento de la cualidad de heredero, difiere de la reivindicatoria, regulada en el artículo 348 del mismo Cuerpo Legal, no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir la restitución de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio* (pro herede possesor) *retenga en su*

(14) Puede verse el comentario a la misma por López Beltrán de Heredia, en *RDPat.*, núm. 2, 1999, págs. 541-550.

poder el demandado, configurándose así un aspecto material que envuelve cierta coincidencia entre ambas acciones, pero que siguen diferenciándose por el concreto derecho que soporta su ejercicio y que, en el caso, cumple su objetivo recuperatorio en la adquirida condición de heredero de quien la ejercita y que soporta también, con todo vigor, las necesarias mutaciones registrales, a la par que hace decaer lo solicitado de adverso en el litigio acumulado».

Sobre la cuestión incide la SAP de Segovia, de 11 de octubre de 1996, en su FJ 1.º, conforme a la cual la acción de petición de herencia «*compete al heredero real o verdadero contra quienes poseen todos o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener el heredero en cuanto tal la restitución de los bienes, a base de la comprobación o reconocimiento de que a él corresponde aquella cualidad. Si al igual que en la acción reivindicatoria se trata de lograr una entrega de bienes apoyada en una titularidad sobre los mismos, la diferencia entre ambas acciones estriba en la diversa naturaleza de esa titularidad, que es la "titularidad dominical" de un bien singular en la reivindicatoria; y la "titularidad hereditaria" de bienes contemplados como partes integrantes de una sucesión en la petición de herencia. De ahí que la demostración del título de dominio sea inexcusable en la primera e innecesaria en la segunda, donde basta la prueba del título de heredero en la sucesión*».

Por su parte, la SAP de Girona, de 30 de julio de 1999, distingue la acción de petición de herencia de la *rei vindicatio*, «*en que la petición de herencia es de carácter universal, es decir, se dirige a la restitución de todos o algunos bienes hereditarios y se fundamenta sobre la base de la prueba del título de heredero, sin que el actor tenga que demostrar que a su causante o a él le pertenece la propiedad de la cosa o cosas que otro posee y son objeto de reclamación, mientras que la reivindicatoria tiende a la recuperación de uno o más bienes del reivindicante mediante prueba de la propiedad de los mismos*» (FJ 3.º).

En consecuencia, la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria presentan ciertos puntos de similitud, pero difieren entre sí, pues, como aprecia la STS de 21 de junio de 1993, «*la primera de ellas es una acción universal dirigida primordialmente al reconocimiento de la cualidad de heredero con respecto a un* totum *hereditario, mientras que la segunda, de naturaleza típicamente real, se dirige a obtener la restitución de bienes concretos y determinados, si bien la* actio petitio hereditatis *también sirve de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en beneficio de la masa común (y, tal vez, aquí radique la confusión en que incurre en ocasiones) la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio* (pro herede possesor) *o sin derecho alguno* (possidens pro possesore) *retenga en su poder el demandado*» (FJ 7.º).

Por tanto, la diferencia existente entre la acción reivindicatoria y la acción de petición de herencia cuando esta recae sobre un singular bien hereditario (la STS de 21 de mayo de 1999 señala en su FJ 3.º que no es necesario que la acción de petición de herencia se refiera a todos los bienes integrantes del caudal hereditario, «*sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros*») estriba en el título de vindicación, puesto que para que se dé la acción de petición de herencia es imprescindible que la controversia procesal se centre en la condición de heredero (STS de 21 de diciembre de 1990) (15).

(15) Acerca de los rasgos diferenciadoras entre ambas acciones, vid. SIMÓ SANTOJA, V. L., «En tema de petición de herencia», en *RDP*, t. XLIV, 1960, pág. 668; CANO ZAMORANO, L.

De este modo, por lo que se refiere a la carga probatoria, mientras el actor de la reivindicatoria debe demostrar la propiedad de los bienes, en la *hereditatis petitio* puede, en cambio, limitarse a probar la cualidad de heredero y al hecho de que los bienes, al tiempo de la apertura de la sucesión, estaban comprendidos en el hereditario (16).

M.ª, «La acción de petición de herencia: concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente», en *RCDI*, 1981, t. II, núm. 57, págs. 1221-1222, y en la doctrina italiana, AZZARITI, G., «Petizione di eredità e azione di rivendica», en *RDC*, 1982, II, págs. 158 y sigs.

(16) En la STS de 2 de enero de 2006 se declaró improcedente el ejercicio de la acción de petición de herencia de una Administración de Loterías al considerar tanto la Audiencia Provincial como el Juzgado de Primera Instancia que el negocio y sus rendimientos no formaban parte del haber hereditario. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber al mismo, advirtiendo que «*la doctrina que sustenta esta Sala sobre la transmisión* mortis causa *de las Administraciones de Loterías puede resumirse en que no forman parte de la herencia, que la titularidad de las Administraciones se rige en cuanto a su transmisión por normas específicas, que nada tienen que ver con las sucesorias. Las mismas se hallan en el artículo 14 del Real Decreto de 11 de junio de 1985.*

El análisis del Real Decreto, de 11 de junio de 1985, conduce a la conclusión de que las Administraciones de Loterías no se transmiten mortis causa *como formando parte de la herencia, pues son intransmisibles* inter vivos, *solo cabe que el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado nombre nuevo titular si el actual renuncia, y que este proponga al nuevo de entre su cónyuge, padres, hijos o nietos, y, en su defecto, algún hermano. Por otra parte, el susodicho Organismo solo lo designará si el propuesto cumple las condiciones legales exigidos, y será objeto de instrucción del oportuno expediente, que habrá de ser anunciado en el Boletín Oficial del Estado (art. 13). Tampoco admite el Real Decreto de 1985 la transmisión* mortis causa *de la titularidad de la Administración, sino solo otorga al titular de la Administración la facultad de proponer al Organismo un nuevo titular, de manera muy análoga a la transmisibilidad* inter vivos *(art. 17).*

Por lo tanto, la titularidad no se transmite ni inter vivos *ni* mortis causa. *El titular de la Administración lo único que tiene es la facultad de proponer a un nuevo titular dentro de un círculo señalado de personas, que nada tienen que ver con el hecho de suceder al titular. La Administración nombra al nuevo si reúne las condiciones que le exige el Real Decreto de 1985, no porque el Administrador de Loterías lo haya dispuesto.*

La Administración de Loterías se configura así como una titularidad que se extingue a la muerte del titular si no hubiese hecho propuesta de designación, o que esta hubiese recaído en persona que no reuniere los requisitos previstos en el artículo 14, o que no hubiere solicitado el nombramiento en el plazo de un mes desde el fallecimiento (art. 14.5). Ello hace que la titularidad de la Administración otorgue un conjunto de derechos y obligaciones que se especifican en el Real Decreto de 1985 y que se extinguen a la muerte del designado, salvo que se den los casos anteriormente consignados, y que nada tiene que ver con su herencia. Entre ellos se encuentra la repetida facultad de proponer a ONLAE un nuevo titular para después de su fallecimiento.

Por otra parte, el artículo 659 del Código Civil excluye de la herencia los derechos que se extinguen a la muerte de la persona, entre los que hay que integrar necesariamente la titularidad de una Administración de Loterías, que es un derecho configurado exclusivamente por normas administrativas. El administrador solo tiene facultad de proponer a la Administración un nuevo titular, no un sucesor, no en su testamento necesariamente sino en documento público (art. 14.1). Todo lo demás hasta el nuevo nombramiento del propuesto sigue un proceso administrativo, que terminará, en su caso, con una nueva designación de Administrador de Loterías. En ningún caso la decisión final depende del titular fallecido».

Vid., asimismo, la SAP de Barcelona, de 28 de octubre de 2011, que desestimó la acción de petición de herencia relativa a la restitución a la masa hereditaria de los rendimientos de la Administración de Loterías.

De todo lo anterior se deduce que la acción de petición de herencia es la que compete al heredero real o verdadero contra quien posea todo o parte de los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin alegar título alguno, a fin de obtener la restitución de los bienes hereditarios con base en el reconocimiento de su cualidad de heredero. De este modo, el actor, al reclamar los bienes, no se apoya en un título singular, sino que pide su entrega como parte del todo hereditario apoyándose en su título de heredero; no se sucede al causante en la acción de petición de herencia, la cual nace para el heredero, a quien se le atribuye *ex novo* con la aceptación, teniendo derecho a que se reconozca su condición y, con base en su título, recuperar todos los bienes que deben integrar el caudal hereditario.

2. Legitimación activa y pasiva

La legitimación activa corresponde al heredero real (STS de 21 de mayo de 1999), con independencia de su título de vocación (SAP de Girona, de 30 de julio de 1999), condición sucesoria que ha de tenerse en el momento de ejercitar la acción (17) y que ha de resultar probada junto con la pertenencia a la masa hereditaria de las cosas cuya restitución se pretende (18).

Por su parte, ostenta la legitimación pasiva el poseedor de los bienes hereditarios que invoque un título sucesorio (si posee con base en un título diferente, por ejemplo, la propiedad, la acción a ejercitar sería la reivindicatoria) (19) excluyente del que asiste al reclamante, esto es, el heredero aparente *(possessor pro herede)*, así como los meros poseedores sin título alguno (*possessor pro possessore*) (20).

El ejercicio de la acción de petición de herencia implica necesariamente aceptación tácita de la herencia *ex* artículo 999.3.º del Código Civil, pues legitimado activamente para la actuación procesal de la reclamación hereditaria es solo aquel que ostente la cualidad de heredero (vid. SAP de Sevilla, de 8 junio de 1993, en el que fue estimada la acción petitoria ejercitada por un hijo extramatrimonial

---

(17) Así lo indica Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2005, pág. 370, señalando que en dicho momento el título hereditario no ha de tener carácter definitivo, como puede ocurrir en el caso de institución de heredero sometido a condición resolutoria o en el supuesto de sustitución fideicomisaria, en cuyo caso podrán ejercitar la acción de petición de herencia tanto el fiduciario como el fideicomisario.

(18) STS de 29 de noviembre de 2007, SAP de Melilla, de 14 de diciembre de 2000, y SAP de Alicante, de 23 de febrero de 2012 (en la cual resultó acreditada la condición de heredero del demandante, pero no que una vivienda fuera propiedad de los causantes y, por tanto, debía formar parte del caudal relicto de los mismos).

En la jurisprudencia italiana, S. Cass., Sez. 2, de 2 de agosto de 2001, n. 10557, y Cass., Sez. 2, de 16 de gennaio de 2009, n. 1074.

(19) Acerca de ello, Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 371, considera: «en el caso de que el demandado, sin pretensión hereditaria alguna, alegue que la tenencia de un bien hereditario encuentra fundamento en un acto transmisivo que realizara el causante (donación o venta, por ejemplo), ha de estimarse que resulta improcedente la acción de petición de herencia».

(20) Vid. SSTS de 10 de abril de 1990, 21 de mayo de 1999 y de 23 de marzo de 2006, y SAP de Badajoz, de 11 de julio de 1995 (en cuyo pleito, originado por la sucesión de una persona de nacionalidad inglesa, se alegó una situación de litisconsorcio pasivo necesario), y SAP de Madrid, de 4 de junio de 2001.

del causante), quien, en caso de resultar vencedor en el juicio, queda dispensado legalmente de la realización del inventario (art. 1021 CC).

Cuando es ejercitada por un heredero como comunero de bienes hereditarios pedidos en virtud de la acción petitoria de herencia, obtiene un título universal que ha de compartir con sus condóminos o coherederos, a los que ha de favorecer la resolución, esto es, su ejercicio redunda en beneficio de la comunidad hereditaria. En consecuencia de ello, es preciso probar el carácter de heredero del reclamante y el título hereditario en que funda su derecho, sin que precise probar que no existen otras personas con dicha cualidad, si bien, como ya se ha indicado, la sentencia redunda en beneficio de la comunidad hereditaria (SSTS de 21 de marzo de 1944, 26 de junio de 1948 y 10 de abril de 1990).

Con toda claridad establece la SAP de Segovia, de 11 de octubre de 1996, «*que las exigencias precisas para el éxito de tal acción son: que se pruebe el fallecimiento del causante, así como la condición de heredero del actor (requisitos ambos acreditados en autos y en ningún caso discutidos entre los litigantes, plenamente conformes sobre tales extremos) y además que, en caso de contradicción, se pruebe que las cosas reclamadas son hereditarias y están poseídas por el demandado, correspondiendo a este último la carga de probar, acreditados los anteriores extremos, su mejor derecho hereditario, la invalidez de los títulos del actor y, en caso de excepcionar a su favor un título singular, la prueba de la existencia del mismo. En este caso, sin embargo, el problema se simplifica en gran manera, porque negado por el demandado el hecho de su supuesta posesión, de ningún bien concreto del caudal hereditario del referido causante, no existe en los autos la más mínima prueba tendente a demostrar esa supuesta posesión. Es decir, ninguna prueba practicada se refiere a que el demandado posea algo, alguna cosa, algún bien, perteneciente o no a la herencia. Y por consiguiente faltando uno de los requisitos básicos para el éxito de la acción, la sentencia debe ser forzosamente desestimatoria*» (21).

Como expresa la SAP de Girona, de 30 julio de 1999, «*los que han sido demandados por el heredero deben probar los hechos obstativos o impeditivos de la pretensión del actor: es decir, su mejor derecho hereditario, la ineficacia del título en que aquel se funda, o demostrar la validez del título singular presentado en juicio para justificar la posesión de los bienes reclamados como hereditarios*».

Respecto a la legitimación procesal, en nuestros Derechos Forales, la Ley 322 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que «*el heredero tiene la acción de petición de herencia contra cualquier poseedor de bienes hereditarios o deudor de la herencia o persona que hubiere obtenido algún lucro de ella, siempre que le niegue la cualidad de heredero al demandante*», en tanto que el artículo 465-1 del Código de Sucesiones de Cataluña dispone: «*1. El heredero tiene la acción de petición de herencia contra quien la posee, en todo o en parte, a título de heredero o sin alegar ningún título, para obtener el reconocimiento de la calidad de heredero y la restitución de los bienes como universalidad, sin tener que probar el derecho de su causante sobre los bienes singulares que la constituyen. 2. La acción de petición de herencia es procedente también contra los sucesores del heredero aparente o del poseedor y contra los adquirientes de la totalidad de la herencia o de una cuota de esta*».

---

(21) Al respecto, vid. TODOVORA, M., «Una cuestione di sapore antico: l'onere della prova nella petitio hereditatis», en *Il Corriere giuridico*, núm. 12, 2004, págs. 1602-1606; SPOTTI, F., «Beni ereditari, e prova, nella petizione di eredità», en *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 7, 2008, págs. 622-627.

3. El controvertido plazo extintivo de la *hereditatis petitio*

Uno de los puntos más oscuros y conflictivos, ya desde el Derecho romano, que presenta la acción de petición de herencia, es la determinación de su plazo extintivo.

La confusión que rodea al plazo extintivo de esta acción sucesoria procede de Las Partidas, en la que la Ley VII del Título XIV de la Partida VI contemplaba una diversidad de plazos preclusivos en atención a la posición posesoria de los bienes hereditarios que ostentara el legitimado pasivo o demandado, esto es, se establecía una relación directa entre la prescripción extintiva de la acción y la adquisitiva o *usucapio* (tanto ordinaria como extraordinaria) por parte del poseedor de los bienes de la sucesión: por un lado, cuando se tratara de un poseedor con buena fe y justo título el *verus heres* debía promover la acción en el plazo de diez años si se trataba de presentes y en el de veinte si eran ausentes; por otro, siendo de mala fe el poseedor, con o sin título, el legitimado activo debía ejercitar la acción en el plazo de treinta años so pena de perder, por inactividad o negligencia en la reclamación, su derecho sobre la herencia, venciendo el poseedor por el simple efecto del transcurso del tiempo, salvo que fuere menor de veinticinco años, en cuyo caso la prescripción comenzaría a correr tras alcanzar la mayor edad, tal y como resulta del tenor literal del inciso final de la citada Ley Séptima (22).

Ya García Goyena, el ilustre comentarista del Proyecto isabelino de 1851, mantenía que la acción de petición de herencia prescribía a los treinta años a contar desde la muerte de aquel a quien se pretendía heredar (23). Entre las decisiones del Tribunal Supremo anteriores a nuestra Codificación civil, las cuales aplicaban el plazo treintenal fijado por la Ley LXIII de Toro o la Ley V, Título VIII del Libro XI de la Novísima Recopilación para las acciones mixtas citamos, entre otras, las SSTS de 20 de enero de 1866, 17 de febrero de 1882 y de 30 de abril de 1883.

En la actualidad, una de las escasas cuestiones pacíficas, si bien (como no podía ser de otra manera) no por unánime convicción (24), con la que contamos en esta materia es la naturaleza prescriptible de la acción objeto de nuestro

---

(22) Para un estudio más detenido de los antecedentes históricos de la acción petitoria de herencia, vid. nuestro trabajo, *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder*, Valencia, 1998, págs. 36-40.

(23) García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, pág. 181.

(24) No faltan autores que, considerando, bien la omisión legal de un plazo específico de prescripción para las acciones mixtas, bien el carácter imprescriptible de la cualidad de heredero y, en definitiva, de la acción hereditaria, la cual solamente podrá verse privada de contenido por la prescripción adquisitiva por parte de tercero de los derechos particulares sobre cada uno de los bienes del hereditario o de la extintiva por la que se haya extinguido la obligación del deudor de la herencia, se inclinan por el criterio de la imprescriptibilidad de la acción. V. Scaevola, Q. M., «Apéndice único, la acción de petición de herencia», en *Código Civil,* t. XVII, Reus, Madrid, 1944, pág. 781, nota 1. En la misma línea, vid. Trullenque Sanjuán, J., «La *actio petitio hereditatis*», en *RGD*, t. IV, 1948, pág. 472. Por su parte, Martín Blanco, J., «La adquisición de la herencia en el Código Civil español», en *RGLJ*, 1956-I, t. 201, pág. 72, considera la existencia de un plazo, pero de caducidad, no de prescripción. También de caducidad nos habla Royo Martínez, M., «Derecho sucesorio *mortis causa*», Sevilla, 1951, pág. 59; sin embargo, incurriendo en una paladina contradicción, el propio

estudio, la cual encuentra fundamentación legal (además de su refrendo en los valiosos precedentes de nuestro Derecho histórico, como pone de manifiesto el Considerando 3.º de la STS de 8 de octubre de 1962) en el mismo Código Civil: en términos generales, los artículos 1930 *in fine*, 1932.1.º, 1934 y 1936; de forma especial, los artículos 192 y 1016.

Abundando más en ello, la imprescriptibilidad constituye la excepción y requiere norma expresa y, en este sentido, se sugiere que la falta de una determinación normativa específica acerca de la prescripción ha de conducir antes a esta que a la imprescriptibilidad (25). En este sentido, disponen explícitamente la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, tanto, de un lado, el artículo 465-1 del Código Civil de Cataluña (26), como, de otro, el artículo 533.2.º del *Codice Civile* (27) y el artículo 2075.2.º del Código luso (28) (repárese en que tratándose de codificaciones civiles afines a nuestro sistema normativo sucesorio y de reciente data, han optado por la imprescriptibilidad de la acción).

En efecto, sabemos, dado el tenor literal del artículo 1016 del Código Civil, que el ejercicio de la acción de reclamación de herencia está limitado en el tiempo. Asimismo tenemos conocimiento de que se trata de un plazo prescriptivo, consiguientemente, no de caducidad. Empero, desconocemos la extensión temporal de dicho término, la cual no queda, en ningún momento, determinada en el Código Civil, no obstante el tajante decir de su artículo 1961.

Dos alusiones a ese plazo prescriptivo hace el legislador en los artículos 192 y 1016, ambos del Código Civil. Ciertamente, ningún esfuerzo le hubiera supuesto al legislador añadir unas palabras más a la frase final del artículo 1016, si bien no son estos lugar ni momento oportunos para detenernos en consideraciones de *lege ferenda*, por muy razonables que pudieran parecer. El hecho es que no lo hizo, por lo que aquí y ahora debemos intentar conocer cuál sea ese plazo que rondaba por la mente del legislador a finales del siglo XIX, para lo cual deviene necesaria la previa determinación de la naturaleza jurídica de la acción que abordamos. Clara esta, la asignación de un plazo extintivo será, de suyo, automática.

Pareceres de muy diversa índole han sido formulados desde siempre, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, en torno a la controvertida naturaleza jurídica, ámbito y efectos de la figura en estudio. Las opiniones difieren según se ponga mayor o menor énfasis en uno u otro de los múltiples elementos que convergen en la materia: la finalidad restitutoria o vindicativa de la acción y su oponibilidad *erga omnes*, unicidad de la acción por razones de economía procesal, la cualidad personal del heredero, la naturaleza jurídica de la herencia y de cada bien objeto de reclamación, etc. Nos circunscribimos a exponer sucintamente la diversidad de pareceres, considerando no ser

---

ROYO, en la pág. 275, entiende que el Derecho hereditario se extingue por prescripción a los quince años de la delación.

(25) De esta opinión, HERNÁNDEZ GIL, A., *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1971, pág. 218.

(26) «*3. La acción de petición de herencia es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares*».

(27) «*L'azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni*».

(28) «*2. A acção pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no artigo 2059.º*».

este adecuado lugar para someter a una minuciosa crítica las varias soluciones propuestas (29).

La visión de la herencia como una *universitas iuris* que trasciende más allá de los bienes que singularmente la integran y en razón de que es universal el título con base en el cual se acciona, lleva a estimar la *petitio hereditatis* como una acción universal, en tanto que la restitución de los bienes sucesorios que se persigue con el ejercicio de la acción no contra una persona determinada, en virtud de un vínculo obligacional con ella, sino contra el poseedor (quienquiera que este pueda ser) de los mismos, de otro modo, su carácter *erga omnes*, determina la calificación jurídica de real para la acción petitoria de herencia, concluyendo, de este modo, con la determinación del plazo extintivo de treinta años que le es propio a este tipo de acciones *ex* artículo 1963.1.º del Código Civil.

A ambas teorías se adscribe una parte de la doctrina (30), precisamente la que cuenta con un mayor número de autores, encontrando constante refrendo jurisprudencial en copiosas resoluciones emanadas tanto de nuestro Tribunal Supremo como de tribunales inferiores (31).

Al respecto, sirva de ejemplo la STS de 27 de noviembre de 1992, la cual, en su FJ 4.º, señala que «*es evidente que la naturaleza de la misma sobre si es personal o real, dependerá directamente del alcance u objetivo que se persiga con su pretensión, siendo elemental afirmar que una acción de petición de herencia o declaración de heredero* per se *es una acción de carácter universal cuyo contenido no solo se integró por el ejercicio de derechos personales sino también de derechos reales, y que, indiscutiblemente, persigue, por su identidad con la auténtica* petitio hereditatis *incorporar o pretender la conjunción de relaciones jurídicas que integran el concepto de la herencia de una persona (que, por propia definición del art. 659, cuando dice que la herencia comprende todos los bienes o derechos u obligaciones de una persona, que no se extingue con su muerte) por lo que es obvio que el ob-*

---

(29) Para una detallada exposición de las opiniones vertidas sobre la materia nos remitimos al amplio tratamiento de las mismas realizado por Fernández Arroyo, *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, cit., págs. 203-222.

(30) Vid., entre otros, Chamorro Piñero, S., «Los derechos hereditarios», en *RGLJ*, t. 169, 1941, pág. 328; Serrano Serrano, I., *La ausencia en el Derecho español,* Madrid, 1943, pág. 261; Bonet Ramón, F., «Acción de petición de herencia: su naturaleza jurídica. Plazo durante el cual puede ejercitarse. ¿Puede oponerse contra tal acción una usucapión por un plazo más corto? Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1951», en *RDP*, t. 35, 1951, pág. 1028; De Diego, F. C., *Instituciones de Derecho Civil español*, t. III, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1959, pág. 487; Gullón Ballesteros, A., «La acción de petición de herencia», en *ADC*, 1959, pág. 233; Simó Santoja, «En tema de petición de herencia», cit., pág. 668; Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones,* t. II, *Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, pág. 652; Castro Lucini, F., «Acción de petición de herencia. Prescripción. Comentario a la sentencia de 2 de junio de 1987», en *RCDI*, marzo-abril de 1990, núm. 66, pág. 818; Rivas Martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, t. II, Madrid, 1989, págs. 823 y 984.

(31) En esta línea jurisprudencial se incardinan sentencias tan antiguas como las de 20 de enero de 1866, 17 de febrero de 1882, 30 de abril de 1883, 30 de marzo de 1889, 28 de enero de 1892, 28 de febrero de 1908, 22 de octubre de 1931, 18 de mayo de 1932, 25 de octubre de 1950, 12 de abril de 1951, 12 de noviembre de 1953, 6 de marzo de 1958, 25 de enero y 8 de octubre de 1962, 25 de octubre de 1963, 12 de noviembre de 1964, 7 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1971, 2 de junio de 1987, 10 de abril de 1990, 20 de junio y 27 de noviembre de 1992, 21 de junio de 1993 y 14 de junio de 1994, y en la denominada jurisprudencia menor, destacamos, entre otras, la SAP de Teruel, de 22 noviembre de 1997, la SAP de Girona, de 30 de julio de 1999 y la SAP de Sevilla de 12 de junio de 2009.

jetivo de dicha acción de petición de herencia comprenderá justamente todas estas clases de elementos patrimoniales incluidos en su concepto legal, en cuanto a bienes, derechos y obligaciones, en donde hay que admitir la concurrencia o complejidad tanto de derechos personales, como de derechos reales dentro del patrimonio relicto, todo lo cual conduce a descartar se trate, pues, sin más, de una acción personal, sino de una acción que, por su universalidad y por comprender justamente los bienes, derechos y obligaciones del citado artículo 659, ha de subsumirse a efectos de prescripción, en la normativa contenida en el artículo 1962, en la idea del 1963, por lo que sin poder excluir de antemano lo relativo a los derechos sobre bienes inmuebles el plazo será el de treinta años».

No son visiones incompatibles y excluyentes, de acuerdo con la opinión más generalizada, aunque no han faltado autores que se han inclinado por una u otra, mas no por las dos. A esta línea se adscribe TRULLENQUE SANJUÁN (32), quien califica de acción universal y no real la *petitio hereditatis*, pues considera que la acción cuenta con dos fases o manifestaciones, una de carácter declarativo y otra posterior restitutoria: la primera, enderezada al reconocimiento del título de heredero, perfila la petición de herencia como una acción universal, absoluta e imprescriptible; la segunda, universal, fundada en un derecho absoluto no real (pues sobre un ente inconcreto y vago como es la herencia no se puede ostentar derecho real alguno) e imprescriptible, aun cuando los bienes perseguidos puedan ser objeto de usucapión en favor de terceros (33).

Asimismo, con fundamento en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 1927, CANO ZAMORANO (34) opina que es del todo imposible afirmar el carácter real de la acción, puesto que esta se ejercita al amparo del derecho hereditario, el cual no ha de tener siempre como sustrato una cosa real (35).

Posición opuesta adoptan otros autores, pocos (con base en la STS de 20 de junio de 1928, si bien esta decisión judicial se refiere a la naturaleza de la acción de nulidad del testamento, no a la *petitio hereditatis*, por lo que no puede considerarse un válido argumento) (36), que hacen pivotar sus consideraciones en torno a la cualidad de heredero y al aspecto puramente declarativo de la misma: el objeto de la acción de petición de herencia no es más que la declaración y reconocimiento de la cualidad de heredero, no la restitución de los bienes sucesorios que se encuentran en poder del demandado, mera consecuencia del

---

(32) TRULLENQUE SANJUÁN, «La *actio petitio hereditatis*», cit., pág. 469.

(33) CASADO IZQUIERDO, J., «La acción de petición de herencia», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 1996, pág. 240, parece censurar, en cierto sentido, la teoría sustentada por TRULLENQUE al mantener que no se ejercitan dos acciones distintas, sino una acción de finalidad vindicatoria que exige, como toda acción de condena, la previa declaración o constatación del derecho, pero ello no significa que no pueda darse una acción meramente declarativa para pedir el heredero la sola declaración de su cualidad, si esto le interesa.

(34) CANO ZAMORANO, *La acción de petición de herencia: concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente,* cit., pág. 1225.

(35) Comparte la misma opinión TRAVIESAS, M., «Sobre Derecho Hereditario», en *RDP*, 1921, t. VII-IX, pág. 16, quien afirma que el derecho hereditario no es un derecho real, sino absoluto, que puede hacerse valer *erga omnes*.

(36) Adoptan esta postura, entre otros, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio* mortis causa, cit., pág. 275, y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho Hereditario*, Madrid, 1990, págs. 71-72, para quien la acción de petición de herencia es una acción personal que prescribe a los quince años, pero la condición de heredero, como *officium pietatis,* es personalísima e imprescriptible.

pretendido reconocimiento. De ser personal la acción que nos ocupa, su vida jurídica, en conformidad con la naturaleza que presenta, tendría asignada una duración, por carecer de un plazo especial, de quince años, tal y como dispone el artículo 1964 de nuestro Código Civil (37).

En la línea del Derecho justinianeo, algunas voces (38) proclaman la naturaleza mixta o compleja de la *vindicatio hereditatis*, precisamente por participar de la acción real y de la personal: contiene una demanda en reconocimiento de la cualidad de heredero, por ello es personal, y una reivindicación general del patrimonio hereditario, por lo que es real (39).

Sin ánimo crítico de oposición a esta última postura por nuestra parte, baste ahora recordar las concluyentes y decisivas afirmaciones emanadas del Alto Tribunal acerca de la existencia de las acciones mixtas en nuestro Derecho para darnos cuenta de su inconsistencia jurídica y consiguiente imposibilidad de su sostenimiento, hoy, en nuestro Derecho.

En tanto que en 1908, en su sentencia de 31 de octubre, el Supremo declararía la existencia de las acciones mixtas en orden a la determinación de la competencia judicial pertinente, tan solo veinte años más tarde, en su sentencia de 20 de junio de 1928 (40) vendría a afirmar, con rotundidad, lo siguiente: «*hay que dejar sentado que nuestro Código Civil no admite las acciones mixtas, que han muerto por el silencio...*». Años más tarde, la sentencia de 2 de julio de 1941 calificaría de *técnicamente artificioso* el concepto de acción mixta, en tanto que las de 7 de diciembre de 1940 y 5 de diciembre de 1962 concluirían que la acción mixta subsiste únicamente a efectos determinantes de competencia, esto es, viene a ser una mera aglutinación o conglomerado de acciones (vid. el derogado art. 62.4.ª LEC-1881).

A mayor abundamiento, de prevalecer este criterio sobre la naturaleza de la *petitio hereditatis*, no se resolverían los inconvenientes que esta presenta, puesto que, en nuestro Código Civil, se obvia, en todo momento, un específico plazo de prescripción de las denominadas *acciones mixtas*.

Una tesis claramente conciliadora de las distintas opiniones emitidas sobre esta concreta cuestión es la que sustenta que la acción de petición de herencia no cuenta con un plazo prescriptivo unitario (41), sino con plazos diversos, va-

---

(37) Basándose en el referido precepto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, pág. 169, considera que la acción de petición de herencia tiene una prescripción de quince años, pero no porque se trate de una acción personal, sino porque el artículo 1964 del Código Civil ha de considerarse referido al plazo ordinario de prescripción de todas las acciones, cualquiera que sea su naturaleza, que no tengan establecido un plazo especial.

(38) Entre ellas, BURÓN GARCÍA, G., *Derecho Civil español*, II, Valladolid, 1898, pág. 301, y DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Madrid, 1988, pág. 607.

(39) «Si se admitiese que la acción de petición de herencia es una acción mixta —considera TRAVIESAS—, con la misma razón podría sostenerse que eran también de esta clase las acciones que protegen un derecho de crédito o un derecho real: al reclamar con estas el bien patrimonial respectivo, se reclama, porque se es acreedor o porque se es titular de un derecho real», en «Sobre Derecho hereditario», cit., pág. 16.

(40) Sentencia comentada por CASTÁN TOBEÑAS, J., «Comentario a la sentencia de 20 de junio de 1928», en *RDP,* 1930, págs. 303-305.

(41) Así, entre otros, SCAEVOLA, «Apéndice único. La acción de petición de herencia», en *Código Civil*, cit., pág. 782; SANCHO RUBULLIDA, F. DE A., «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», en *RGLJ*, 1962, t. 213, págs. 330-331 y 333, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 616.

riables según el tiempo concedido al heredero para reivindicar sus derechos en cada caso: desde los cinco años de la acción para declarar la indignidad, hasta los plazos de prescripción de la acción de nulidad del testamento por vicios materiales o formales, o de la acción de mejor derecho del heredero *abintestato* más próximo, etc., quedando el de treinta años como término residual en el cual ejercer la acción de reclamación sucesoria.

Aunque no se nos oculta el argumento literal (aunque los textos, preciso es decirlo, no son siempre inequívocos) que podría esgrimirse en pro de la tesis recién expuesta, así, el artículo 192 de nuestro Código Civil, al mencionar con tono plural *las acciones de petición de herencia*, no obstante ello, no nos parecen acertadas las consideraciones al respecto realizadas: por una parte, las referidas acciones poseen una naturaleza bien diferente a la asignada a la *petitio hereditatis*, puesto que, en tanto aquellas gozan de una naturaleza meramente declarativa, la petición de herencia pretende la vindicación y entrega de los bienes de la sucesión poseídos por el demandado; de otra, si la acción de nulidad del testamento no se halla sujeta a ningún lapso prescriptivo, la acción para deducir la incapacidad sí, si bien se trata de un plazo de caducidad, mientras que, como aquí venimos manteniendo, la acción de reclamación hereditaria viene asimismo sujeta a un término, mas este presenta una naturaleza prescriptiva.

Así las cosas, el único punto de conexión existente entre la acción de petición de herencia y las acciones a las cuales se pretende asimilar es que el no ejercicio o ejercicio intempestivo de estas pueden dejar inoperante el plazo de treinta años que se atribuye a la *petitio hereditatis*, como con acierto indica DÍEZ-PICAZO (42). A ello ha de añadirse la posibilidad de acumulación de la acción de petición con cualquiera de las citadas (43), lo que revela la diversidad jurídica que media entre ellas. Por todo ello, nos parece más idóneo mantener el plazo unitario de prescripción que viene siéndole asignado a la acción petitoria de herencia.

Asimismo se ha sostenido que la acción petitoria de herencia no prescribe de una sola vez, sino sucesivamente y en varios momentos, según la distinta clase de los bienes sucesorios (44) que se reclaman, lo que no cuenta, a nuestro juicio, con fundamento legal ni tampoco utilidad práctica alguna, porque de ser cierta tal variedad de términos, ¿deberá el llamado ejercitar (y el demandado soportar) fragmentariamente la *hereditatis vindicatio* en atención a cada uno de los bienes que componen el hereditario? Además, ¿qué si el heredero reclamante resultase vencedor en unas acciones y vencido en otras, con base en un mismo título?, en tal caso, ¿sería un heredero a título universal incompleto?

Responder en sentido afirmativo parece contrariar la universalidad e integridad de la acción sucesoria, en suma, la virtualidad práctica y razón de ser de la que, desde antaño, goza la *petitio hereditatis*. En conclusión, estimamos muy conveniente la adopción para ella del plazo único y más amplio de treinta años (45), por comprender este todos esos otros menores relativos a las acciones que corresponderían por separado a los bienes hereditarios considerados *uti singuli* (46).

---

(42) DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, cit., pág. 169.

(43) Acerca de la ventaja práctica de la acumulación de tales acciones, vid. CASADO IZQUIERDO, *La acción de petición de herencia,* cit., pág. 241.

(44) SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., pág. 782.

(45) Tal es el plazo asignado a dicha acción por la Ley 324 del FNN.

(46) En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil,* t. V, vol. I, Barcelona, 1975, págs. 351-352, y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho Sucesorio,* cit., pág. 220.

La jurisprudencia ha declarado (de manera prácticamente unánime, como hemos podido comprobar) aplicable a la acción de petición de herencia el plazo de prescripción de treinta años.

Dados los efectos jurídicos que el transcurso del plazo treintenal puede producir, será importante determinar cuándo ha de reputarse iniciado el cómputo del mismo.

Señala la STS de 2 de junio de 1987, que ha de tomarse como punto de partida para la iniciación del cómputo del plazo de prescripción en los casos del ejercicio de la acción de petición de herencia aquel «*en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes* animo suo, *es decir, exteriorizando su intención de hacerlos propios, titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de herederos declaración que tiene su apoyo en una muy constante doctrina de esta Sala, a tenor de la cual, el instituto de la prescripción exige que el derecho haya nacido y que la acción pudiera ejercitarse eficazmente*».

De este modo, el plazo prescriptivo de la acción de petición de herencia debe computarse desde que se tuvo constancia real y externa de la utilización del caudal hereditario por su poseedor, cómputo que no podía ser diverso a tenor de la dicción final del artículo 1969 del Código Civil: *el tiempo para la prescripción de todas las acciones (...) se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*.

4. La pretendida vinculación entre el plazo prescriptivo de la acción petitoria de herencia y la duración del *ius delationis*

Según el FJ 1.º de la SAP de Asturias, de 19 de octubre de 2011, «*…si bien no resulta controvertido que la acción de petición de la herencia tiene un plazo de prescripción de treinta años, y así lo ha señalado la doctrina* (Hernández Gil, Puig Brutau) *y la Jurisprudencia (sentencia del TS de 27-11-1992), más compleja resulta la cuestión acerca de si la aceptación de la herencia puede producirse en cualquier momento, no hallándose en principio sujeta a plazo prescriptivo, en cuyo supuesto transcurrido el término el llamado a la herencia ya no podría ostentar la cualidad de heredero, pues como se dijo la delación precisa de la ulterior aceptación.*

En algunos Ordenamientos Forales de nuestro país, como el Derecho catalán, se regula específicamente la prescripción del derecho a aceptar la herencia, otorgándole un plazo de treinta años, mas nada se prevé en el Código Civil. La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 10-2-2011, señala que de los artículos 1005 y 1006 del Código Civil se desprende que no existe plazo para aceptar la herencia, sin perjuicio de que sí está sometida a prescripción la acción de petición de la herencia, y por un plazo de treinta años, como así lo ha declarado nuestro TS en reiteradas ocasiones (sentencias de 12-11-1953, 23-12-1971, 12-11-1964 y 27-11-1992, entre otras muchas).

Por su parte, la sentencia del TS de 15-11-1985 declaró que la aceptación de la herencia no estaría sujeta a otro plazo que no fuese el de la acción para reclamar la herencia, tal y como se infiere del artículo 1016 in fine *del Código Civil, criterio que comparten autores como* Puig Brutau. *Y en cuanto al cómputo del plazo de prescripción de la referida acción de petición de la herencia, un sector doctrinal ha opinado que ha de serlo desde el momento de la muerte del causante, mientras otros autores, con base en el artículo 1969 del Código Civil lo consideran desde que aquel frente a quien se dirige la acción se hallare en posesión de los bienes hereditarios, y nuestro TS ha considerado como inicial el momento en que quien posea los bienes exterioriza su propósito de hacerlos propios, comportándose como*

dueño y negando a los demás el carácter de herederos (sentencias de 2-6-1987 y 2-12-1996)».

Del artículo 1016 de nuestro Código Civil parece colegirse que el llamado que no se halle en alguno de los supuestos de hecho de los dos artículos que le preceden podrá aceptar a beneficio de inventario o solicitar el derecho de deliberar durante todo el plazo prescriptivo en el que puede promoverse la *petitio hereditatis* que, según tiene decidido la jurisprudencia y doctrina científica mayoritarias, se trata de un término de treinta años.

Primeramente, podríamos concluir del decir del legislador que únicamente el derecho a la aceptación beneficiaria y la posibilidad de solicitar el derecho de deliberar son los particulares derechos que se pretende queden limitados en el tiempo. Haciendo una interpretación (por cuanto aquello que no dice) del artículo 1016 del Código Civil, pudiera pensarse que el genérico *ius delationis* no prescribe en el plazo treintenal, es más, no posee un carácter temporal, del que sí gozan algunas de sus singulares manifestaciones (47).

Representémonos el siguiente supuesto, indudablemente académico (no se nos oculta) pero que, sin duda, encuentra no difícil cabida dentro del rigor gramatical del artículo 1016 del Código Civil. Pensemos que, ya transcurrido el novenario de luto, *ex* artículo 1004 del Código Civil, ningún interesado en la sucesión compele judicialmente al delado para que, en un breve plazo, exprese su intención de aceptar o renunciar la herencia que le ha sido deferida. El llamado, quien no se encuentra en la posesión de los bienes hereditarios, no acepta la sucesión a beneficio de inventario, ni siquiera pide el derecho para deliberar en orden a un pronunciamiento sobre si suceder o no. Tras el paso de treinta años, según una posible exégesis del artículo 1016 del Código Civil, aquellas facultades habrán ya prescrito. Tan solo restará al delado, bien el derecho de aceptar la herencia pura y simplemente, esto es, quedando responsable de las cargas de la sucesión no solo con los bienes de esta, sino también con los de su propio patrimonio, bien su repudiación. ¿Hasta cuándo podría prolongarse esta situación de inestabilidad e incertidumbre que rodea a la sucesión?; más concretamente, el no ejercicio del *ius delationis*, reducido a las dos únicas opciones reseñadas, ¿podría diferirse indefinidamente en el tiempo?

El *ius delationis* gozaba de una duración ilimitada en el Derecho romano. Más tarde las Partidas acotarían temporalmente tal derecho y el Proyecto de 1851, de acuerdo en lo esencial con el Código Civil francés, establecería en su artículo 835 que, no habiendo tercero que instara, el derecho para aceptar o renunciar la herencia se prescribía por el mismo tiempo que las otras acciones reales.

Ciertamente, hoy, la existencia de un plazo indeterminado e indefinido para el derecho del llamado en orden a aceptar o repudiar la sucesión que le ha sido deferida perjudicaría gravemente los intereses en juego, pugnaría con una propiedad acéfala de los bienes de la herencia, al mismo tiempo que iría contra el buen orden económico el hecho de que el acervo hereditario se hallase, hasta no se sabe cuándo, supeditado a una administración puramente provisional.

Motivos de continuidad histórica y razones de seguridad del tráfico, de utilidad social, de buen orden de los derechos, en definitiva, principios de justicia y

(47) En esta línea de pensamiento parece encontrarse García Valdecasas, G., «La adquisición de la herencia en el Derecho español», en *RDP*, 1944, núm. 28, pág. 117, quien piensa que el artículo 1016 del Código Civil fija un plazo máximo, pero solo para aceptar con beneficio de inventario o derecho de deliberar.

equidad, abogan por la necesidad de un límite temporal (de una mayor o menor duración) que constriña al delado a decidirse, en un periodo cierto, si desea o no convertirse en heredero del caudal que le ha sido ofrecido.

Concluimos, pues, que el término que parece encerrarse en la letra del artículo 1016 del Código Civil, en relación a la aceptación beneficiaria y el derecho a deliberar, ha de ser aplicado, *mutatis mutandis*, al derecho sucesorio *in genere* (48).

En esta línea, ROYO MARTÍNEZ (49) cree perfectamente posible la aplicación de la norma contenida en el artículo 1016 del Código Civil, despojada de sus especialidades, al *ius delationis* en general, como si hubiera sido formulada de la manera que ahora sigue: *fuera de los dos casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el llamado podrá este aceptar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia*.

No pretendemos con ello aplicar extensivamente al Derecho Sucesorio también los perentorios plazos previstos por los artículos 1014 y 1015 (por remisión de este a aquel) en cuanto a la actuación de la facultad de aceptar la herencia con beneficio de inventario y de solicitar un tiempo para deliberar sobre la misma.

En palabras del Supremo Tribunal, «*la simple aceptación o repudiación de herencia, habida cuenta del contenido de los artículos 1005 y 1016* in fine, *no está sujeta a ningún otro plazo que no sea el de prescripción del derecho a reclamar la herencia o derecho de petición, por lo que extraer del artículo 1014 la conclusión de que el plazo específicamente señalado para utilizar el derecho de deliberar o el de beneficio de inventario es extensivo al de simple aceptación o repudiación de la herencia incurre en error de interpretación y, por ende, hay que constatar la indebida aplicación del mismo al supuesto aquí contemplado*» (FJ 3.º de la sentencia de 15 de noviembre de 1985).

Sentado lo anterior, deberá enjuiciarse la oportunidad de la aplicación del plazo prescriptivo marcado a la *actio petitio hereditatis* al derecho a adquirir o no la sucesión. Analicemos la pretendida vinculación entre una y otro.

De inmediato, una nota diferenciadora salta a la vista: la acción de petición de herencia la promueve como legitimado activo, tanto el heredero como el simple delado, quien, a través de la actuación de la misma, deviene heredero por aceptación tácita *ex* artículo 999.3.º del Código Civil; por contra, el titular del derecho de elección entre la aceptación o la repudiación de la herencia es únicamente el delado o llamado a la misma, quien, precisamente, cuenta (o ha de contar) con un plazo determinado para convertirse en heredero.

Como puede vislumbrarse, la diversidad entre uno y otro supuesto es bien notoria y ha sido justamente esta la razón que ha conducido a algunos autores como ALBALADEJO GARCÍA (50), GULLÓN BALLESTEROS (51) y ROCA SASTRE (52) a manifestar la pésima redacción del artículo 1016 de nuestro Código Civil, dada la

---

(48) Al respecto, ROCA SASTRE, R. M.ª, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones,* de KIPP (trad. de COING) en el *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, t. V, vol. I, Barcelona, 1976, pág. 137, y vol. II, pág. 190, llega a afirmar que debe ser rechazada la opinión según la cual, la acción a la que se refiere el artículo 1016 es la de petición de herencia —a pesar de la coincidencia textual con el art. 1021 que sí se refiere a esta—. Según mantiene dicho autor, el artículo 1016 *in fine* está contemplando la duración del *ius delationis*.

(49) *Derecho Sucesorio mortis causa*, cit., pág. 275.

(50) «La sucesión *iure transmisionis*», en *ADC,* 1952, T. V, págs. 912-971.

(51) *La acción de petición de herencia,* cit., pág. 231.

(52) *Anotaciones al Derecho de Sucesiones,* de KIPP, t. V, vol. I, cit., pág. 190.

impropiedad de hacer depender la existencia del derecho de aceptar de la *petitio hereditatis*, por presuponer esta la aceptación de la herencia por el llamado.

Luego entonces, ¿con qué criterio el legislador ha equiparado, en cuanto al plazo de prescripción, el derecho de aceptar o repudiar el patrimonio relicto y el ejercicio de la acción de reclamación de herencia?

Según nos parece, tal y como acontece en el Derecho Comparado con mayor rigor técnico, nuestro legislador debió haber consignado un tiempo propio en el cual debiera hacerse efectivo el derecho hereditario, propio (decimos) y diverso del que asignó a la *vindicatio hereditatis*, pero, como sabemos, en su lugar, consagró un término único para tal derecho y para tal acción.

Mas, ¿por qué el plazo de la *petitio hereditatis* y no otro? Veamos, por orden de aparición sistemática en nuestro Código Civil, otros posibles términos que, en sede sucesoria, podrían haber llamado la atención del legislador: el de cinco años en el que el testamento ológrafo deberá protocolizarse (art. 689); dos meses de vigencia del testamento otorgado en peligro de muerte o en caso de epidemia (art. 703) o cuatro meses en caso de testamento militar (art. 719) o marítimo (art. 730); el de cinco años para la acción para declarar la incapacidad (art. 762), o los diez o treinta días señalados para solicitar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar (arts. 1014 y 1015), y fuera ya de la sede sucesoria, el plazo perentorio de cuatro años de los artículos 1299 y 1301, en concordancia con el artículo 14.3.º RH.

Aparte el hecho de que tales supuestos difieren del derecho de aceptar o no la sucesión aún más que la acción de petición de herencia, los plazos se presentan demasiado exiguos. Ciertamente, tal brevedad aligeraría considerablemente la vida del tráfico de los bienes, aunque en claro perjuicio del llamado a la sucesión, quien se vería constreñido a tomar apresuradamente una decisión de suma trascendencia y enorme envergadura para él.

Sea como fuere, el legislador decimonónico trazó un indudable (53) enlace entre la duración de la opción aceptar/repudiar la herencia que ostenta el llamado a ella y la de la acción de reclamación de los bienes hereditarios en posesión de un heredero aparente que puede entablar el instituido heredero, vinculación aquella que se ha visto reflejada y sancionada en las resoluciones emanadas de nuestro Supremo Tribunal y en las opiniones más autorizadas de nuestra doctrina.

Por tanto, el Derecho Sucesorio se extingue, al igual que la acción de petición de herencia, a los treinta años, si bien el inicio del cómputo en uno y otro caso es diverso (y esta es otra diferencia que los separa), puesto que, mientras que para la aceptación o repudiación del caudal relicto comienza en el momento en que el llamado tiene certeza de su derecho (art. 991 CC) (54), para el ejercicio de la reclamación hereditaria la fecha inicial la determina, como hemos tenido ocasión de ver no hace mucho, el momento en el cual el heredero aparente comienza a poseer los bienes que integran el acervo hereditario «animo suo, *es decir, exteriorizando su intención de hacerlos propios titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de herederos*», como asevera con claridad y firmeza la ya citada STS de 2 de junio de 1987.

---

(53) En contra se muestra GALVÁN GALLEGOS, Á., «Los plazos para repudiar la herencia», en *AC*, núm. 20, 15-21 de mayo de 1995, pág. 375.

(54) La fecha inicial de la vida del *ius delationis* será la muerte del causante y consiguiente apertura de la sucesión cuando el llamado pueda aceptar inmediatamente, o bien desde el momento en que esté cierto de su derecho a la herencia, lo que acontecerá siempre que reciba una delación diferida, tal será el caso de una designación bajo condición suspensiva.

Así las cosas, pudiera decirse que la adopción del plazo de treinta años se debe a una razón de necesidad y, si se nos permite, de comodidad jurídica, no de identidad de supuestos, aunque lo lógico (pues ello es lo que acontece en las legislaciones civiles más recientes) (55) y deseable (puesto que se adecuaría a una óptima técnica jurídica), hubiese sido la previsión de un término legal específico para el derecho a aceptar o repudiar la sucesión; un término, en suma, separado netamente del marcado a la acción de petición hereditaria y, quizá, a nuestro modesto entender, de una duración sensiblemente más breve que la del plazo extintivo atribuido en general a la *petitio hereditatis* (56); breve, aunque no demasiado, de modo que pudiera resultar molesta y, acaso, onerosa y perjudicial para el delado la obligación de adoptar con ligereza una decisión que, una vez alcanzada, habría de ser irrevocable *ex* artículo 997 del Código Civil.

De todos modos, que el término de treinta años que la *communis opinio* civilista defiende para la concreción del *ius delationis* se asome como demasiado largo en relación a las exigencias de los tiempos modernos y al ritmo cada vez más acelerado de la vida práctica resulta ser, en nuestro Ordenamiento, un problema más teórico que práctico, dada la existencia de algunos medios o mecanismos legales (como la denominada *actio interrogatoria* o *interrogatio in iure* del art. 1005 del Código Civil, a ejercitar tras el transcurso del novenario de luto del artículo precedente) que conceden la oportunidad de reducir considerablemente tal término, de ello que sea realmente extraño el caso en el cual la facultad de aceptar o repudiar la herencia de la que es titular el llamado a la misma se prorrogue por un entero treintenio.

5. Efectos del victorioso ejercicio de la acción

Como consecuencia del éxito de la reclamación judicial, el actor tendrá el reconocimiento de su condición o cualidad de heredero y la consiguiente restitución de los bienes hereditarios por parte del demandado condenado.

En la devolución de los bienes de la herencia habrá de tenerse en cuenta la buena o mala fe del heredero aparente en cuanto a la liquidación del estado posesorio, así como la tutela de quienes hayan adquirido de buena fe y a título oneroso tales bienes de quien parecía ser el verdadero heredero.

Pese a la inexplicable laguna legal aún existente en torno a la acción de petición de herencia en nuestro Código Civil, la disciplina de la restitución de los bienes por parte del heredero aparente condenado podría construirse, sin gran dificultad, a través de las normas en materia de posesión de los bienes

---

(55) El derecho de aceptar la herencia tiene asignado un plazo de diez años por el artículo 480, párrafo 1.º del Codice Civile (eran treinta años bajo el Código Civil precedente) y el artículo 2059 del Código Civil portugués, siendo treinta años el plazo previsto por el artículo 461-12 del Código Civil de Cataluña.

Para un estudio más detenido, vid. nuestro trabajo ya citado, *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder,* págs. 14-16.

(56) Como expresa Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 346, «se habrá de concordar en que la indefinida posposición de la manifestación de voluntad del heredero en relación con la aceptación o repudiación de la herencia puede provocar una situación verdaderamente insostenible (basta considerar el supuesto más simple: uno de los dos coherederos desea agilizar la división de la herencia, mientras que el otro dice "estárselo pensando")».

(arts. 430 a 466 y 1940 a 1960 CC) y de aquellas que regulan la transmisión de los bienes dispensando protección a los terceros adquirentes (arts. 464 CC y 34 LH), si bien sería muy necesario que la *hereditatis petitio* contara con un régimen normativo propio.

Así, sobre la cuestión del heredero aparente condenado a la restitución de los bienes hereditarios al heredero real, el artículo 465-2 del Código Civil de Cataluña dispone:

«*1. El heredero aparente o el poseedor vencido por el ejercicio de la acción de petición de herencia debe restituir al heredero real los bienes de la herencia, aplicando las normas de liquidación de la situación posesoria y distinguiendo si la posesión ha sido de buena o mala fe.*

2. Se excluyen de la restitución los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y las normas sobre la irreivindicabilidad de los bienes muebles (57).

3. En los supuestos a que se refiere el apartado 2, el heredero aparente o el poseedor vencido debe entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con estos. Si la contraprestación aún no ha sido pagada, el heredero real se subroga en las acciones del transmitente para reclamarla (58)».

Por su parte, la Ley 323 del FNN contempla la venta de bienes hereditarios por el poseedor en los siguientes términos:

«*Cuando el demandado hubiere enajenado bienes de la herencia, deberá restituir lo obtenido por ellos a no ser que los enajenare de mala fe, en cuyo caso responderá de todos los perjuicios que ocasionó. En cuanto a los frutos y mejoras se aplicará la Ley 362*».

III. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La sucesión *iure transmisionis*», en *ADC,* 1952, t. V, págs. 912-971.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho Hereditario*, Madrid, 1990.

---

(57) Muy similar es lo dispuesto por el artículo 534.II del *Codice Civile:* «*II. Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede. III. La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente*».

(58) El artículo 535 del *Codice Civile,* cuya redacción ha servido, sin duda, de modelo al C.c. catalán, dispone:

I. Le disposizioni in materia di possesso si applicano anche al possessore di beni ereditari, per quanto riguarda la restituzione dei frutti, le spese, i miglioramenti e le addizioni.

II. Il possessore in buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità, è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto. Se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo.

III. È possessore in buona fede colui che ha acquistato il possesso dei beni ereditari, ritenendo per errore di essere erede. La buona fede non giova se l'errore dipende da colpa grave».

AZZARITI, G.: «Petizione di eredità e azione di rivendica», en *RDC*, 1982, vol. II, págs. 158 y sigs.

BONET RAMÓN, F.: «Acción de petición de herencia: su naturaleza jurídica. Plazo durante el cual puede ejercitarse. ¿Puede oponerse contra tal acción una usucapión por un plazo más corto? Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1951», en *RDP*, t. 35, 1951, págs. 1027-1029.

BURÓN GARCÍA, G.: *Derecho Civil español*, II, Valladolid, 1898.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario al artículo 192 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 615-616.

CANO ZAMORANO, L. M.ª: «La acción de petición de herencia: concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente», en *RCDI*, 1981, t. II, núm. 57, págs. 1219-1250.

CASADO IZQUIERDO, J.: «La acción de petición de herencia», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 1996, págs. 235-251.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Comentario a la sentencia de 20 de junio de 1928», en *RDP*, 1930, págs. 303-305.

CASTRO LUCINI, F.: «Acción de petición de herencia. Prescripción. Comentario a la sentencia de 2 de junio de 1987», en *RCDI*, marzo-abril de 1990, núm. 66, págs. 818-820.

CHAMORRO PIÑERO, S.: «Los derechos hereditarios», en *RGLJ*, t. 169, 1941, págs. 312-340.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984.

DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Madrid, 1988.

DE DIEGO, F. C.: *Instituciones de Derecho Civil español*, t. III, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1959.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción en el Código Civil,* Barcelona, 1964.

FERNÁNDEZ ARROYO, M.: *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992.

— «Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1998: Estando la herencia indivisa no es de petición de herencia la acción ejercitada contra un coheredero que posee los bienes hereditarios en beneficio de la comunidad hereditaria. Diferencias entre la acción de petición de herencia y la acción de partición. No procede la usucapión de bienes hereditarios por el heredero que los posee de consuno o en beneficio de los demás coherederos», en *CCJC*, núm. 49, enero-marzo de 1999, págs. 93-116.

GALVÁN GALLEGOS, Á.: «Los plazos para repudiar la herencia», en *AC*, núm. 20, 15-21 de mayo de 1995, págs. 369-397.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974.

GARCÍA VALDECASAS, G.: «La adquisición de la herencia en el Derecho español», en *RDP*, 1944, núm. 28, págs. 89-123.

GASPAR LERA, S.: *La acción de petición de herencia*, Aranzadi, 2001.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XIV, vol. 1.º (arts. 988 a 1034 CC)», Madrid, 1989.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La acción de petición de herencia», en *ADC*, vol. 12, 1959, págs. 199-234.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1971.

JORDANO BAREA, J. B.: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», en *ADC*, 1950, t. III, págs. 668-720.
LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2005.
LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Sucesiones: acción de petición de herencia. Comunidad hereditaria: actos de disposición. Prescripción adquisitiva de bienes hereditarios. Comentario a la STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6446)», en *RDPat.*, núm. 2, 1999, págs. 541-550.
LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Comentario a los artículos 1016 y 1021 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 2399-2400 y 2406-2408.
MARTÍN BLANCO, J.: «La adquisición de la herencia en el Código Civil español», en *RGLJ,* 1956-I, t. 201, págs. 45-74.
MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Usucapión ordinaria *pro herede*. Justo título. Acción de petición de herencia y usucapión», en *RDPat.,* núm. 6, 2001.
PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil,* t. V, vol. I, Barcelona, 1975.
RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones, Común y Foral,* t. II, 1989.
ROCA SASTRE, R. M.ª: *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp (trad. de Coing) en el Tratado de Derecho civil de Ennecerus/Kipp/Wolff,* t. V, vol. I, Barcelona, 1976.
ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio* mortis causa, Sevilla, 1951.
SANCHO RUBULLIDA, F. DE A.: «Las acciones de petición de herencia en el Derecho español», en *RGLJ,* 1962, t. 213, págs. 261-333.
SCAEVOLA, Q. M.: «Apéndice único, la acción de petición de herencia», en *Código Civil,* t. XVII, Reus, Madrid, 1944.
SERRANO SERRANO, I.: *La ausencia en el Derecho español,* Madrid, 1943.
SIMÓ SANTOJA, V. L.: «En tema de petición de herencia», en *RDP,* t. XLIV, 1960, págs. 665-687.
SPOTTI, F.: «Beni ereditari, e prova, nella petizione di eredità», en *Famiglia, Persone e Successioni,* núm. 7, 2008, págs. 622-627.
TODOVORA, M.: «Una cuestione di sapore antico: l'onere della prova nella petitio hereditatis», en *Il Corriere giuridico,* núm. 12, 2004, págs. 1602-1606.
TRAVIESAS, M.: «Sobre Derecho Hereditario», en *RDP,* 1921, t. VII-IX, págs. 1-16.
TRULLENQUE SANJUÁN, J.: «La *actio petitio hereditatis*», en *RGD,* t. IV, 1948, págs. 395-401 y 466-473.
VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama del Derecho de Sucesiones,* II, *Perspectiva dinámica,* Madrid, 1984.
VIVAS TESÓN, I.: *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder,* Valencia, 1998.

IV. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 20 de enero de 1866.
- STS de 17 de febrero de 1882.
- STS de 30 de abril de 1883.
- STS de 30 de marzo de 1889.
- STS de 28 de enero de 1892.
- STS de 28 de febrero de 1908.
- STS de 31 de octubre de 1908.

- STS de 20 de junio de 1928.
- STS de 22 de octubre de 1931.
- STS de 18 de mayo de 1932.
- STS de 7 de diciembre de 1940.
- STS de 2 de julio de 1941.
- STS de 21 de marzo de 1944.
- STS de 26 de junio de 1948.
- STS de 25 de octubre de 1950.
- STS de 12 de abril de 1951.
- STS de 12 de noviembre de 1953.
- STS de 6 de marzo de 1958.
- STS de 25 de enero de 1962.
- STS de 8 de octubre de 1962.
- STS de 5 de diciembre de 1962.
- STS de 25 de octubre de 1963.
- STS de 12 de noviembre de 1964.
- STS de 7 de enero de 1966.
- STS de 23 de diciembre de 1971.
- STS de 2 de junio de 1987.
- STS de 10 de abril de 1990.
- STS de 21 de diciembre de 1990.
- STS de 20 de junio de 1992.
- STS de 27 noviembre de 1992.
- STS de 21 de junio de 1993.
- STS de 14 de junio de 1994.
- STS de 24 de julio de 1998.
- STS de 21 de mayo de 1999.
- STS de 2 de julio de 2002.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 2 de enero de 2006.
- STS de 23 de marzo de 2006.
- STS de 29 de noviembre de 2007.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Sevilla, de 8 de junio de 1993.
- SAP de Barcelona, de 16 de junio de 1994.
- SAP de Badajoz, de 11 de julio de 1995.
- SAP de Segovia, de 11 de octubre de 1996.
- SAP de Teruel, de 22 de noviembre de 1997.
- SAP de Girona, de 30 de julio de 1999.
- SAP de Melilla, de 14 de diciembre de 2000.
- SAP de Madrid, de 4 de junio de 2001.
- SAP de Ourense, de 6 de julio de 2004.
- SAP de Sevilla, de 12 de junio de 2009.
- SAP de Asturias, de 19 de octubre de 2011.
- SAP de Barcelona, de 28 de octubre de 2011.
- SAP de Alicante, de 23 de febrero de 2012.
- SAP de Valencia, de 20 de abril de 2012.

RESUMEN

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA ACEPTACIÓN HEREDITARIA

La acción de petición de herencia incumbe a todo heredero frente a quien invoca serlo (possessor pro herede) *o posea la herencia sin alegar título alguno* (possessor pro possessore) *y va dirigida a obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y, en su caso, a la restitución de todo o de parte de los bienes que componen el caudal relicto del causante cuya posición con título o sin él retenga el demandado. Dado que nuestro Código Civil no ofrece una expresa regulación de la* actio petitio hereditatis, *pues tan solo hace una somera referencia a ella en tres preceptos de su articulado, a saber, 192, 1016 y 1021, cobra especial relevancia el papel desempeñado por el Tribunal Supremo y los Tribunales inferiores, que han dotado a la* petitio hereditatis *de un régimen jurídico del que carecía legalmente y absolutamente necesario para conocer su esencia, su fin, las consecuencias de su ejercicio, en suma, para hacerla viva y eficaz jurídicamente.*

ABSTRACT

ACTION TO BE DECLARED HEIR TO AN ESTATE ACCEPTANCE OF STANDING AS HEIR TO AN ESTATE

Action to be declared heir to an estate may be taken by any heir against any person claiming to be heir (possessor pro herede) *or any person possessing the estate without putting forward any title* (possessor pro possessore). *Action of this sort is aimed at obtaining acknowledgement of the plaintiff's capacity as an heir and the return of any assets from the residue of the decedent's estate that remain in the possession of the defendant, whether the defendant holds some title or no title at all. Because our Civil Code does not expressly regulate* actio petitio hereditatis *(It just touches lightly on the subject in articles 192, 1016 and 1021), the role played by the Supreme Court and lower courts is especially important. The courts have equipped* petitio hereditatis *with a system of rules that fills the gaps in the law, a system that is absolutely necessary in order to grasp the essence of the concept, its end, the consequences of exercising it and, in short, to make* petitio hereditatis *a living, legally effective mechanism.*

1.5. Obligaciones y Contratos

CONTRATO DE OPCIÓN Y CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: TENSIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD Y EQUIDAD CONTRACTUAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT
Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. UNED

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.—II. LA OPCIÓN COMO CONTRATO ATÍPICO: NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES.—III. LA NATURALEZA DE LA OPCIÓN SEGÚN LA DOCTRINA.—IV. CONS-

TITUCIÓN Y PRESUPUESTOS.—V. INFLUENCIA DEL CAMBIO O ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES SOBRE LA OPCIÓN: LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS:* 1. El origen doctrinal y jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. 2. La diferenciación con la doctrina de la desaparición de la base del negocio, la imposibilidad sobrevenida, la frustración del fin económico del contrato y la causa. 3. La cláusula *rebus sic stantibus* como supuesto de integración contractual. 4. Requisitos y efectos de su aplicación.—VI. LOS CONTRATOS DE OPCIÓN EN EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—VII. INAPLICABILIDAD A LOS CONTRATOS DE OPCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS:* 1. La cláusula *rebus sic stantibus* y los contratos de tracto sucesivo. 2. La unilateralidad o bilateralidad de la opción y su repercusión sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*. 3. Problemática en torno a la consideración del contrato de opción como resoluble implícitamente. 4. La imprevisibilidad y el carácter extraordinario de las circunstancias sobrevenidas. 5. Aleatoriedad y cláusula *rebus sic stantibus*.—VIII. REFLEXIONES FINALES: LA IMPROBABLE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LOS CONTRATOS DE OPCIÓN.—VIII CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Entre los negocios tendentes a una adquisición o enajenación futura que, por distintas circunstancias, aún no se quiere celebrar, destaca el contrato de opción. En este sentido, si el significado genérico de opción «es la libertad o facultad de elegir» (1), jurídicamente, se refiere a la facultad concedida a determinada persona, durante algún tiempo, para obtener cierta prestación o ejercitar un derecho con preferencia a cualquier otra.

En el tráfico jurídico contemporáneo, la opción aparece incorporada a operaciones negociales de muy variada condición y procedencia: opciones de compra, venta, sobre préstamos, sobre acciones (2), opciones arrendaticias, sobre terrenos mineros, concertadas a propósito de negocios de mediación (opción mediatoria), o de financiación, son, entre otros, ejemplos de la vitalidad de la figura que se ha convertido en la actualidad en uno de los instrumentos más idóneos en el campo de la contratación inmobiliaria y bursátil.

Pues bien, este profuso manejo de la opción explica la frecuencia con que el conflicto de intereses subyacente llega hasta los Tribunales. En este artículo analizaré algunas de las cuestiones controvertidas que giran en torno al contrato de opción, centrándome en las consecuencias de su adscripción a los contratos

(1) Diccionario RAE.

(2) Una opción es un contrato entre dos partes por el cual una de ellas adquiere sobre la otra el derecho, pero no la obligación, de comprarle o de venderle una cantidad determinada de un activo a un cierto precio y en un momento futuro. Existen dos tipos básicos de opciones: contrato de opción de compra (*call*) y contrato de opción de venta (*put*) que se desarrollan a través de cuatro estrategias elementales: compra de opción de compra (*long call*), venta de opción de compra (*short call*), compra de opción de venta (*long put*) y venta de opción de venta (*short put*).

denominados de tracto único y por tanto la difícil aplicabilidad de vías para obtener su resolución como, por ejemplo, la denominada cláusula *rebus sic stantibus*.

En su virtud, como cuestión previa parece conveniente analizar los elementos estructurales necesarios que permitan construir una figura jurídica con tipicidad social, por tratarse de un tipo contractual carente de regulación legal (3), en el que su contenido está vinculado a la libertad de pacto. Por su parte, doctrina y jurisprudencia han concretado sus presupuestos y naturaleza (4).

En el entendido de que la opción es una figura *sui generis* con sustantividad propia y causa diferente del contrato final (5), es imprescindible que se delimite el contenido del futuro contrato y se conceda a una de las partes el derecho o facultad de poder perfeccionarlo por su exclusiva voluntad. Por tanto, todas las promesas que no contengan tal facultad y en las que se precise un posterior acto de asentimiento, habrán de ser calificadas de precontratos o promesas unilaterales de contrato, pero nunca constituirán una verdadera opción. De modo que el negocio básico (con sustantividad propia) y derecho originado, son los dos aspectos que, en íntima conexión, conforman el fenómeno de la opción (6).

II. LA OPCIÓN COMO CONTRATO ATÍPICO: NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES

A la concepción actual del derecho de opción se ha llegado tras una particular evolución que ha ido perfilando sus contornos y dotándolo de una mayor perfección técnica, si bien aún no ha finalizado y debería concluir, en opinión de algunos autores, con el pleno reconocimiento del derecho de opción como un verdadero derecho subjetivo patrimonial independiente del contrato originario (7).

---

(3) Este contrato, como figura con individualidad propia, no fue considerado, en su momento, por los códigos. Así sucedía con el Código Civil francés de 1804, el español de 1889 y aún con los iberoamericanos más modernos, el mexicano de 1928, el venezolano de 1942, el boliviano de 1975, el paraguayo de 1985 y el cubano de 1987; por su parte el Código Civil peruano de 1984, lo regula correcta y sistemáticamente en los artículos 1419 a 1424 bajo el nombre de «contrato de opción» y el nuevo Código Civil brasileño de 2002, frente a la omisión precedente, dedica una nueva Sección denominada «Do contato preliminar» (arts. 462 a 466). En algunos países, en legislación especial y paralela al Código, se haya tipificado el contrato de opción. Así ocurre en Colombia por Ley 51/1918, y en Cuba por Decreto-Ley 888/1935.

(4) Para un estudio de la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular en los últimos años, vid. TALMA CHARLES, «Crónica jurisprudencial sobre el contrato de opción relativa a la década de los noventa», en *RdP,* año I, núm. 2, 1999, págs. 557-578.

(5) En este sentido se manifiestan las SSTS de 8 de marzo de 1991, 22 de diciembre de 1992, 14 de febrero de 1997, 14 de febrero de 1995 y 9 de febrero de 2009.

(6) Vid. LORENZO MERINO, *La opción de compra en el Derecho español,* Santiago de Compostela, 1992, pág. 14.

(7) Así se manifiestan, entre otros autores, RAMÓN CHORNET, «Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real», en *RCDI* 1989, pág. 312; y LORENZO MERINO, *La opción de compra en el Derecho español,* pág. 14, quien pone de manifiesto que en el derecho de opción concurren los elementos esenciales que integran el concepto clásico del Derecho subjetivo: un titular determinado, una cosa perfectamente identificada como objeto y un poder independiente de electiva realización del derecho.

En este sentido y a pesar de que su aspecto registral está reconocido en el artículo 14 del RH (8), la circunstancia de que la opción carezca de una regulación propia en el Código Civil, fundamenta que doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo considera un contrato atípico.

Lo cierto es que se trata de un contrato *sui generis,* con sustantividad propia y causa, oneroso o gratuito y consensual, por el que una de las partes (concedente) hace en favor de la otra parte (beneficiario u optante), o en favor de la persona que este designe (en el supuesto de la opción mediatoria) una oferta irrevocable referida a un contrato final, válida durante un cierto plazo, de manera que únicamente el concedente queda vinculado con relación al contrato proyectado y el optante adquiere el derecho preferente a decidir con absoluta libertad en torno a la definitiva conclusión del mismo.

Es *consensual* por cuanto se perfecciona por el mero consentimiento; principal en el sentido de que es una figura independiente y autónoma respecto al contrato definitivo, bien se configure la opción como negocio principal único o como integrante de una acumulación de negocios (9).

Oneroso o gratuito, pues las partes pueden convenir que a cambio del derecho que se concede a una de ellas (optante), esta corresponda con una contraprestación económica. Es lo que se llama prima o señal de la opción, muy frecuente en el tráfico negocial, dado que opera a modo de elemento compensador por la pérdida temporal del poder dispositivo sobre la cosa que sufre el concedente de la opción.

Y, finalmente, *temporal,* por cuanto el ejercicio del derecho de opción está sometido a un plazo de término, es decir, un lapso de tiempo que marca la vida de la opción.

Por tanto, el contrato de opción se caracteriza por incorporar una promesa unilateral, en cuya virtud el optante tiene la facultad de realizar un determinado acto jurídico, cuyo contenido vincula al promitente por la mera declaración de voluntad de aquel, siempre y cuando sea ejercitada en las condiciones establecidas en el contrato.

Si teóricamente el contrato de opción puede tener un amplio campo de aplicación, en la práctica su operatividad se circunscribe a la opción de compra y más raramente a la opción de venta (10), como demuestra el análisis de algunas

---

(8) El artículo 14 del RH permite la inscripción de la opción de compra en el Registro de la Propiedad, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: un convenio expreso de las partes para que se practique la misma; el precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso el que se hubiere convenido para conceder la opción; y el plazo de ejercicio de la misma que no podrá exceder de cuatro años. En relación con este último requisito, la DGRN en Resolución de 30 de julio de 1990 sostiene que el plazo de caducidad de cuatro años, recogido en el artículo 14 RH, se refiere no al asiento registral, sino al propio derecho de opción. En contra, la doctrina ha sostenido que el plazo de la opción, a efectos sustantivos, puede ser todo lo largo que se quiera (la STS de 6 de junio de 1959 se refiere a un caso en el que el plazo pactado era de treinta años), por lo que cabría concluir afirmando que el plazo establecido en el artículo 14 RH tiene un alcance meramente registral y deja intacto el derecho sustantivo. Por lo que, vencido el plazo registral, simplemente se termina la protección dispensada hasta entonces por el Registro.

(9) Así lo configura la generalidad de la doctrina. Vid., entre otros, Serrano Alonso, «Nota sobre el derecho de opción», en *RDP,* 1979, pág. 1139. En contra se manifiestan aquellos autores que, siguiendo el criterio de Roca Sastre, defienden su condición de simple pacto añadido a otro contrato.

(10) Vid. Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil,* tomo III, *Contratos*, Madrid, 2011, pág. 21.

de las definiciones que el Tribunal Supremo ha formulado sobre la figura y que en su gran mayoría se refieren a la opción de compra.

Entre las más destacables está la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1995, que en su Fundamento Jurídico tercero señala que la opción de compra: «consiste en conceder al optante, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción, oportunamente, se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante, que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción».

Añadiendo las SSTS de 19 de abril de 1995 y 16 de octubre de 1997, en sus FF 2.º y 1.º, respectivamente, que: «debe entenderse como tal aquel convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones» (11).

En definitiva, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2009, en su Fundamento Jurídico cuarto: «La opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor, de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado de modo que, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho».

Ilustrativa resulta en este punto la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2012, al plantear un supuesto de doble precontrato de opción de compra, que en su Fundamento de Derecho segundo califica de unilateral, pues «concede el derecho de opción a una familia en un plazo y, pasado este, el mismo derecho a otra familia, por lo que no hay obligaciones recíprocas que permitan dar lugar a la resolución», sino simplemente la caducidad del derecho de opción, por el transcurso del plazo sin haberse ejercitado.

III. LA NATURALEZA DE LA OPCIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

Como ya advirtiera en su día MEZQUITA DEL CACHO (12), «desde el primer momento podemos decir que la cuestión crucial de la materia es la de su naturaleza», lo que ha determinado que la condición jurídica de la opción haya sido analizada con especial rigor y se vea sometida a constante debate. Pues los problemas de calificación suelen ser delicados y espinosos, dada la proximidad entre la opción y otras figuras afines: como los meros tratos preliminares, la

---

(11) En el mismo sentido, vid. SSTS de 24 de enero de 1991, FD 3.º; 8 de marzo de 1991, FD 4.º; 14 de mayo de 1991, FD 2.º; 13 de noviembre de 1992, FD 2.º; 1 de diciembre de 1992, FD 2.º; 22 de diciembre de 1992, FD 4.º; 21 de marzo de 1993, FD 1.º; 18 de junio de 1993, FD 2.º; 21 de junio de 1993, FD 6.º; 22 de septiembre de 1993, FD 4.º; 18 de octubre de 1993, FD 1.º; 4 de febrero de 1994, FD 3.º; 14 de febrero de 1995, FD 3.º; 14 de febrero de 1997, FD 2.º; 4 de diciembre de 1997, FD 1.º; 15 de diciembre de 1997, FD 1.º

(12) «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RDCI,* 1951, pág. 77.

oferta irrevocable, la promesa de contrato, el pacto de retro, o los derechos de adquisición preferente.

A este respecto, la doctrina ha mantenido diversas opiniones, desde la llamada concepción tradicional o precontractual, pasando por la actual o renovadora, hasta llegar a la que diferencia entre la opción y determinadas promesas de contrato.

La teoría clásica sobre el precontrato y la opción surge en España a través de la conocida monografía de ALGUER, «Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil, IV. Los precontratos», publicada en el año 1931 en la *Revista Jurídica de Cataluña*; y otra posterior de MORO LEDESMA, «El precontrato: notas para un estudio», publicada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, para quien inicialmente el precontrato «es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta».

Para la teoría clásica, si el precontrato es una promesa de futuro contrato, el contrato de opción es esa misma promesa, pero cuyo objeto (el contrato definitivo) se somete a la libre decisión de un beneficiario. Una modalidad, por tanto, del primero. Concepción que llegó hasta bien mediado el siglo XX, manifestándose en la obra de CASTÁN, ESPÍN y PUIG PEÑA. En todos ellos, el contrato de opción es contemplado como un reflejo del precontrato, es decir, como un acto simplemente preparatorio que habrá de otorgarse *ad futurum*.

Las deficiencias del planteamiento clásico, como consecuencia del *circuitos inutilis* que comporta la repetición de consentimientos negociales, van a operar a modo de revulsivo provocando una exposición mucho más realista del negocio de opción. Y así, para DE CASTRO, la opción no es algo que se agrega a otro contrato, sino una etapa previa con propia validez y eficacia. En la relación jurídica que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir dos momentos: 1.º promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia en cuanto que tiene su propia causa; y 2.º la exigencia del cumplimiento de la promesa de la que dimanarían los derechos y obligaciones concretos del contrato definitivo, cuya vigencia habría quedado mientras tanto en suspenso por haberse reservado las partes la facultad de exigir el cumplimiento contractual en un momento posterior a su puesta en vigor.

Y en segundo lugar, la idea de DE CASTRO sobre los dos distintos momentos en el *iter* negocial permite aplicar la norma del artículo 1451 del Código Civil a cualquier fórmula de opción. En su opinión hay que distinguir un primer momento negocial de promesa de compra o venta, y un segundo momento —tras la exigencia del cumplimiento— en que se constituirá la relación obligacional como verdadera compraventa, dando derecho a los contratantes para reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Finalmente, se encuentran aquellas posturas que defienden una completa distinción entre la opción y las promesas de contrato, tanto la bilateral como la unilateral. La diferenciación de la promesa o precontrato bilateral nace de la propia reciprocidad obligacional de esta, de la duplicidad de promesas que concurren en el mismo negocio frente a la unicidad que configura la opción.

El problema surge con la promesa unilateral, máxime cuando la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria configuran al precontrato como una relación jurídica única conformada ya en sus elementos esenciales y pendientes solamente de ejecución. Para algunos autores la respuesta al problema vendrá determinada por la consideración a que se someta tal promesa unilateral:

a) Si se la estructura como un contrato cuyo objeto sea celebrar el contrato proyectado, estaremos ante un precontrato en su modalidad unilateral.
b) Mientras que si se la estructura como contrato que posibilite el derecho a perfeccionar el definitivo por la simple aceptación de una de las partes intervinientes, estaremos ante la verdadera opción negocial.

Será, en definitiva, la común intención de las partes en orden a los efectos que persigan, unida al dato objetivo de fijación de los elementos del futuro contrato, la que decidirá en cada caso a través de su interpretación, cuál es la identidad que corresponde al negocio celebrado (13).

IV. CONSTITUCIÓN Y PRESUPUESTOS

El Derecho de opción puede tener origen legal (14) o convencional, si bien tiene, normalmente, origen convencional en virtud de acuerdo o pacto de los interesados. Este acto constitutivo puede ser *inter vivos* o *mortis causa,* ya sea oneroso o gratuito (15).

Para que el acto constitutivo sea eficaz es preciso, según reiterada jurisprudencia del TS (16), que concurran los siguientes requisitos:

1.º *El derecho unilateral del optante a decidir sobre el contrato final*. La aceptación del optante se materializa no solo con el ejercicio en tiempo y forma de la opción, sino que esa manifestación de voluntad, dada la naturaleza recepticia de la figura, tiene que llegar a conocimiento del

---

(13) Para un estudio de las diferentes concepciones doctrinales sobre la opción, vid., entre otros, CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral,* IV, Madrid, 1988, págs. 27 y sigs.; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español,* III, 3.ª ed., Madrid, 1976, pág. 443; LALAGUNA, «La función negocial de la promesa de venta», en *RCDI,* 1969, pág. 56; JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El llamado Derecho de opción», en *RCDI,* 1932, págs. 188 a 204; DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *ADC,* III, 1950, pág. 1166; y OSORIO Y GALLARDO, *El contrato de opción,* 2.ª ed., México, 1963, págs. 60 y sigs.

(14) En el Ordenamiento Jurídico español son escasos los supuestos claros de derecho de opción de origen legal. La opción legal se vincula, en esencia, a determinadas áreas del Derecho Agrario y del Derecho Mercantil y muy marginalmente en Derecho Civil. Dentro del Derecho Agrario se citan el acceso a la propiedad que se establece en los artículos 184 y sigs. de la derogada Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980. Y en Derecho Civil los casos previstos en el Código Civil sobre redención de ciertos derechos reales —tales como censos, foros y subforos— en los artículos 1608 a 1612, 1650 y 1651.

(15) En tal sentido se expresa la Ley 460-2.º de la Compilación Navarra: «Pueden constituirse por actos *inter vivos* o *mortis causa* a título oneroso o lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante renuncia o retención en un acto de transmisión de la propiedad». Y, por su parte, el artículo 23 de la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, que regulaba los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente: «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte, mediante cesión, reserva o división». Actualmente, el artículo 568-5.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, se limita a declarar que «Los derechos de adquisición voluntaria pueden constituirse por cualquier título».

(16) Vid. SSTS de 13 de noviembre de 1992; 1 de diciembre de 1992; 18 de junio de 1993; 15 de octubre de 1993; 13 de noviembre de 1992; 19 de abril de 1995; 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997.

concedente dentro del susodicho plazo, ya que debe conocer si ha quedado libre o no de disponer de la cosa objeto de la opción, y porque hasta la finalización del plazo dura su vinculación con el optante (17). Siendo preciso destacar, a este respecto, que tras la Ley 34/2002, de 11 de julio, que modifica el artículo 1262 del Código Civil, si el contrato de opción hubiese sido celebrado mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

2.º *La determinación del objeto.* Una de las particularidades de la opción consiste en que su objeto abarca, no solo la materia propia de dicho contrato, sino que también el objeto de la opción se deberá referir al objeto propio del contrato final de compraventa, esto es, a la cosa vendida y al precio de la venta.

3.º *El plazo señalado para poder ejercitar la opción.* Siendo Principio General del Derecho la prohibición perpetua de disponer y consistiendo el derecho de opción en una limitación próxima a este tipo que se impone al propietario de una cosa, es preciso fijar una duración del citado derecho. El artículo 461 de la Compilación Navarra establece un plazo máximo de diez años si se constituye con carácter real, y el artículo 568-8.1 y 2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, distingue entre el derecho de opción de naturaleza real, que puede constituirse por un tiempo máximo de diez años y el derecho de opción de naturaleza personal, que puede ser objeto de prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo de diez años.

En Derecho Común no opera esta limitación de años, pero sí es preciso fijar una duración del derecho por ser este de carácter temporal. Si bien nada impide con apoyo en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y en el principio del *favor negotii* que el plazo inicialmente pactado pueda prorrogarse, como ha reconocido la STS de 29 de mayo de 1996, siempre que la prórroga no exceda el tiempo máximo establecido para el ejercicio del derecho. Dicho plazo de ejercicio es de caducidad y por tanto no es susceptible de interrupción (18), y no se confunde con el plazo para el ejercicio de la acción encaminada a proteger el derecho de opción ante los Tribunales, la cual está sometida a un plazo de prescripción (STS de 29 de mayo de 1996).

En principio, la duración del plazo concedido para poder optar lo fijan las propias partes contratantes. Pero en defecto de esta premisa y directa determinación tampoco habría mayores inconvenientes, pues lo podría delimitar el órgano jurisdiccional en aplicación del artículo 1128 del Código Civil, como afirma la STS de 14 de mayo de 1991. Por otro lado, como señala la STS de 22 de abril de 2000, es necesario distinguir entre dos plazos: el de ejercicio de la opción y el de su pago efectivo, pago del precio que queda así pospuesto lógica y temporalmente al ejercicio de la opción.

---

(17) Ello se advierte en las SSTS de 1 de diciembre de 1992; 8 de octubre de 1993; 25 de abril de 1994; 24 de abril de 1995 y 14 de febrero de 1997, cuando manifiestan que: *«es necesario que esa declaración de voluntad llegue al concedente de la opción dentro del plazo»*.

(18) Vid., en este sentido, las siguientes SSTS: 30 de junio de 1994; 14 de febrero de 1995; 24 de abril de 1995; 29 de mayo de 1996, 14 de febrero de 1997, 11 de abril de 2000 y 14 de noviembre de de 2000.

4.º *Fijación en el momento de su constitución del precio final de adquisición del bien o de los criterios para su fijación posterior.* Tal exigencia es de tal valor que su omisión lleva consigo la nulidad del derecho, pues este dato no es posible deducirlo de ningún otro. Sin embargo nada impide que en el acto constitutivo se establezcan los criterios para una posterior determinación o incluso que la valoración o fijación del precio pueda dejarse al arbitrio de un tercero siempre y cuando la determinación se produzca con anterioridad al ejercicio del derecho de opción (19).

Como establecen las SSTS de 10 de febrero de 1994 y 22 de abril de 2000, el cumplimiento de lo convenido no exige el pago del precio en el momento mismo del ejercicio de la opción. Por otro lado, la eficacia de los medios solutorios alternativos está admitida jurisprudencialmente, como el ingreso en cuenta corriente si resulta de utilidad para el acreedor (SSTS de 23 de noviembre de 1987 y 24 de marzo de 1988), por lo que el depósito notarial de un cheque conformado con la cantidad estipulada en el contrato de opción puede interpretarse como cumplimiento de la estipulación de pago anticipado prevista en el contrato.

V. INFLUENCIA DEL CAMBIO O ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES SOBRE LA OPCIÓN: LA DOCTRINA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En los contratos de tracto sucesivo o larga duración o ejecución diferida, una alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias relativas al contrato puede convertir en excesivamente gravosa la prestación que pesa sobre una de las partes. Ante semejante eventualidad, la doctrina y la jurisprudencia españolas han recurrido a la llamada *cláusula rebus sic stantibus* (20) como remedio destinado a restablecer el equilibrio que inicialmente existió entre las partes contratantes. Según ella, por la voluntad implícita de las partes, en todos los contratos de tracto sucesivo se sobreentiende que existe una cláusula por virtud de la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así (*rebus sic stantibus)* (21). De modo que en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual el

---

(19) La Compilación navarra y la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, admitían esta interpretación al permitir ambas que se prevean «cláusulas de estabilización» del precio fijado y que el ejercicio del derecho se realice por el precio fijado o el que resulte según el procedimiento establecido para su determinación.

(20) Según la generalidad de la doctrina es convención del Derecho romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos, afirmación que es negada por DÍEZ-PICAZO, quien sostiene que se originó en los estudios de los glosadores (BARTOLO al comentar algunos pasajes de la Glosa y de las Decretales, y posteriormente por BALDO) y resucitó por la Escuela del Derecho Natural Racionalista de los siglos XVI y XVIII, siendo sus más importantes expositores GROCIO y PUFFENDORF. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «La cláusula *rebus sic stantibus*», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996, pág. 679.

(21) Para un estudio de esta cláusula, vid., entre otros, CANDIL, *La cláusula rebus sic stantibus, estudio de Derecho español,* Madrid, 1946; OSTI, «La cossi detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico», en *Revista de Diritto Civile*; LENEL, «La cláusula *rebus sic stantibus*», traducción de W. ROCES en *Revista de Derecho Privado*, 1923, julio-agosto; DUALDE GÓMEZ, «De la cláusula *rebus sic stantibus*», en *Conferencia Colegio Notarial de Barcelona*, 1942.

contrato no vincula a las partes, o al menos quedan sujetas a una nueva forma de ejercicio de la prestación acomodada a las exigencias actuales.

1. El origen doctrinal y jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*

El origen remoto de la cláusula *rebus sic stantibus,* que en definitiva tiende a poner de relieve la influencia continuada de la causa en el equilibrio contractual, se puede encontrar en la obra de Santo Tomás (no se es infiel a las promesas si las condiciones cambian esencialmente, ya que aquellas se hacen *subintelectis debitis conditionibus),* Alciato (que alude a la especial naturaleza del contrato y al error como excepciones a la invariabilidad de la voluntad autonómica), Heineccio, Grocio, Cocceio o Domat (siendo en todos los convenios la obligación de uno fundamento de la del otro, si ocurre un cambio que deba suspender el cumplimiento pendiente, se sobreentiende por la voluntad tácita de las partes que el cumplimiento debe aplazarse hasta que el obstáculo se haya levantado, aunque el ejemplo que dé a continuación sea el del comprador que después de la venta descubre el riesgo de evicción, *Lex loix civiles dans leur ordre naturel,* 1735), o en nuestro Derecho Histórico, Castillo de Sotomayor (todo contrato o negocio se ha de entender siempre con la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus)* y la generalidad de la doctrina patria anterior al Código Civil.

Es la necesidad de certeza en la codificación y el monismo legalista en materia de fuentes del derecho lo que excluye del régimen legal de los contratos, con carácter general, figuras como la de la cláusula *rebus sic stantibus,* cuya virtualidad es la de alterar o suspender la eficacia de las obligaciones contractuales, excluyendo o atemperando sus condiciones de exigibilidad al apreciar una modificación extraordinaria de las circunstancias que, implícita o explícitamente, determinaron la voluntad negocial de las partes. Pero lo cierto es que así, sin espacio para ella, se configuran Códigos Civiles como el español donde el principio de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos (arts. 1091, 1254, 1251, 1258 y 1278) no está ni compensado ni completado con el reconocimiento de esta cláusula implícita, a pesar de que la presencia y valor del principio causalista y las exigencias de la buena fe sirvan de fundamento a la importación de esta figura a partir, sobre todo, de la doctrina alemana.

En cuanto a su origen jurisprudencial, la primera sentencia del TS, que se cita en relación con la cláusula *rebus sic stantibus,* es la de 14 de diciembre de 1940, que en un supuesto de contrato de suministro donde se alegaba la variación esencial e imprevisible del mineral de hierro después de 1937, aún sin mencionar la cláusula, afirma, respecto de aquel contrato otorgado con causa lícita que «no puede invocarse la inexistencia de causa como sobrevenida con posterioridad, porque siendo la causa en la concepción de nuestro Código Civil uno de los elementos constitutivos del contrato, necesarios para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese elemento creador del vínculo, y la prolongación de la teoría de la causa, más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otras figuras jurídicas más o menos relacionadas con aquella, pero que la desplazan de sus términos legales estrictos aún cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica, no encuentra apoyo alguno en nuestra Ley civil vigente».

Pero la sentencia clásica en la materia es la de 13 de junio de 1944, donde aún sin mencionar nominativamente la cláusula *rebus sic stantibus* la aplica (o un principio corrector semejante) a un contrato de compraventa de aceite otorgado

en junio de 1936 y cuyo cumplimiento se exigió al finalizar la Guerra Civil. En el pleito se discutió si había existido una imposibilidad absoluta sobrevenida de ejecución del contrato o si por tratarse de cosas genéricas, la regla aplicable era la de que el género nunca perece:

> «que la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce, en principio, efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad pasajera con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato, y en este aspecto bien se advierte que no hubo al producirse la liberación obstáculo insuperable para la entrega del género vendido en las condiciones pactadas, salvo en la referente a la fecha de la entrega que, en casos como el de autos, es requisito accidental, constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor (...)».

El TS llegó a esta conclusión, pero efectuó una revisión equitativa del contrato aplicando un principio corrector que frente a los orígenes de la cláusula en la voluntad implícita negocial de las partes, busca más su fundamento en razones objetivas, valorando en una situación extraordinaria y traumática, el principio de la buena fe y las exigencias de un ordenamiento causalista. Posteriormente son muchas las sentencias que han tratado de la cláusula *rebus sic stantibus,* admitiéndola *expresis verbis* como instrumento a través del cual la causa, con su exigencia de equilibrio contractual en las prestaciones, ejerce una influencia continuada sobre el contrato, hasta el punto de ser concebible su moderación o adecuación, dejando la posibilidad de la dispensa o resolución para otras instituciones vinculadas a la cláusula y tributarias también de la continuada influencia de la causa, como la doctrina de la desaparición de la base del negocio.

Se ha ido generando así una doctrina jurisprudencial perfectamente organizada y consistente que al mismo tiempo destaca la extraordinaria cautela con que puede admitirse este remedio excepcional a los desequilibrios contractuales, como consecuencia de la extraordinaria e imprevisible alteración de las circunstancias que motivaron su otorgamiento y configura los requisitos que también excepcionalmente podrían justificar la aplicación de tal cláusula.

2. La diferenciación con la doctrina de la desaparición de la base del negocio, la imposibilidad sobrevenida, la frustración del fin económico del contrato y la causa

Para corregir el pretendido desequilibrio entre las prestaciones, la doctrina también ha acudido a la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación concebida por los civilistas italianos (arts. 1447-1479 del CC italiano de 1942) y a la teoría de la desaparición de la base del negocio jurídico creada por Oertmann y Larenz para el Derecho alemán y seguida en nuestro Derecho por Díez-Picazo, y que sostiene que la base del negocio jurídico puede ser subjetiva y objetiva. La base subjetiva es la expectativa o representación mental de los fines del contrato esperados por las partes. En cambio, la objetiva es el conjunto de circunstancias

y el estado general de las cosas, cuyo mantenimiento es necesario para que el contrato pueda seguir siendo el mismo.

Pero lo cierto es que el TS las ha equiparado a todas ellas como mecanismos correctores del desequilibrio al afirmar que:

> «Tanto la aplicación implícita de la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus,* como la de la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de equivalencia de las prestaciones o de la equidad al amparo del artículo 3.2.º del Código Civil, no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse» (STS de 6 de octubre de 1987).

Aunque en otras sentencias posteriores las diferencia por razón de sus efectos: puramente revisores del contenido obligacional del contrato en la cláusula *rebus sic stantibus* (STS de 3 de diciembre de 2008), o resolutorios en la doctrina de la desaparición de la base del negocio.

Con todo, según la jurisprudencia, la mayor parte de las escasísimas sentencias que justifican el recurso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* lo hacen en supuestos que no son de modificación del valor económico de los bienes objeto del contrato, sino en supuestos en que la alteración extraordinaria de sus circunstancias ha consistido en la generación de un hecho singular determinante de la desaparición o gravísima afección del interés de una de las partes contratantes comprometiendo, *ex post facto,* la causa del contrato, y así la sentencia de 20 de abril de 1994 que, aunque cita la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para dar cuenta del «influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato», lo que realmente hace es estimar el recurso «por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo», siendo este un arrendamiento de una finca que tenía por objeto la extracción de guijo, y la misma deviene imposible.

Y en igual sentido, la sentencia de 20 de febrero de 2001, que aplica la cláusula *rebus sic stantibus* para defender el pago del canon anual pactado en un contrato de constitución de derecho de superficie por 75 años y opción de compra durante determinado periodo de tiempo, coincidente con la vigencia de una anotación preventiva de demanda a favor del Estado impeditiva de la realización de las obras de construcción previstas en el contrato.

Todos ellos son supuestos en los que aunque se invoque la cláusula *rebus sic stantibus,* o formalmente se aplique porque se trate de justificar un efecto puramente modificador del contrato y no resolutorio, nos encontramos más cerca de la doctrina de la base del negocio por la generación de hechos singulares que afectan al interés de las partes y a la causa del contrato, y no por la mera alteración en el valor de las cosas que puede producir el paso del tiempo y en el que se han podido desencadenar fenómenos que incrementen o reduzcan extraordinariamente el valor de los bienes objeto del contrato o las prestaciones.

3. La cláusula *rebus sic stantibus* como supuesto de integración contractual

La solución que para el caso de alteración de las circunstancias contractuales aporta la teoría de la *cláusula rebus sic stantibus* no puede cohonestarse fácil-

mente con el principio *pacta sunt servanda* (los contratos son para cumplirlos), proclamado en el artículo 1091 del Código Civil cuando dice que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos», pues su desconocimiento implicaría poner en peligro el principio de la seguridad jurídica contractual, la eficacia de la voluntad manifestada y el mantenimiento del orden jurídico (22). Por ello la admisibilidad de la cláusula se hace con extraordinaria cautela imponiendo severas restricciones a su efectividad.

La confrontación entre el principio de seguridad contractual (*pacta sunt servanda)* y el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones (cláusula *rebus sic stantibus)* se ha pretendido resolver a favor de esta última, afirmando que dicha cláusula se encuentra ínsita en todo contrato por voluntad presunta de las partes (23).

Sin embargo, dicho planteamiento es criticado por la doctrina por considerarlo erróneo y confuso (24). Ya en 1923, la *Revista de Derecho Privado* presenta un trabajo de Otto LENEL, quien siguiendo a KRÜCKMANN señala como «las palabras *rebus sic stantibus* no aluden a una verdadera cláusula contractual, sino que son las normas de derecho objetivo las que dan base para los efectos de esta llamada cláusula», refiriéndose sobre todo al principio de la buena fe y a la equidad como instancia normogénica (25). La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se refleja seguidamente en las obras de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, CASTÁN TOBEÑAS, BADENES GASSET, CANDIL y HERNÁNDEZ GIL, y más tarde en la de Federico DE CASTRO.

La virtualidad propia de la cláusula (adecuar el contenido contractual a las nuevas circunstancias o declarar su eficacia para el futuro) no se deriva pues de pacto alguno, ni de la voluntad presunta de las partes, se trata sencillamente de una aplicación concreta a los contratos de ejecución temporalmente diferida de las reglas de integración contractual establecidas imperativamente por el artículo 1258 del Código Civil (26) que, por principio, son indisponibles para la voluntad de las partes (27). En este sentido, se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 2009, al afirmar con contundencia que «la doctrina de *la cláusula rebus sic stantibus* se funda en el artículo 1258 del Código Civil».

---

(22) Cfr. SSTS de 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986 y 6 de octubre de 1987.

(23) Para BARSANTI el contrato a largo plazo no puede tener significado jurídico sin la cláusula *rebus sic stantibus,* que es ideológicamente de igual naturaleza a similares géneros de contratos, es pues una autolimitación de la voluntad siempre sobreentendida. Cfr. TERRAZA MARTORELL, *ob. cit.*, pág. 61.

(24) Para DÍEZ PICAZO es ficticia la relación existente entre la voluntad de las partes y los efectos que pueda producir la alteración sobrevenida. Por lo que no puede hablarse de una verdadera cláusula o de una voluntad presunta. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ob. cit.*, pág. 684.

(25) Como dice VON THUR: «es contrario a la *bona fides* obligar al deudor a respetar el contrato cuando las condiciones se han modificado de tal manera que, caso de cumplirlo, no obtendría contraprestación alguna u obtendría una contraprestación perfectamente insignificante».

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

(27) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 171.

4. Requisitos y efectos de su aplicación

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo revisten, en relación a la cláusula *rebus sic stantibus,* una importancia capital, toda vez que la elaboración funcional de la citada cláusula tiene indudablemente un origen jurisprudencial, a excepción de Navarra que en el Fuero Nuevo contiene norma expresa que regula los efectos y aplicación de la cláusula en la Ley 493.3 que dispone: «cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución» (28).

El ámbito de aplicación de la cláusula en Navarra, salvo en la previsión tendente a declarar la modificación de la obligación o su resolución, es prácticamente coincidente con cuanto viene estableciendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que exige extraordinaria cautela en cuanto a su aplicación y que se traduce en la observancia de unos requisitos sumamente rígidos que son los siguientes:

1.º Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
2.º Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones.
3.º Que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.
4.º Y que se carezca de otro medio para salvaguardar y remediar el perjuicio (29).

En torno al ámbito de aplicación de la cláusula hemos de destacar que, en principio, resulta admisible respecto de todo contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida con prestaciones recíprocas pendientes a cargo de ambas partes en los que las partes no han previsto o pactado ningún mecanismo de modificación del valor de las prestaciones y siempre que concurran todos los requisitos que acabamos de citar. Y en cuanto a las consecuencias de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal se inclina por revisar o modificar la originaria equivalencia de las prestaciones, y a estos efectos declara que:

---

(28) «La doctrina relativa a la cláusula *rebus sic stantibus, sancionada en el párrafo tercero de la Ley 493 del Fuero Nuevo, que trae su causa próxima de la Ley 508 de la Recopilación Privada y su causa remota del Fuero General y Fueros de la Novenera y de la jurisprudencia que avala la expresada doctrina, autoriza a decir sobre ella: 1.º Que desenvuelve un fundamento subjetivo a la modificación del contrato, basándola en la propia voluntad de los contratantes; 2.º que, aunque como precedentes se señalan algunos textos del Derecho romano, en realidad procede de la doctrina y práctica forense de los tiempos medievales, olvidada por los Códigos francés, italiano y español y reavivada tras la Primera Guerra Mundial...*», SAT de 26 de marzo de 1976.

(29) Cfr., entre otras, SSTS de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 27 de junio de 1993, 29 de mayo de 1996, 15 de noviembre de 2000, 20 de febrero de 2001, 1 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2009.

> «Hasta el presente se le han negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones» (SSTS de 17 de mayo de 1957, 23 de abril de 1991, 20 de febrero de 2001 y 20 de noviembre de 2009).

VI. LOS CONTRATOS DE OPCIÓN EN EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Las primeras sentencias que en España trataron el tema de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de opción datan de los años cuarenta. Así, en sentencia de 5 de junio de 1945, el TS decide que no puede oponerse la doctrina de la cláusula al ejercicio de una opción de compra insertada en un arrendamiento de duración de doce años por la considerable elevación de los precios y la debilitación de la moneda, en un caso en el que el contrato era de 1929 y su ejecución se pretendía en 1941.

En la STS, de 6 de julio de 1959, se vuelve a considerar inaplicable la cláusula a un contrato de arrendamiento con opción de compra, en este caso de un hotel (el Hotel Continental Palace de San Sebastián) pactado en 1921 y ejercitado en 1951, mediando una importantísima alteración de las condiciones o circunstancias económicas. Y el TS afirma que tal alteración debería quedar subsumida en el *aleas* inherente a toda opción de compra, y prosigue abordando el problema de la imprevisión o previsión contractual subordinándose la cláusula *rebus sic stantibus* a la voluntad negocial concreta. La opción se ejercita y el Tribunal la acepta por el precio de 5 millones de pesetas pactado en 1921. Prevalece el principio *pacta sunt servanda,* pues desde su iniciación en el año 1921, el contrato sufrió diversas modificaciones, todas ellas pactadas por las partes, y en ellas no se modificó el precio de la opción, lo que demuestra la voluntad de mantener lo pactado cuando la devaluación de la moneda era un hecho de todos conocido.

La jurisprudencia posterior sigue la misma línea restrictiva. Se reitera la doctrina de que la cláusula *rebus sic stantibus* no es aplicable a una opción de compra por entenderla contraria a la voluntad de unas partes que conocían perfectamente el objeto contractual y no quisieron hacer variable el precio del mismo (STS de 26 de octubre de 1990). Tampoco se aplica a un arrendamiento con opción de compra, «ya que el aumento del valor de la finca objeto de la opción de compra no puede calificarse por sí solo de alteración completamente extraordinaria ni menos aún puede reputarse consecuente a circunstancias radicalmente imprevisibles», máxime cuando sí se previó el incremento del precio de ejercicio de la opción según cuando tuviere lugar (STS de 29 de mayo de 1996).

Todas estas sentencias tienen como denominador común que las razones en que basan el rechazo a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de opción se vinculan a su estructura obligacional y causal.

VII. INAPLICABILIDAD A LOS CONTRATOS DE OPCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Sobre el general carácter restrictivo con el que la jurisprudencia admite la cláusula *rebus sic stantibus,* concurren tratándose de un contrato de opción de-

terminados rasgos que dificultan, aún más si cabe, la eventual aplicación de la cláusula y que a continuación pasamos a examinar:

1. La cláusula *rebus sic stantibus* y los contratos de tracto sucesivo

En primer lugar, la cláusula está históricamente vinculada a los contratos de tracto sucesivo, caracterizados por prestaciones continuadas a cambio de contraprestaciones periódicas durante un periodo dilatado de tiempo que posibilita la interferencia de alteraciones extraordinarias que comprometan la causa contractual y conlleva mayores exigencias de conmutatividad, prestación con contraprestación en cada momento de la vida del contrato, de modo que la propia continuación de su eficacia se justifica en el mantenimiento del equilibrio contractual, frente al carácter puntual o unitario del intercambio de prestación y contraprestación en los contratos de tracto único (30).

Pues bien, el contrato de opción no es un contrato de tracto sucesivo, sino de tracto único por el que una de las partes concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato que habrá de realizar en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones. El ejercicio tempestivo y correcto de la opción (esto es, dentro del plazo pactado) oportunamente notificado al concedente (dado su carácter recepticio) consuma y extingue el contrato de opción y en ese preciso instante nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato final sin que el concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues en el contrato de opción el contrato definitivo está plenamente configurado y depende únicamente del optante que se perfeccione o no (STS de 14 de febrero de 1997).

En realidad, al configurar la opción, el concedente prestó anticipada e irrevocablemente su consentimiento al contrato definitivo; ejercitado el derecho de opción en tiempo y forma oportunos, el optante está completando el concurso de voluntades necesario para que pueda nacer y perfeccionarse automáticamente el contrato proyectado (SSTS de 8 y 16 de octubre de 1997). Lo que sucede es que en él existe una dilación temporal, en cuanto a la opción, entre el momento de su establecimiento y el momento de su ejercicio, como es de esencia en este tipo de contratos, y que ha inducido en ocasiones a confundirlo con el tracto sucesivo.

En segundo lugar, tratándose de contratos de tracto único, la jurisprudencia del TS (SSTS de 23 de abril de 1991, 10 de febrero de 1997 y 28 de diciembre de 2000, entre otras) ha declarado que el conjunto de requisitos exigidos para la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* entraña una excepcionalidad todavía más acusada en esta clase de contratos.

Por otro lado, los contratos de tracto único plantean un problema adicional para convertirse en ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración extraordinaria de las circunstancias que motivaron su otorgamiento: la exclusión en el Código Civil de la rescisión por lesión al prescribir el artículo 1293 que «ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en los números 1 y 2 del artículo 1291 (contratos celebrados por los tutores o

(30) Sobre la denominada «cinemática de la relación obligatoria», vid. Moretón Sanz, «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales»), en *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXI, fasc. II, 2008, págs. 627 y 628.

en representación de los ausentes). Es cierto que rescisión por lesión y cláusula *rebus sic stantibus* son técnicamente figuras distintas, por cuanto la primera atiende a la desproporción entre las prestaciones de las partes que pueda existir en el momento de la perfección del contrato, en tanto que la segunda entraría en juego por la lesión producida por un hecho posterior a la celebración del mismo. Pero en los contratos de tracto único donde la dilación temporal de su cumplimiento obliga a remitirse a una o ambas partes al consentimiento ya prestado inicialmente, como sucede en la opción de compra con el consentimiento del concedente, es en aquel momento originario del otorgamiento en el que debe medirse el equilibrio contractual de las prestaciones, ya que el riesgo de variación del valor ha de entenderse asumido por el concedente de la opción en los términos que posteriormente desarrollaremos.

2. La unilateralidad o bilateralidad de la opción y su repercusión sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*

La admisión por la jurisprudencia de la cláusula *rebus sic stantibus* se ha producido de forma extraordinariamente restrictiva, referida a los contratos de tracto sucesivo con prestaciones pendientes a cargo de ambas partes contratantes. El contrato de opción, en cuanto exige la concurrencia de voluntades, se presenta en su origen como de naturaleza bilateral, con la necesaria observancia de los artículos 1261 y concordantes del Código Civil. Por tanto, como contrato es bilateral desde el punto de vista de las declaraciones de voluntad, pero es unilateral desde el punto de vista de las obligaciones producidas. Su bilateralidad originaria será elemento diferenciador frente a la oferta revocable; su unilateralidad en la obligación lo será frente a la promesa bilateral de compra y venta.

El problema surge en el supuesto de que las partes hayan pactado la obligación de pagar una prima a cargo del optante. Habitualmente la doctrina (31) y alguna sentencia del Tribunal Supremo (32) creen que en este caso el contrato unilateral de opción se convierte en bilateral, dada la correspondencia de obligaciones contractuales. En este caso, la cuestión hay que focalizarla en si la asignación de un precio a la opción la configura automáticamente como negocio jurídico bilateral o recíproco y lo incluye en la órbita del artículo 1124 del Código Civil. Y por tanto como resoluble implícitamente.

3. Problemática en torno a la consideración del contracto de opción como resoluble implícitamente

Afirma Hernández Gil al enjuiciar (desde la perspectiva de que el derecho a exigir el cumplimiento del contrato definitivo lo tiene solo una de las partes) el supuesto de que se pacte una indemnización a cargo del optante para el caso de que no se ejercite el derecho, introduce una dualidad de prestaciones, pero no una verdadera reciprocidad entre ellas; el deber de prestar y el deber de exigir no son correlativos. Considera, por tanto, para este supuesto concreto de

(31) Vid., entre otros, Bonet Ramón, *Comentarios al Código Civil de Mucius Scaevola,* XIII, I, 2.ª ed., Madrid, 1970, pág. 556; y Puig Peña, «Compendio...», *ob. cit.*, pág. 444.

(32) Cfr. STS de 22 de diciembre de 1992, FD 6.º

indemnización que frente al derecho del optante (elemento configurador de la relación opcional) solo cabe situar el deber de la otra parte.

Sobre la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a las opciones de compra, el TS no se ha manifestado de una manera definitiva y decidida. En sentencia de 29 de junio de 1987 (contempla un supuesto de no ejercicio de derecho de opción y contiene la aportación de que al haber mediado asignación de un precio a la opción parece configurarla de bilateral e incluirla, en principio, en la órbita del art. 1124 del Código Civil). Y en sentencia de 30 de septiembre de 1989 declara que a los efectos debatidos es inaplicable el artículo 1124 a esa opción de compra por su naturaleza de contrato unilateral en este caso concreto y referirse dicho precepto a obligaciones recíprocas. Lo que nos lleva a una breve reflexión sobre la reciprocidad y sus elementos. En las obligaciones recíprocas cada parte asume un deber de prestación a título de contrapartida por la retribución de la otra parte. No basta que se den las obligaciones de ambas partes frente a frente, o como decía HERNÁNDEZ GIL, dualidad de prestaciones, sino que es necesario que exista entre ellas mutua condicionalidad, que la prestación de cada parte sea condición implícita o constructiva de la otra. Es decir, tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional por la interdependencia que las dos atribuciones tienen entre sí.

Considerando estas características del sinalagma, no parece defendible que la opción como negocio jurídico de carácter unilateral se convierta en bilateral o recíproco por el simple hecho de que concurra en él el elemento accesorio del pago de una prima, pues como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1993, la prima no es un requisito esencial, por lo que el incumplimiento en cuanto a su pago no puede desencadenar, por sí solo, el mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124 del Código Civil. Por tanto, estos contratos de opción podrían ser calificados de onerosos (al intervenir la prima) y con una unilateralidad desvirtuada, como dice HERNÁNDEZ GIL, confirmando la esencial naturaleza unilateral del contrato de opción y su exclusión del régimen del artículo 1124 del Código Civil. En consecuencia, no son resolubles implícitamente, y en el hipotético caso que el TS admitiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* sus efectos serían puramente revisores del contenido obligacional del contrato y no resolutorios, como ponen de manifiesto entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2000, 1 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2009.

4. LA IMPREVISIBILIDAD Y EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

La consideración de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo que han ido construyendo la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* sobre la base del carácter extraordinario de las circunstancias extraordinarias que sobrevienen durante la vida de un contrato de tracto sucesivo y que afectan al interés de las partes, al fin del contrato y a su causa, exigen que ese calificativo de extraordinario, excepcional e imprevisible sea interpretado no solo en términos de medida para denotar el grado de alteración de las circunstancias contractuales que ha producido, o lo poco previsible que era, sino en términos que singularicen el supuesto contractual concreto de que se trata y lo diferencien de los demás en el tráfico jurídico.

La jurisprudencia ofrece argumentos para esta interpretación, en mayor o menor grado, unas veces con la superposición de calificativos referentes a las circunstancias, al desequilibrio contractual o a la imprevisibilidad, que necesariamente deben llevar a acotar el supuesto en su singularidad, y otras veces de forma más explícita, como la sentencia de 6 de noviembre de 1922, que exige que sean «atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto» para identificar la cabal medida de lo extraordinario».

Refiriéndose al carácter imprevisible del suceso que puede determinar la aplicación de la cláusula, el Tribunal Supremo ha señalado que:

> «(...) el evento que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos en los contratos de tracto sucesivo (...), tales como la revisión periódica del contrato, o cláusulas de estabilización y pago en especie para garantizar al acreedor de la prestación pecuniaria que la cantidad a recibir no resultaría afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no pueden integrar alteración extraordinaria imprevista e imprevisible» (STS de 15 de marzo de 1972).

De donde puede deducirse que en ningún caso será de aplicación la cláusula cuando las partes hayan previsto o pactado algún mecanismo de modificación del valor de las prestaciones (como cláusulas de variación del precio), excluyendo así otros factores de variación y que las variaciones exógenas de valor pudieran reputarse absolutamente imprevistas o imprevisibles. Pues bien, va a ser precisamente este requisito de la imprevisibilidad el principal escollo con el que tropieza la opción para que le pueda ser aplicada la referida cláusula. El derecho de opción proporciona a su titular una situación de libertad contractual dentro de los estrictos términos de una alternativa y correlativamente coloca al concedente en una situación de incertidumbre. De aquí la extraordinaria dificultad de acreditar en forma racionalmente contundente y decisiva, como exige el TS, que «todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles» (STS de 6 de noviembre de 1992).

5. Aleatoriedad y cláusula *rebus sic stantibus*

Hoy, el *aleas* en sentido jurídico o el riesgo en sentido económico está más presente que nunca en la vida de la contratación porque los bienes y factores económicamente significativos se han multiplicado e interconectado, produciendo como consecuencia que cambios sutiles en los escenarios macroeconómicos provoquen enormes diferencias de valor. Además, el *aleas* o el riesgo se introduce en el tráfico jurídico constituyendo un valor por sí mismo, objeto del tráfico.

No solo se asumen obligaciones diferidas en el tiempo con tipos de interés variables indexados, sino que se hacen contratos de futuros, derivados, cuyo valor está representado por la estimación, y el valor que en el mercado se da a la estimación, de un determinado valor futuro para un bien o un tipo de bienes de referencia.

Los contratos de opción, dado su carácter temporal, por definición entrañan una cierta asunción de los riesgos. Todas las opciones tienen un componente de predeterminación (plazo y precio) y un componente de variabilidad o aleatoriedad, que tratándose de opciones de compra o venta de acciones será por referencia al valor presente, real o de mercado al vencimiento, que es inherente a la

estructura contractual. Adicionalmente, la existencia de dos opciones recíprocas de venta y de compra en condiciones simétricas o similares, tanto en cuanto al precio de ejercicio como al vencimiento final, implican una asunción simétrica y equilibrada por ambas partes de los riesgos de variación del valor de los bienes objeto de la opción, por lo que en tal caso deberá prevalecer el equilibrio originario entre ambas frente a la sobreveniencia de hechos posteriores que puedan desigualar el valor de algunas de las prestaciones.

El Tribunal Supremo se ha ocupado en numerosas sentencias del problema del cambio de la normativa urbanística sobrevenida a la celebración de un contrato de opción como evento que debe integrarse dentro del *aleas* o riesgo que supone cualquier operación realizada a plazo. Veamos con qué alcance.

La STS de 24 de junio de 1993, se refiere a un supuesto de opción de compra entre «Somosaguas Sur, S. A.» y «Urbanizadora Somosaguas, S. A.», que en el clausulado contractual habían establecido una condición suspensiva, en cuya virtud, en caso de no consumarse la compraventa, se habría de devolver la cantidad entregada, con un 11,75 por 100 de interés anual durante el primer año y el MIBOR más 0,50 puntos durante el resto del periodo hasta su devolución, además de la posibilidad de ejercitar el derecho de opción hasta el 1 de febrero de 1988, abonando el día de su ejercicio 1960 millones de pesetas (resto del precio) con facultades resolutorias explícitas hasta el 31 de diciembre, para cuyo supuesto también se especificaban las consecuencias.

Producida una nueva situación urbanística, «Somosaguas Sur, S. A.» ejercita su derecho de opción, pero no satisface el precio estipulado por considerarse distinto al fijado inicialmente debido a la nueva situación urbanística. Ante la negativa de la otra parte de cumplir el contrato de opción, formuló demanda de mayor cuantía sobre resolución de contrato privado contra «Urbanizadora Somosaguas, S. A.». Por su parte, esta última sociedad formuló demanda de mayor cuantía contra «Somosaguas Sur, S. A.» sobre nulidad de contrato y otros pedimentos. El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda interpuesta por «Somosaguas Sur, S. A.» y declaró resuelto el contrato con restitución a «Urbanizadora Somosaguas, S. A.», de la suma de 450 millones de pesetas.

Apelada la anterior resolución por «Somosaguas Sur, S. A.», la Audiencia estimó parcialmente el recurso en el sentido de declarar que con la devolución de la suma antes indicada se abonarán también los intereses pactados en el contrato resuelto. «Somosaguas Sur, S. A.» interpuso recurso de casación por no aplicación del artículo 1258 del Código Civil, de modo que, producida una nueva situación urbanística, los jueces deberían pronunciarse acerca de cuál debía ser el precio que había de satisfacerse, ya que las circunstancias ajenas al contrato permitían aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Tribunal Supremo desestima el motivo:

> «al no darse los presupuestos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, a lo largo de toda la sentencia recurrida, por figurar en el contrato y por el examen de la prueba practicada, se sienta que Somosaguas Sur, S. A., tenía un perfecto y detallado conocimiento de la situación urbanística de las fincas objeto del contrato, asumiendo cierta alea o albur, cuyos efectos se tratan de paliar con la condición suspensiva (...), todo lo cual revela que no puede hablarse de verdadero derrumbamiento del contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, ni de sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles ni de que se carezca de medios para salvar el perjuicio,

> pues lo que se pretende realmente es un nuevo contrato, solicitar que se fije un nuevo precio a la opción y que valga la opción ejercitada de modo diferente a lo convenido, con alteración del principio *pacta sunt servanda* y de la seguridad jurídica, dejando el cumplimiento del celebrado al arbitrio de uno de los contratantes, razones todas que obligan a contemplar la cláusula *rebus sic stantibus* con gran cautela».

Por tanto, niega la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a una opción de compra por entenderla contraria a la voluntad de las partes que conocían perfectamente el objeto contractual y no quisieron hacer variable el precio, asumiendo cierta alea o albur en cuanto al valor objeto de los bienes en razón del tiempo y evolución del proceso urbanístico.

Esta referencia al riesgo contractual también existe en la STS de 14 de octubre de 1999 (33). Así, en opinión del Tribunal Supremo, *el cambio de la normativa urbanística simplemente implica un evento que debe integrarse dentro del alea o riesgo que supone cualquier operación realizada a plazo, como ocurre con esta operación de futuro, ya que en caso contrario, si las condiciones urbanísticas provocan un aumento del valor de los inmuebles, no sería lógico otorgar al concedente de la opción una acción para la reclamación de diferencias*.

En definitiva, lo que parece defender con ello el Tribunal Supremo es que el contrato de opción es un instrumento de reparto de riesgos, si sobrevienen determinadas circunstancias adversas, ello es un riesgo que el contrato debería haber contemplado. Desde el momento en que las partes en el contrato pretenden obtener una ganancia deben asumir el riesgo de que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso.

VIII. CONCLUSIONES

Si como pone de manifiesto la STS de 26 de julio de 1993, «la cláusula *rebus sic stantibus* es fruto de la equidad y del principio equilibrador de las prestaciones en los negocios onerosos», y la STS de 6 de octubre de 1987 niega la aplicación de la cláusula al derecho de superficie que «por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (...) está sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*) que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo del derecho de obligaciones».

Por aplicación de las reglas de la hermenéutica a la doctrina jurisprudencial que conforme al artículo 1.6 del Código Civil complementa el ordenamiento jurídico, la cláusula *rebus sic stantibus* no será aplicable a los contratos de opción de carácter gratuito, esto es, aquellos en los que no haya intervenido la prima de la opción, ni tampoco a los contratos de opción de carácter real inscritos en el Registro de la propiedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 RH.

Como consecuencia de todo lo expuesto, podemos concluir afirmando que tras este estudio de las sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas negativas,

---

(33) Cfr. MARTÍNEZ VELENCOSO, «Contrato de opción de compra y modificación de la situación urbanística del inmueble (comentario a la STS de 14 de octubre de 1999 [*RJ* 1999/7327]», en *RdP,* año I, núm. 5, 2000, págs. 185-194.

entendemos que resulta extremadamente difícil e improbable aplicar a los contratos de opción, por sus peculiares características, una cláusula que no está legislada y cuya admisión podría poner en peligro el principio de la seguridad jurídica contractual (*pacta sunt servanda*), el mantenimiento del orden jurídico y la eficacia de la voluntad manifestada, pues en caso de conflicto entre el principio de la estabilidad del contrato y el principio de la equidad, este último es el que debe primar.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALGUER: «Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho Civil, IV. Los precontratos», en *RJC,* 1931.

BONET RAMÓN: *Comentarios al Código Civil de Mucius Scaevola,* XIII, I, 2.ª ed., Madrid, 1970.

CASTRO: «La promesa de contrato», en *ADC,* III, 1950.

CANDIL: *La cláusula* rebus sic stantibus, *estudio de Derecho español,* Madrid, 1946.

CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* IV, Madrid, 1988.

LALAGUNA: «La función negocial de la promesa de venta», en *RCDI,* 1969.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «La cláusula *rebus sic stantibus*», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.

DUALDE GÓMEZ: «De la cláusula *rebus sic stantibus», Conferencia Colegio Notarial de Barcelona*, 1942.

JERÓNIMO GONZÁLEZ: «El llamado Derecho de opción», en *RCDI,* 1932.

LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil,* tomo III, *contratos*, Madrid, 2011.

LENEL: «La cláusula *rebus sic stantibus»,* traducción de W. ROCES en *Revista de Derecho Privado*, 1923, julio-agosto.

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

MARTÍNEZ VELENCOSO: «Contrato de opción de compra y modificación de la situación urbanística del inmueble (comentario a la STS de 14 de octubre de 1999», en *RdP,* año I, núm. 5, 2000, págs. 185-194.

MEZQUITA DEL CACHO: «El pacto de opción y el derecho que origina», en *RDCI,* 1951.

MORETÓN SANZ: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales»), en *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXI, fasc. II, 2008, pág...

OSORIO Y GALLARDO: *El contrato de opción,* 2.ª ed., México, 1963.

OSTI: «La cossi detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico», en *Revista de Diritto Civile*.

PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil español,* III, 3.ª ed., Madrid, 1976.

RAMÓN CHORNET: «Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real», en *RCDI,* 1989.

SERRANO ALONSO: «Nota sobre el derecho de opción», en *RDP,* 1979.

TALMA CHARLES: «Crónica jurisprudencial sobre el contrato de opción relativa a la década de los noventa», en *RdP,* año I, núm. 2, 1999, págs. 557-578.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 6 de noviembre de 1922.
- Sentencia de 14 de diciembre de 1940.
- Sentencia de 13 de junio de 1944.
- Sentencia de 17 de mayo de 1957.
- Sentencia de 6 de junio de 1959.
- Sentencia de 15 de marzo de 1972.
- Sentencia de 16 de junio de 1983.
- Sentencia de 27 de junio de 1984.
- Sentencia de 19 de abril de 1985.
- Sentencia de 17 de mayo de 1986.
- Sentencia de 6 de octubre de 1987.
- Sentencia de 24 de enero de 1991.
- Sentencia de 8 de marzo de 1991.
- Sentencia de 23 de abril de 1991.
- Sentencia de 14 de mayo de 1991.
- Sentencia de 13 de noviembre de 1992.
- Sentencia de 1 de diciembre de 1992.
- Sentencia de 22 de diciembre de 1992.
- Sentencia de 21 de marzo de 1993.
- Sentencia de 18 de junio de 1993.
- Sentencia de 21 de junio de 1993.
- Sentencia de 24 de junio de 1993.
- Sentencia de 26 de julio de 1993.
- Sentencia de 22 de septiembre de 1993.
- Sentencia de 18 de octubre de 1993.
- Sentencia de 4 de febrero de 1994.
- Sentencia de 20 de abril de 1994.
- Sentencia de 14 de febrero de 1995.
- Sentencia de 19 de abril de 1995.
- Sentencia de 29 de mayo de 1996.
- Sentencia de 14 de febrero de 1997.
- Sentencia de 16 de octubre de 1997.
- Sentencia de 4 de diciembre de 1997.
- Sentencia de 15 de diciembre de 1997.
- Sentencia de 11 de abril de 2000.
- Sentencia de 22 de abril de 2000.
- Sentencia de 14 de noviembre de 2000.
- Sentencia de 15 de noviembre de 2000.
- Sentencia de 20 de febrero de 2001.
- Sentencia de 1 de marzo de 2007.
- Sentencia de 3 de diciembre de 2008.
- Sentencia de 20 de noviembre de 2009.
- Sentencia de 8 de marzo de 2012.

RESUMEN

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS
CONTRATO DE OPCIÓN
EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES

En el tráfico jurídico contemporáneo, la opción aparece incorporada a operaciones negociales de muy variada condición y procedencia: opciones de compra, venta, sobre préstamos, sobre acciones, opciones arrendaticias, sobre terrenos mineros, concertadas a propósito de negocios de mediación (opción mediatoria), o de financiación, son, entre otros, ejemplos de la vitalidad de la figura que se ha convertido en la actualidad en uno de los instrumentos más idóneos en el campo de la contratación inmobiliaria y bursátil. Pues bien, este profuso manejo de la opción explica la frecuencia con que el conflicto de intereses subyacente llegue hasta los Tribunales. En este artículo analizaré algunas de las cuestiones controvertidas que giran en torno al contrato de opción, centrándome en las consecuencias de su adscripción a los contratos denominados de tracto único y por tanto la difícil aplicabilidad de vías para obtener su resolución como por ejemplo la denominada cláusula rebus sic stantibus.

ABSTRACT

CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS
OPTION AGREEMENT
BALANCE OF CONSIDERATIONS

In contemporary business dealings, options crop up in transactions of a variety of types and origins: options to buy, options to sell, options on loans, share options, lease options, mining options, options arranged in connection with the brokerage business (brokerage options) and financing options. They all go to illustrate just what a vital concept the option is. It has in fact become one of the best instruments there is in the field of real estate and stock market contracts. The profuseness of options explains the frequency with which the underlying conflicts of interests are taken to court. This article looks at a number of the controversial issues involving option agreements. The focus is on the consequences of ascribing options to what are known as «single-performance» contracts and the ensuing difficulty of applying means of cancellation, such as clausula rebus sic stantibus.

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL POR NEGLIGENCIA EN SUBASTA: EL REQUISITO DE LA COMUNICACIÓN AL PROPIETARIO CONSIGNANTE, BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL E INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE EQUIVALENCIA DE RESULTADOS

por

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT
Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la UNED
y
MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS, SU RÉGIMEN JURÍDICO Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS.—II. LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CULPA CIVIL: 1. La naturaleza pública del funcionario fedante y su régimen de responsabilidad de origen legal: la STS de 3 de julio de 1965, siendo ponente Bonet Ramón, la omisión de la diligencia debida y el plazo de prescripción de un año. 2. Responsabilidad civil del empresario y la actividad profesional de la Notaría como complejo unitario de actividad: La STS de 6 de junio de 2002. 3. STS de 28 de noviembre de 2007, siendo ponente Xiol Ríos y la concurrencia de culpas y funciones del Notario como contrato de gestión: la naturaleza de la función notarial como profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario. 4. STS de 6 de abril de 2009: Responsabilidad civil del notario como responsabilidad extracontractual y acreditación del nexo causal entre la actuación y el daño.—III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO Y LA UNIDAD DE CULPA CIVIL: NEGLIGENCIA PROFESIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE UNA SUBASTA NOTARIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MARZO DE 2012, SIENDO PONENTE XIOL RÍOS.—IV. LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA EN SUBASTA NOTARIAL: LA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA COMO REQUISITOS DE LEGALIDAD: 1. El procedimiento del artículo 1872 del Código Civil: la enajenación de la prenda. 2. El derecho de realización del valor del acreedor pignoraticio: facultad dimanante del derecho real limitado. 3. Elementos integradores del contrato de prenda y de sus facultades: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. 4. La subasta pública y la preceptiva citación del deudor y del dueño de la prenda: requisitos de legalidad indisponibles y control de legalidad notarial. 5. Notificación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda: requerimiento notarial de pago como mera notificación de la existencia del procedimiento de subasta notarial. 6. Subasta notarial y aplicabilidad del régimen ordinario de subasta de bienes muebles para la realización de objetos pignorados. 7. Conclusión del procedimiento. 8. La STS de 9 de marzo de 2012 y la ausencia de cautelas

PARA LA SUBASTA: NULIDAD DE SUBASTA POR INEXISTENCIA DEL DERECHO A RETENER Y A ENAJENAR LOS CONTENEDORES.—V. LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS O FALTA DE EFECTO ÚTIL DEL RECURSO: LA BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL: REFLEXIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LOS ESCRIBANOS PÚBLICOS, SU RÉGIMEN JURÍDICO Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

Con la publicación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (1), veía la luz la primera norma codificadora de lo que fueran los antiguos escribanos. Si bien acogía parte de los principios históricos presentes en esta institución (2), al tiempo renovaba profundamente el sistema y organización notariales.

De forma concluyente y definitiva, la función notarial pasa a ser pública y extrajudicial por lo que, de conformidad a lo prescrito por el primero de sus artículos, «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios» (3).

En cuanto al desarrollo reglamentario de la Ley (4) y tras cinco redacciones derogadas, nace el actual y todavía vigente Reglamento Notarial (5) afectado, a su vez, por múltiples y sucesivas reformas (6) e, incluso, por los efectos apa-

(1) Gaceta de Madrid del jueves día 29 de mayo de 1862, núm. 149, año CCL.

(2) Tercera Partida, título 19, *De los escribanos,* Ley 1: Escribano tanto quiere decir como hombre que es sabedor de escribir, y hay dos maneras de ello: los unos, que escriben los privilegios y las cartas y las actas de la casa de las ventas y de las compras, y los pleitos y las posturas que los hombres ponen entre sí en las ciudades y en las villas. Y el provecho que nace de ellos es muy grande cuando hacen su oficio lealmente, pues se quitan los impedimentos y se acaban las cosas que son menester en el reino por ellos; y queda memoria de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan y en las cartas que hacen.

(3) Vid., sobre las antiguas clases de Escribanías, ESCRICHE Y GALINDO, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1847, pág. 27 y sigs. En cuanto a la literatura jurídica contemporánea, vid., las monografías siguientes: BONO Y HUERTA, *Historia del Derecho Notarial español*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1982, y por lo que se refiere al sistema de responsabilidad civil, PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial»; MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, págs. 823 a 884, y VERDERA SERVER, *La responsabilidad civil del Notariado*, Pamplona, 2008.

(4) Vid., Disposición General. Artículo 47, donde se apoderaba al Gobierno para dicha función ejecutiva.

(5) Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

(6) Por ejemplo, el artículo quinto sobre el acceso a la condición de Notario, ha sufrido las siguientes modificaciones: Se añade la letra *g)* por el artículo 1.3 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; se modifica por el artículo único del Real Decreto 862/2003, de 4 de julio; por el artículo 2 del Real Decreto 1728/1991, de 29 de noviembre; modificado por el artículo único del Real Decreto 950/1987, de 24 de julio; por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio; por el artículo 2 del Real Decreto 1126/1982, de 28 de mayo, y modificado el párrafo tercero por el artículo 1 del Decreto 173/1965, de 8 de febrero.

rejados de la anulación de varios de sus preceptos ordenada por el Tribunal Supremo (7).

El Reglamento subraya las especificidades de esta profesión pública, y el artículo segundo ratifica aún más sus rasgos característicos, por cuanto declara que: «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: En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos 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».

A renglón seguido, el artículo segundo añade sobre sus funciones que: «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» (8). De ahí que como después podremos contrastar, el Notario soporte un sistema de responsabilidad agravado a la vista de las cualidades que adornan la función notarial, resultando de aplicación esta diligencia reforzada, incluso, cuando asuma encomiendas relacionadas a la función notarial de la que es depositario.

En resumidas cuentas, se trata de una profesión pública a la que razonablemente cabe exigir una especial rectitud en sus actividades directa o indirectamente asociadas a su quehacer diario, toda vez que es un profesional del derecho dotado de autoridad pública.

---

(7) Por ejemplo, la STS de 20 de mayo de 2008 que afecta al artículo 145, STS de 9 de junio de 2008 al 166; o la cascada de SSTS que afectaron al artículo 340 sobre las competencias de una unidad prevista en el seno del Consejo, declarándose su nulidad en virtud de STS, de 14 de octubre de 2008, pronunciándose en idéntico sentido SSTS de 7 de octubre de 2008; de 14 de octubre de 2008; de 4 de noviembre de 2008 y de 11 de noviembre de 2008.

(8) Dice íntegramente el artículo primero, modificado por el artículo 1.1 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y redactado el párrafo primero conforme a la corrección de errores publicada en el *BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 2007*:* «El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan. 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. El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio. En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario. El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento. Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial».

Para dar cumplida cuenta de lo anterior y al margen de otras conductas tipificadas en otras normas como el Código Civil (9), el Reglamento extiende la responsabilidad civil a la dimanante de culpa, dolo e ignorancia inexcusable, residenciando en la Junta Directiva del Colegio Notarial un sistema arbitral ideado para resolver los conflictos que pudieren tener lugar entre perjudicados y notarios (10).

Y dice el tenor literal del artículo 146 del Reglamento Notarial, según la redacción dada por el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio: «El Notario *responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable.* Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. A tales efectos, quien se crea perjudicado podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como resolución del conflicto» (11).

En buena lógica, se ratifican las anteriores consideraciones sobre la naturaleza de la responsabilidad del notario, que bien puede ser contractual o extracontractual, resultando de aplicación, en este último caso, las prescripciones del artículo 1902 del Código Civil.

Sobre los anteriores extremos, sentencia SANTOS BRIZ, que «la relación jurídica del Notario con su cliente es de naturaleza contractual, con las atenuaciones derivadas del ejercicio por el Notario de una función pública que le obliga a la

---

(9) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *Revista de Derecho Notarial*, 1997.

(10) Al margen de la que ya preveía la propia Ley Orgánica en su artículo segundo, «el Notario que requerido para der fe de cualquier acto público ó particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en la responsabilidad á que diere lugar con arreglo á las leyes».

(11) La redacción previa del mencionado artículo 146, decía: «Cuando el acto o contrato deje de inscribirse por dolo, culpa o ignorancia inexcusable del Notario autorizante, subsanará este la falta extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuera posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria. Los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en la Notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana. Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá esta obtener por cualquier medio de prueba admitido en derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente. En tales casos, así como en los de error en la fe de conocimiento de las personas que intervengan en los documentos y en el de cualquier otro error u omisión no dolosos, imputable al Notario autorizante, no incurrirá este en responsabilidad si, haciendo la subsanación a su costa, repusiere el importe del perjuicio causado o lo afianzare hasta tanto que se esclarezca la existencia del vicio y su imputabilidad al Notario. A tal efecto, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, previa audiencia oral o escrita del Notario autorizante, señalará el importe del perjuicio, si lo considera evidente, o la cantidad a depositar como fianza hasta su esclarecimiento. Cuando se entable judicialmente reclamación contra un Notario en virtud de documentos autorizados por él, si la parte que se crea perjudicada acredita previamente haber cumplido lo dispuesto en el presente artículo, quedará exenta de la necesidad del acto de conciliación previsto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

prestación de su ministerio con carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida (…). Falta, pues, del lado del funcionario fedatario la autonomía contractual que presupone la libertad de contratar cuando quiera, ya que está obligado *ex lege* a ello. Pese a esta particularidad, el Notario se halla frente al particular en una relación contractual que puede calificarse, como la que vincula al abogado, de arrendamiento de servicios o de obra, según los casos, y en consecuencia la responsabilidad frente al cliente es de naturaleza también contractual. *En cambio, si se trata de un tercero que recibió un daño a consecuencia de la actuación notarial, la responsabilidad del funcionario, en su caso, será de carácter extracontractual y obtenida por aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Es la conducta negligente del Notario lo que entonces origina su responsabilidad, pudiendo exigir el resarcimiento no solo el titular actual de derechos subjetivos, sino el que meramente ostente una expectativa de derecho*» (12).

Y antes de abordar la doctrina y los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la responsabilidad civil notarial, hemos de tener presente la existencia de un seguro profesional determinado en el artículo 24. «El notario electo deberá obligatoriamente acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil a que se refiere el artículo siguiente y constituir la fianza, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Notariado, presentando en la Dirección General de los Registros y del Notariado los documentos justificativos de todo ello. Dicha obligación deberá cumplirse dentro del plazo de treinta días naturales, contados desde la publicación del nombramiento para una Notaría determinada en virtud de concurso ordinario en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Boletín o Diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente» (13).

Y el objeto de este seguro es el de «cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo. La Dirección General de los Registros y del Notariado, previa audiencia del Consejo General del Notariado, fijará las condiciones mínimas del seguro de responsabilidad civil. No obstante, el Consejo General del Notariado podrá solicitar justificadamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado que se modifiquen dichas condiciones. El Centro Directivo deberá pronunciarse expresamente en el plazo máximo de un mes sobre tal solicitud de modificación» (14).

Por su parte, la Junta Directiva del Colegio Notarial de Barcelona, da cuenta de los distintos supuestos en los que puede verse involucrado un Notario, en lo que será de aplicación el correspondiente seguro de responsabilidad civil notarial suscrito como tomador, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo Superior del Notariado. En particular, la mencionada

---

(12) Santos Briz, «Responsabilidad civil de los notarios», en *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001; «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil. Tomo XXIV. Artículos 1887 a 1929 del Código Civil. Título XVI. De las obligaciones que se contraen sin convenio. Capítulo II. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*, Madrid, 1984.

(13) Modificado por el artículo 1.4 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio.

(14) Modificado por el artículo 1.5 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y por el artículo 1 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, siendo su anterior numeración el artículo 2.

Junta subraya la necesidad de extremar las cautelas en ciertos supuestos como suplantaciones de personalidad y falsificaciones varias (15).

Y con estos elementos críticos, corresponde examinar, más detenidamente, el contenido de los pronunciamientos del TS y la DGRN, toda vez que han clarificado el ámbito de responsabilidad de esta profesión pública y, una vez determinadas sus funciones y obligaciones, se ventilará la procedencia de un régimen de responsabilidad en el que su calificación como contractual o extracontractual, no resulta imprescindible a la vista del principio de unidad de culpa civil. Es decir, la responsabilidad podrá resultar del incumplimiento de un contrato, ostentar naturaleza extracontractual o ambas calificaciones a un tiempo, tal y como aprecia la STS de 5 de febrero de 2000.

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria es, evidentemente, distinta y autónoma de la que se acaba de apuntar. Y con los anteriores argumentos declara la RDGRN, de 1 de abril de 2004, que «hay que distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad disciplinaria. En cuanto a la *responsabilidad civil, la determinación de su existencia y alcance es materia encomendada a los Tribunales Ordinarios y absolutamente excluida de la competencia de la Dirección General.* En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para iniciar un posible expediente de corrección disciplinaria contra el Notario autorizante es presupuesto lógico y necesario la previa declaración judicial acerca de la eventual nulidad o ineficacia de los actos y contratos formalizados en el documento público» (16).

II. LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO: APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CULPA CIVIL

1. La naturaleza pública del funcionario fedante y su régimen de responsabilidad de origen legal: la STS de 3 de julio de 1965, siendo ponente Bonet Ramón, la omisión de la diligencia debida y el plazo de prescripción de un año

En esta sentencia se estima el recurso de casación, al apreciar el Tribunal que la demanda ha sido interpuesta fuera del plazo del año de prescripción aplicable a la responsabilidad civil de origen legal. Y ello pese a que, otorgada el día 5 de julio de 1956 la escritura pública de compraventa en la que el Notario

(15) Vid., Junta Directiva del Colegio Notarial de Barcelona, «Seguro de responsabilidad civil de los notarios», en *La Notaría*, diciembre, 1990, pág. 1 y sigs.

(16) RDGRN de 22 de enero y de 1 de febrero de 1999: «La gestión o tramitación de los documentos no es una tarea inherente a la función notarial, si bien nada se opone a que el Notario la asuma. Resulta de hecho muy frecuente este encargo al Notario de los trámites posteriores y el cumplimiento de los diversos requisitos legales que deben cumplirse una vez otorgada una escritura pública. Ello constituye un importante servicio complementario, que puede resultar beneficioso para el cliente desde el momento en que puede confiar al Notario gestiones que debería hacer personalmente o procurarse de otro modo. En el caso de encargarse la gestión de la escritura al Notario autorizante, la relación entre el Notario y el interesado se regirán por las normas civiles que regulan el contrato celebrado (mandato, gestión de negocios ajenos sin mandato, arrendamiento de servicios, etc.), siendo por lo tanto meramente civiles y quedando fuera del ámbito de este Centro Directivo, salvo en lo que a la responsabilidad disciplinaria se refiere, si el Notario en su actuación hubiera incurrido en desmerecimiento de la función notarial».

demandado según la Audiencia, procedió con manifiesta negligencia profesional, no pudo practicarse la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad al haberse inscrito la venta de la finca, en escritura otorgada ante el mismo Notario, por el propio vendedor en la misma fecha.

Las consideraciones preliminares de la sentencia se refieren a la condición notarial por entonces vigente y «que según el artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado hoy vigente, de 28 de mayo de 1862, "el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás extrajudiciales", con lo que vino a ponerse fin a un estado de cosas en que el Notario ejercía una profesión no bien definida en la realidad jurídica a la sazón existente, pues aunque los Notarios expedían documentos que habían de ser admitidos por los Tribunales, en un grado de credibilidad superior a los de los particulares, es lo cierto que el oficio, una vez que había sido objeto de la enajenación por la Corona, era patrimonial, sujeto a las reglas y módulos del régimen de propiedad privada, mientras desde dicha Ley se reconoce la naturaleza pública del funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos sustraídos al poder público».

Y precisamente, como funcionario público asume ciertas atribuciones de esta naturaleza, de modo que «si en todas las funciones del Poder público es la responsabilidad una garantía de actuación jurídica correcta, su importancia en la institución de la fe pública ha de ser grande, ya que cada Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del Notario, no pudiendo traspasar el campo de acción que tiene señalado, esto es, debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio, no a aquellos que teniendo relación más o menos directa con el acto que se efectúa, son ajenos al mismo».

Sigue diciendo que «el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del Notario únicamente en cuanto refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurran todas las precauciones necesarias a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta, que aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del Notario en lo que constituye la sustancia del acto en que interpone su ministerio, *por lo que existiendo la correspondiente obligación, ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del Notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera*» (17).

2. Responsabilidad civil del empresario y la actividad profesional de la Notaría como complejo unitario de actividad: La STS de 6 de junio de 2002

El Notario es responsable, asimismo, de hechos ajenos, en particular, de los que sucedan en la oficina notarial dada su condición de cabeza visible. Y

(17) Concluye con los siguientes términos: «teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1903 del Código Civil, le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2.º del artículo 1968 del propio Cuerpo Legal, con que concuerda el último inciso del número 3 del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957».

así, la resolución advierte que, «efectivamente, el Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma, se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 247 del Reglamento Hipotecario. Y de esa doble matriz, no hubo toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asumía normalmente por la Notaría. Y por no existir tal diligenciamiento en el Registro de la Propiedad, de los títulos originales es por lo que se pudo cancelar la hipoteca por impulso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante».

De modo que, cabe ventilar la responsabilidad civil del Notario como responsabilidad del empresario, por lo que se estima el recurso y se aplican sus elementos ordinarios, por cuanto advierte que al tratarse la Notaría de «*un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, este, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias*. Y esas funciones deben alcanzar también a aquellas incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo exige, cuando es el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales. Pues tampoco se puede olvidar que el Notario, como director de la Notaría, está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad —la *accountability* anglosajona—, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma, y se ocasionen concretos perjuicios».

Por otra parte, si el criminal se sirve de la función notarial como canal para sus propósitos, procederá la responsabilidad civil dimanante del delito al autor o autores de la conducta punitiva, y en todo caso, será la vía civil y no la contencioso-administrativa, como ha señalado la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2012, la competente para ventilar los asuntos en que se insten acciones de resarcimiento por daños causados por la actividad profesional del Notario.

En el caso de autos la SAN tiene por objeto la reclamación patrimonial de los daños y perjuicios ocasionados por la escritura pública otorgada con poder falso, que es inscrita en el Registro de la Propiedad. En particular, impetra la condena y responsabilidad solidaria del Ministerio de Justicia y de las compañías aseguradoras del Notario y del Registrador de la Propiedad.

Y tras el análisis de los hechos alegados y el derecho aplicable, desestima la reclamación, en primer lugar, porque «en el caso no existiría el imprescindible requisito del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público. En este caso se ha producido una actuación delictiva de terceros que aparece como el principal y decisivo nexo de causalidad, de forma que la causa determinante del daño alegado reside en la conducta delictiva de los terceros

condenados penal y civilmente por la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya conducta criminosa absorbe cualquier posible anomalía que pudiera detectarse en la actuación profesional del Notario y del Registrador que intervinieron en la autorización e inscripción registral de la escritura de agosto de 2003, en cuya actuación no se advierte ningún incumplimiento notorio de los deberes profesionales que incumbían a uno y otro funcionario en sus respectivas parcelas, de tal modo que fueron los condenados penal y civilmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona los que se sirvieron de los servicios públicos para perfeccionar y consumar sus propósitos criminales con perjuicio de la parte demandante, sin que pueda aceptarse que fueron tales servicios públicos los que causaron el daño cuya indemnización pretende la actora pues tales servicios fueron más bien el medio de que se sirvieron los condenados en la sentencia de la Audiencia de Barcelona para consumar sus propósitos criminales».

3. STS de 28 de noviembre de 2007, siendo ponente Xiol Ríos y la concurrencia de culpas y funciones del Notario como contrato de gestión: la naturaleza de la función notarial como profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario

El supuesto de hecho de la causa reside en la no inscripción ante la ausencia de acreditación, por parte de la compareciente, del régimen matrimonial de separación de bienes a que decía estar sujeta, y en la falta de diligencia del Notario, que ni advirtió de las consecuencias de la falta de inscripción, como en la desidia evidenciada en el transcurso de hasta cinco años para retirar la escritura del Registro.

El primero de sus fundamentos jurídicos sistematiza cuáles son los hechos relevantes: «1. La actora adquirió una finca el 5 de octubre de 1990. El 4 de octubre de 1991 se otorgó escritura de compraventa ante el notario demandado. 2. El notario autorizante de la escritura de compraventa recibió el encargo de gestionar la escritura, liquidar los impuestos correspondientes y ultimar los trámites necesarios para la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad. 3. A raíz de un juicio ejecutivo seguido al amparo de una póliza de préstamo suscrita por la vendedora, el 30 de noviembre de 1990, la finca fue adjudicada a un tercero el 12 de noviembre de 1996, con lo que la actora fue privada de su propiedad. 4. La escritura de compraventa había sido presentada a inscripción y liquidación en el Registro de la Propiedad el 7 de noviembre de 1991. La inscripción fue denegada ante la falta de aportación de capitulaciones matrimoniales, no se practicó anotación preventiva y no fue retirada hasta el 24 de diciembre de 1996. 5. En lo que aquí interesa, el Juzgado desestimó la demanda de responsabilidad civil dirigida contra el notario, fundándose en que en la escritura de compraventa se advertía a la compareciente que no acreditaba el extremo relativo al régimen matrimonial de separación de bienes a que decía estar sujeta y en que la misma tenía conocimiento de la necesidad de aportar el documento acreditativo del régimen matrimonial para inscribir la compraventa en el Registro de la Propiedad. Esta necesidad le fue comunicada por un tercero al conocer dicha circunstancia por la Notaría».

Si en primera instancia es desestimada la demanda, en apelación se revoca el anterior pronunciamiento y resulta condenado el Notario apreciándose también concurrencia de culpas con la demandante, al aplicarse la totalidad de los principios de la responsabilidad civil.

De modo que «la Audiencia condenó al notario demandado, rebajando la indemnización en un 50 por 100 por concurrencia de culpas con la de la demandante. 7. Se fundó en que: *a)* en la escritura pública de compraventa únicamente consta la advertencia de no acreditación del régimen económico matrimonial de la demandante, y la advertencia de la necesidad de su aportación, sin constancia de la información adicional asociada a la referida advertencia; *b)* únicamente se probó la existencia de requerimiento o requerimientos verbales a la demandada para aportación de documento acreditativo del régimen económico-matrimonial verificados indirectamente a través de personas ajenas a la Notaría con ocasión de comparecencias de la demandante en la inmobiliaria que intervino en la compraventa; *c)* existió falta de diligencia por el notario, que no se desvinculó en ningún momento del encargo, en la función de información y asesoramiento vinculada a la gestión de presentación a efectos de la inscripción en relación con el obstáculo existente tanto en el tiempo como en la forma y medios empleados como en el contenido de la información sobre las consecuencias jurídicas de la falta de inscripción; *d)* el personal de la Notaría incurrió en dilación en la retirada de la escritura (más de cinco años), lo que evidencia la desidia en el cumplimiento de la gestión».

Y en cuanto a la función notarial declara que «los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 de la Ley del Notariado). Su actuación presenta así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1.II del Reglamento de la Ley del Notariado: "son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho"). La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos y, parcialmente, en las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas. Cuando asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública (RDGRN de 16 de enero de 1996). Sus obligaciones se rigen, en este supuesto, por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable. El contrato en virtud del cual se obligan a realizar funciones profesionales de gestión ajenas a la fe pública puede revestir distinta naturaleza. Por lo general ofrece las características especiales propias de los contratos de gestión, que la jurisprudencia y la doctrina construyen acudiendo prioritariamente, según las circunstancias, a las figuras del mandato y del arrendamiento de servicios. Estos contratos, entre otros aspectos, se caracterizan por la relación de confianza que rige la relación entre el comitente y el gestor. El alcance de las obligaciones del notario deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no solo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104 I CC)».

Por tanto, «entre estas circunstancias figura de modo destacado el hecho de que, cuando se encomiendan al notario funciones de gestión de escrituras públicas, no se le encarga la gestión como notario, es decir, como funcionario público, pero sí como profesional del Derecho en quien concurre la condición de notario. En expresión de la RDGRN, de 16 de enero de 1996, "la actividad de tramitación es una actividad extranotarial, en el sentido de que no forma parte de la función notarial, ni puede formar parte de ella"; sin embargo, "al llevarla a cabo, el Notario no está actuando, desde luego, 'como Notario', pero sí lo está haciendo 'por ser Notario'". La doctrina ha destacado que, dentro del respeto a la autonomía de los colegios profesionales del Notariado, no es posible deslindar

aquellas reglas que afectan a la faceta profesional del notario de las que se refieren estrictamente a su faceta funcionarial, ya que este binomio conforma la esencia de la figura y requiere un tratamiento unitario. El ejercicio de una función pública es el fundamento de una mayor exigencia en el ejercicio profesional relacionado con aquella, aunque los aspectos de esta que no son privativos del ejercicio de la profesión notarial no están reglamentados, sino únicamente sometidos a la regulación corporativa de naturaleza colegial».

Lo anterior determinará «en suma, que el *grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse en su actividad profesional al margen de su función instrumental,* pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen».

En síntesis, «la jurisprudencia, en consonancia con estos principios, ha declarado la existencia de responsabilidad del notario cuando, por sí o por sus dependientes, incumple o cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, entendiendo que incurre en responsabilidad el notario que omite una *escrupulosa* supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa *in vigilando* [en la vigilancia] o, en otros términos, que el notario debe responder de aquellas incidencias que tengan su origen en relación con el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella en aras de la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones, y con todos sus efectos, la escritura pública que ha encargado (SSTS de 6 de junio de 2002 y la 19 de junio de 2003)».

En este sentido y directamente relacionado con la innegociable adopción de las cautelas debidas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 3 de febrero de 2012, correlaciona diligencia y nexo causal, revoca la resolución desestimatoria de instancia y ampara la pretensión del actor instada contra un notario en reclamación de una indemnización por negligencia profesional, en idéntico sentido al Tribunal Supremo (18).

Dice así: «De todo ello se desprende que la autoría del acto está clara y no discutida; que todavía se desconoce quien compareció ante el notario para instar la rectificación del número del DNI frente al que constaba en cuatro anteriores escrituras públicas otorgadas por el mismo; que la subsanación no afectaba a un simple dígito o alteración en su orden o en la letra de identificación, sino que fue total; que ello *le ha supuesto al demandante problemas y molestias personales, así como un quebranto económico, sobre cuya cuantía a continuación se argumentara; y que entre la actuación inicial y el perjuicio existe una adecuada relación de*

(18) Vid. STS de 5 de febrero de 2000, sobre el otorgamiento de escritura de poder sin intervención del poderdante, cuya personalidad suplantó su hermano, y la STS de 2 de diciembre de 1998, sobre conocimiento personal de otorgante de una escritura de poder que suplantó a otra exhibiendo un DNI falso.

causalidad. No cabe aducir que el notario fue a su vez víctima de un engaño propiciado por una trama fraudulenta o mediante la presentación de un documento de identidad falso, pues lo que civilmente se le reprocha es que se aviniera a rectificar o modificar el número de DNI que constaba en anteriores escrituras públicas en las que se debió cerciorar de la identidad del otorgante, sin en este último caso quedase constancia de la persona compareciente, previa identificación a su alcance y sin que se exponga la razón fundada del cambio de numeración, a salvo del reconocimiento del error propio padecido supuestamente con anterioridad. *Es por la ausencia de las cautelas en comprobación o consignación de los anteriores datos, por lo que se considera que existió actuar negligente* que conduce a la estimación del motivo del recurso analizado» (19).

4. STS de 6 de abril de 2009: Responsabilidad civil del notario como responsabilidad extracontractual y acreditación del nexo causal entre la actuación y el daño

De las distintas actuaciones del Notario, resulta también la diversa consideración de su responsabilidad que bien podrá calificarse de contractual cuanto extracontractual. En este sentido, ya se ha apuntado el consenso doctrinal y jurisprudencial reinante si se da el perjuicio de un tercero, de modo que en estos casos, la naturaleza de la obligación de resarcir ostenta la condición de extracontractual.

Y esta STS, de 6 de abril de 2009, tiene la virtud de caracterizar la conducta profesional del Notario actuante como negligente, de modo tal que si entre el daño y la acción u omisión concursa el debido nexo causal, procederá el resarcimiento del tercero perjudicado siempre y cuando exista daño o perjuicio.

Así dice: «A) Los motivos del recurso de casación plantean tres de los elementos cuya concurrencia es necesaria para la existencia de responsabilidad civil, a saber: *a)* la existencia de una conducta profesional negligente por parte de los demandados (motivos primero a quinto); *b)* la existencia de un daño resarcible (motivo séptimo); y *c)* la existencia de nexo de causalidad entre la primera y el segundo (motivo sexto). Como se verá seguidamente, sin necesidad de compartir las argumentaciones de la sentencia recurrida en relación con la falta de negligencia profesional, *advertimos que, en la hipótesis favorable a la concurrencia de este elemento, no se daría la existencia de un daño resarcible y, aun si este existiese, faltaría el nexo de causalidad entre la conducta negligente de los demandados y ese daño, y, por consiguiente, hemos de concluir que no procede la exigencia de responsabilidad civil*».

Sigue la sentencia declarando: «B) La demanda funda la responsabilidad patrimonial del notario y del registrador demandados en el hecho de haber autorizado e inscrito la segregación de una parte de la finca matriz gravada por una hipoteca cambiaria sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas el artículo 131.4.º LH , la cual no se arrastró a la porción segregada. Mantiene que así se causó un daño consistente en la alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en

(19) Así lo declaraba la STS de 11 de junio de 1988.

favor de los tenedores de las letras de cambio y, con ello, una disminución de la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca» (20).

«La sentencia recurrida niega la existencia de negligencia profesional fundándose en que, atendidas las circunstancias del caso y la posición de la doctrina y de

---

(20) La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia, fundándose, en síntesis, en que: «*a) la responsabilidad exigida es de carácter extracontractual en cuanto al notario, por ser el dañado un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura pública y, en cuanto al registrador, por tener este carácter la relación jurídica entre el solicitante y el Registrador de la Propiedad; b)* el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro, para lo cual la actora ha interpuesto demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación; y no puede exigirse responsabilidad profesional sin haber agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender una posición jurídica; *c)* para la exigencia de responsabilidad civil profesional del notario y del registrador no es suficiente una interpretación discutible de un precepto legal, sino que es necesario que se acredite la concurrencia de ignorancia o negligencia inexcusable, según los conocimientos que se presumen en dichos profesionales, que haya causado un perjuicio real y efectivo; *d)* la demanda se funda en que con la autorización de la escritura y con su inscripción se ha permitido una alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca como hipoteca cambiaria; pero esta afirmación carece de fundamento, pues: i) la calificación de la hipoteca como no cambiaria, en la que se fundaron el notario y el registrador para entender que bastaba el consentimiento del acreedor originario, tiene un sólido apoyo en las resoluciones de la DGRN, la cual, en resoluciones posteriores a la STS de 7 de junio de 1988, invocada por la parte actora, exige como requisito de la hipoteca cambiaria su constitución a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; ii) del FD primero de la STS, de 7 de junio de 1988, parece deducirse que la firma de la escritura y de las letras de cambio se hizo en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de las letras de cambio, expresión detallada de la garantía y constancia de que la hipoteca se constituía para asegurar el pago a la libradora; iii) la doctrina de la DGRN no cambió con la Resolución de 18 de diciembre de 1996, pues la Resolución de 31 de mayo de 2003 reproduce la doctrina de la Resolución de 14 de octubre de 1986; iv) en la escritura no se hace constar que la garantía se constituye a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras; v) no se dice en la escritura que el notario haya hecho constar en las letras de cambio garantizadas los datos de fecha y notario que autorizaba la escritura de constitución (art. 154, último párrafo, LH); vi) este requisito no aparecía cumplimentado al presentar la escritura a calificación, sino en fecha posterior; por lo que el registrador no pudo calificarla como hipoteca cambiaria; vii) en suma, la publicidad registral, que deriva de la inscripción de la hipoteca, no podía indicar, en ningún caso, que la hipoteca inscrita fuera cambiaria; viii) la nota marginal sobre expedición de certificación de cargas no paraliza las facultades de disposición del deudor ni produce el cierre registral y en la nota marginal no constaba que el Banco Europeo de Finanzas ejercitase su derecho como tenedor de las letras de cambio, por lo cual la carga de la nota marginal no debía ser arrastrada a la finca segregada; *e)* aun admitiendo que se tratara de una hipoteca cambiaria, no ha existido perjuicio real y efectivo según los artículos 227 RH, 131.17.ª LH y 155.2 y 2 LH, pues: i) la actora no inscribió el auto por el que se aprueba remate de la finca a su favor, la cual hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, ni solicitó que se liberase mandamiento de cancelación en el procedimiento número 123/1993; ii) su pasividad no puede justificarse por el temor a quedar subrogada en el débito personal; iii) tampoco puede aceptarse la existencia de riesgo de prescripción de la acción, pues el plazo no comienza a correr sino al año de ser conocidos los perjuicios causados; *f)* de la exigencia de inutilización de las letras de cambio para la inscripción de la escritura de cancelación parcial de 10 de marzo de 1998 parece deducirse que los demandados habían considerado en aquella ocasión la hipoteca como cambiaria, pero esto no impide un cambio posterior de criterio jurídico».

la jurisprudencia, no era manifiestamente improcedente entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria, sino ordinaria, y por consiguiente bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada, pues la interpretación contraria no se ofrecía con carácter indiscutible. En los cinco primeros motivos de casación, la parte recurrente combate esta apreciación fundándose en la calificación de la hipoteca como cambiaria a tenor de la jurisprudencia, dadas las circunstancias en que se constituyó, y en el hecho de haberse desconocido la evidencia registral de la existencia de un interesado en la ejecución hipotecaria distinto del acreedor hipotecario, que únicamente podía serlo por cesión del crédito. *Las alegaciones de la parte recurrente son suficientes para abrir la discusión sobre la posible existencia de una negligencia por parte de los profesionales demandados, habida cuenta de que la anotación preventiva obrante en el Registro ponía de manifiesto la existencia de un tercero aparentemente legitimado para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria* y, cuando menos, ofrecía dudas sobre el carácter cambiario o no de la hipoteca, para cuya cancelación parcial con anterioridad los mismos profesionales demandados, con distinto criterio jurídico según la sentencia recurrida, habían exigido la inutilización de las letras de cambio correspondientes. Sin embargo, como ha quedado dicho, no es menester resolver esta cuestión, habida cuenta de que, *de estimarse la existencia de una negligencia profesional, faltaría el requisito de la existencia de un daño, y, en todo caso, el nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y ese daño*».

«C) La sentencia recurrida rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, pues sostiene que la parte recurrente, que tiene pendiente en el momento de iniciarse este proceso una demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación, no ha agotado las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para defender su posición jurídica, y que el principio de legitimación registral impide entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro. Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible. La STS de 18 de mayo de 2006, declara, en efecto, en un supuesto de responsabilidad del registrador por indebida cancelación de una anotación preventiva de embargo, que «[e]l daño [...] se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral [...]».

Pese a la sentencia de contraste, el ponente reitera la falta de cumplimiento de los elementos necesarios y preceptivos para que pueda ser apreciada responsabilidad alguna.

Y en este sentido advierte que: «sin embargo, el supuesto examinado en este proceso no es comparable, pues en él no se ha producido la cancelación de la nota marginal de petición de certificación del artículo 131.4.º LH, sino que se ha autorizado la inscripción de una segregación que pudiera ser nula. En este caso la disminución de la garantía que pudiera originar la segregación de una parte de la finca hipotecada como libre de cargas sería susceptible de ser eliminada mediante la declaración de nulidad de la segregación y de la inscripción y su cancelación, que comportaría el reintegro de la totalidad del inmueble a su situación original, por lo que, como la sentencia recurrida acertadamente declara,

no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener aquellos pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción. Esta, en tanto no sea anulada, goza de la presunción de legitimidad. Solo así podrá advertirse si, como consecuencia de los efectos de la protección registral indebidamente prestada a un negocio nulo, la garantía hipotecaria puede haber resultado efectivamente disminuida. C) Finalmente, esta Sala no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del notario y del registrador, los cuales, respectivamente, autorizaron e inscribieron la segregación y el daño causado, en la hipótesis de que se admitiese su existencia».

Se detiene el Ponente en distintas consideraciones sobre el nexo causal ya que, a su juicio, «no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico, atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva. En el caso examinado se observa que *los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al notario y al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que pudieron haber incurrido*. Uno de estos criterios, en efecto, es el de la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Aplicando este criterio se advierte que se interfirió de manera relevante en el proceso causal del posible perjuicio la conducta de la actora. Esta, en primer término, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del registrador). Resulta evidente que, de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al Registro y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación llevada a cabo, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor. Esta inscripción, como pone de manifiesto la sentencia recurrida, hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librase mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la generación de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada, como la sentencia recurrida afirma, por el temor a quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo».

En suma, «la aplicación de este criterio lleva a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del notario y del registrador demandados no podía comprender los eventuales efectos dañosos derivados de la disminución de la garantía hipotecaria anudada a la autorización e inscripción de una segregación de parte de la finca hipotecada (que la parte recurrente ha impugnado como nula por no contar con su intervención), pues esa inscripción no hubiera podido practicarse si la parte afectada hubiera inscrito a su favor la titularidad del derecho hipotecario y la titularidad de la finca mediante los títulos de que respectivamente disponía».

III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO Y LA UNIDAD DE CULPA CIVIL: NEGLIGENCIA PROFESIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE UNA SUBASTA NOTARIAL. LA STS DE 9 DE MARZO DE 2012, SIENDO PONENTE XIOL RÍOS

La resolución que se trae ahora a examen, tiene la doble cualidad de ventilar una subasta notarial de prenda —que en contadas ocasiones visita el alto Tribunal—, cuanto reiterar que al margen de la naturaleza imputable a la actuación profesional del notario, es de aplicación plena el principio de unidad de culpa civil.

Es el Ponente XIOL RÍOS el que elabora el siguiente resumen de antecedentes: «1. La entidad demandante interpuso demanda en la que ejercitó una acción de responsabilidad civil profesional contra los notarios demandados, a quienes atribuyó una actuación negligente que causó perjuicios a la demandante, por haber autorizado la subasta de unos contenedores propiedad de la demandante, posteriormente declarada nula en un proceso judicial. Las subastas notariales se celebraron en el año 2001. 2. Los notarios demandados se opusieron a la demanda. Negaron la existencia de negligencia y la relación de causalidad entre su actuación en la subasta y los daños reclamados. 3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Declaró determinante de la negligencia de los notarios el incumplimiento inexcusable por parte de los notarios de uno de los requisitos de la subasta, el consistente en la comunicación de la subasta a la propietaria de los contenedores [la demandante], dado que los notarios tenían a su disposición una relación de los contenedores con la identificación que en el BIC les asocia a la demandante, y este dato obligaba a los notarios demandados a efectuar la comunicación de la subasta a la propietaria, y declaró la existencia de relación de causalidad entre la actuación negligente de los notarios y los perjuicios reclamados, fijando la indemnización debida a la demandante. 4. La sentencia de primera instancia fue apelada por los notarios demandados y se impugnó por la demandante. En lo que interesa para el recurso, los notarios demandados plantearon en el recurso de apelación tres motivos: 1.º sobre la inexistencia de negligencia de los demandados, 2.º sobre la inexistencia de relación de causalidad entre la actuación de los demandados en las subastas de los contenedores y los perjuicios reclamados, y 3.º sobre la improcedente fijación del día final del cómputo del lucro cesante. 5. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la estimación parcial de la demanda. Declaró que: i) las cuestiones planteadas en el recurso de apelación como motivos 1.º y 3.º no fueron alegadas en el escrito de contestación a la demanda, por lo que son argumentaciones novedosas y extemporáneas que no deben examinarse en virtud del principio de preclusión de alegaciones y por aplicación del principio *pendente appellatione, nihil innovetur* [nada puede renovarse mientras está pendiente la apelación], y ii) se examina el motivo 2.º planteado en la apelación, que se desestima. Esta sentencia desestimó la impugnación de la sentencia de primera instancia formulada por la demandante inicialmente parte apelada. 6. La representación procesal de los demandados ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de segunda instancia, que ha sido admitido» (21).

---

(21) SAP de Navarra, de 13 de noviembre de 2001: Unidad de culpa civil: la responsabilidad civil extracontractual del Notario y contractual del abogado demandados: A juicio de la sentencia y con independencia de que pueda hablarse, desde la perspectiva de los actores «más propiamente dicho de responsabilidad contractual respecto del Letrado, y subsidiariamente de responsabilidad extracontractual, mientras que del notario más bien

IV. LA ENAJENACIÓN DE LA PRENDA EN SUBASTA NOTARIAL: LA CITACIÓN DEL DEUDOR Y DEL DUEÑO DE LA PRENDA COMO REQUISITOS DE LEGALIDAD

1. El procedimiento del artículo 1872 del Código Civil: la enajenación de la prenda

Como decíamos al traer a colación la STS de 9 de marzo de 2012, ventila un asunto en el que tiene lugar la enajenación de una prenda, sin que el notario autorizante haya recabado los datos preceptivos para dicha ejecución.

En su virtud, procede, a renglón seguido, analizar este procedimiento escuetamente dispuesto en el artículo 1872 del Código Civil, «el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio».

Este precepto contiene un procedimiento especial de realización aplicable a la prenda ordinaria (22) y que permite al acreedor, cuyo crédito no hubiese sido satisfecho, proceder a la enajenación de la prenda ante Notario y en pública subasta.

La realización notarial de la prenda que recoge nuestro Código Civil desde hace más de un siglo no tiene precedentes en nuestro Derecho Histórico. Las Partidas, vigentes en la materia hasta la entrada en vigor del Código Civil, no contenían referencia alguna a la subasta notarial, limitándose a disponer que la venta se hiciese en almoneda pública y previo requerimiento (23).

Idéntica previsión hacía el proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1775 determinaba que la enajenación se llevase a cabo en pública subasta, aclarando García Goyena que «la venta o adjudicación deben ser judiciales», para evitar posibles abusos en perjuicio de otros acreedores y del propio deudor. Sin embargo, ya se aprecia en este autor cierta preocupación ante la complejidad y el costo de la enajenación por vía judicial, aunque a la postre rechace la posibilidad de excepciones y reclame que el proceso sea lo más simple y lo menos costoso posible.

Por tanto y sin antecedentes directos, el Código Civil introdujo la intervención del Notario en la enajenación, lo que permitía al acreedor insatisfecho optar por la realización de la prenda a través de un proceso judicial o bien por un procedimiento extrajudicial ante Notario, más rápido y sencillo pero no por ello exento de garantías. Esta posibilidad supuso en su momento, y todavía hoy,

---

nos moveríamos en el campo de esta última responsabilidad, la cuestión es ciertamente intrascendente, pues se han ejercitado ambas acciones, lo que viene siendo admitido por la jurisprudencia, con base en la llamada unidad de la culpa civil (STS de 1-2-1994, 28-6-1997, 15-6-1996 y 29-11-1994)».

(22) Queda expresamente excluida la ejecución de la prenda de valores cotizables, para cuya enajenación forzosa se remite en especial el precepto al régimen del Código de Comercio. Procede su aplicación a la prenda de cosas muebles y derechos reales mobiliarios, prenda de créditos y prenda sobre acciones no admitidas a negociación en un mercado secundario oficial.

(23) Vid. Leyes 41 y 42, título 13, part. 5.ª

el reconocimiento de la idea de justicia privada, siempre y cuando se haga una escrupulosa observancia de los límites establecidos legalmente (24).

La intervención del Notario en el procedimiento no es de mera percepción, como parece indicar la expresión «por ante Notario», sino de control de la corrección y legalidad de la enajenación. El Notario no actúa como un mero testigo más o menos cualificado, pero tampoco lo hace en sustitución del Juez, al que corresponde en exclusiva la declaración de los derechos controvertidos y la ejecución forzosa de las obligaciones. Más bien la actuación notarial se encamina a velar por el normal y correcto ejercicio extrajudicial de una facultad inherente al derecho del acreedor prendario: el ejercicio del *ius distrahendi*. Su papel, en definitiva, consiste en cuidar de la legalidad del acto y evitar posibles abusos (25).

En consecuencia, la parquedad del artículo 1872 sobre la regulación del procedimiento notarial de realización, llega hasta el extremo de ser insuficiente en su regulación legal. Se limita a establecer que la subasta ha de ser pública y notarial, con citación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda, y que si la primera subasta resulta desierta, puede celebrarse una segunda, que si tampoco da resultado permite al acreedor adjudicarse la propiedad de la prenda dando carta de pago de la totalidad del crédito. Pero omite cuestiones tan importantes como el Notario competente para llevar a cabo la subasta, los requisitos y formalidades de la misma, la liquidez del derecho de crédito reclamado, el avalúo de los bienes o la distribución de responsabilidad en caso de pluralidad de cosas pignoradas. Este vacío legal hay que llenarlo de algún modo. El Tribunal Supremo y la doctrina científica no se han ocupado excesivamente del tema, quizá porque hasta hace poco la prenda apenas se había utilizado como instrumento habitual de garantía, consecuencia lógica del escaso valor que en nuestro Derecho Histórico se atribuye a los bienes muebles y que se manifiesta en el viejo brocardo *res mobilis res vilis*. Sin embargo, en los últimos tiempos se observa cómo cada vez es más frecuente utilizar la prenda para asegurar obligaciones contractuales, sobre todo la prenda de depósitos bancarios, la prenda de acciones o valores no admitidos a cotización oficial, y la de participaciones sociales.

Ante esta situación parece necesario integrar su régimen legal, ya sea por la vía contractual en el momento de la constitución de la prenda (26), ya a través de la aplicación analógica de otras normas jurídicas. En su momento, la STS de 21 de noviembre de 2000, se decantó por la aplicación analógica al reconocer que ni en el artículo 1872 del Código Civil ni en ningún otro texto legal se establecen los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública ante notario, «por lo que

---

(24) Sobre procedimientos extrajudiciales y autoridad privada, LAVANDERA advierte que «los procedimientos extrajudiciales de la *manus injectio* y *pignoris capio* autorizaban a los acreedores para coger bienes en prenda de sus deudores hasta en su ausencia, persiguiendo la realización de su derecho y exponiéndose a daños serios cuando los empleaban indebidamente. Procedimiento de obrar en justicia con formas legales, iniciando vías de ejecución al sancionar los créditos, que de otro modo debía ser precedido de un verdadero proceso» («Procedimientos notariales», en *RDP*, 1919, pág. 74).

(25) En este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ ADRADOS y HUERTA TRÓLEZ (vid., respectivamente, «Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios», en *Escritos Jurídicos*, vol. IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 238; «Ejecución notarial de la prenda», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXVIII, Madrid, pág. 146).

(26) En la práctica es usual que los intervinientes en un contrato de prenda lo lleven a efecto incluyendo ciertas estipulaciones, entre las que recoge la relativa al modo de realización de la prenda.

es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudirse a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado del artículo 1872 del Código Civil».

2. El derecho de realización del valor del acreedor pignoraticio: facultad dimanante del derecho real limitado

La facultad de realizar la prenda forma parte del contenido esencial e indisponible del derecho del acreedor pignoraticio y no necesita de intermediarios para efectuarla porque, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ejecutivo, ostenta su derecho desde el momento mismo de la constitución de la prenda para el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada.

En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercitar el *ius distrahendi* acudiendo al procedimiento que le brinda el Código Civil sin necesidad de proceso. Por tanto, nos encontramos ante un «procedimiento sin proceso» (27), en el que la oposición de los intereses en juego impone que la enajenación unilateral por parte del acreedor quede sujeta a unos requisitos mínimos: subasta pública, intervención notarial, citación al deudor y al dueño de la prenda; insuficientes a todas luces pero que nos sirven para poder afirmar que la facultad del acreedor de enajenar la prenda no es sustancialmente de naturaleza procesal, sino que se trata de una facultad inherente a su derecho subjetivo.

Como consecuencia de lo expuesto, no serán aplicables en principio a la subasta notarial del artículo 1872 del Código Civil las normas que sobre el procedimiento de apremio establece la LEC (28). Si la enajenación de la prenda no tiene naturaleza procesal, es evidente que no resultan adecuadas las disposiciones de esta Ley sobre avalúo, nombramiento de peritos, publicación, plazos, consignación, etc.

Por otro lado, si la realización de la prenda no es más que la manifestación del ejercicio normal del *ius distrahendi* como facultad del acreedor, ¿podrían las partes modificar o suprimir algunos de los requisitos del artículo 1872 del Código Civil? Entendemos que la naturaleza de los requisitos del artículo 1872 es imperativa. La intervención del Notario es imprescindible (29), ya que no solo garantiza los derechos de todos los interesados, sino que también ejerce un control de la legalidad del acto que no puede quedar al arbitrio de las partes ni mucho menos al de una de ellas, el acreedor. El requisito de la citación previa al deudor y al dueño de la prenda es esencial para evitar la indefensión del deudor o, en su caso, del dueño de la prenda; por lo que no puede excluirse ni modalizarse mediante pacto. Por último, tampoco es posible reducir a una el

(27) Vid. Lavandera, *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.

(28) Vid. artículos 634 y sigs. LEC 1/2000, y artículo 1481 y sigs. LEC de 1881.

(29) La LEC 1/2000, de 7 de enero, autoriza en su artículo 641 la realización por persona o entidad especializada y conocedora del mercado, y en quien concurran los requisitos legalmente establecidos para operar en el mercado de que se trate. Posibilidad que no consideramos trasladable a la realización extrajudicial de la prenda, ya que se exige la previa petición al tribunal, siendo este el que tras examinar que en la persona concurren los requisitos exigidos acordará la realización por dicha persona o entidad especializada. Mientras que en la enajenación extrajudicial, ¿quién examinaría la actitud de dicho sujeto, el acreedor o el deudor? No nos parece, pues, viable.

número de subastas, pues teniendo el acreedor la posibilidad de hacer suya la prenda dando carta de pago si la segunda subasta queda desierta, esta facultad tan cercana al comiso solamente se justifica después de haber agotado todos los medios posibles de realización del valor de la prenda.

En resumen: los requisitos del artículo 1872 del Código Civil son de derecho necesario y quedan excluidos del marco convencional. Al margen de ellos, la autonomía privada es muy amplia para colmar las lagunas de la ley (30). Distinguimos entre los requisitos del artículo 1872 —que son de derecho necesario— y la facultad concedida por dicho artículo que puede ser dispositiva. Es decir, las partes podrán pactar otro procedimiento de realización extrajudicial siempre que no contravenga normas imperativas. Pero una vez que ha optado por el procedimiento del artículo 1872, sus requisitos son de obligado cumplimiento. Así lo reconoce la STS de 26 de diciembre de 1995, al señalar que «el término "podrá" del artículo 1872 del Código Civil quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que el precepto establece, pudiendo prescindir de él sin abandonar sus derechos a la prenda (...) más en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda deberá seguir el procedimiento del citado artículo 1872».

3. Elementos integradores del contrato de prenda y de sus facultades: la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000

Lo ideal sería que el contrato de prenda regulara todas las circunstancias sobre las que no se pronuncia el Código Civil, pero de no hacerlo, ¿cómo colmar esas lagunas? Para completar e integrar el vacío legal, algunos autores se inclinan por la aplicación analógica de otras normas con carácter supletorio. Así, para Miralles González (31), el procedimiento del artículo 1872 se debe integrar con las normas del Reglamento Hipotecario sobre la ejecución extrajudicial de la hipoteca (arts. 234 a 236). Sin embargo, esta solución fue censurada por el Tribunal Supremo que en sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 declara la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Otros autores (32) entienden que en los extremos no contemplados en el Código Civil deben considerarse de aplicación supletoria las normas de la LEC sobre el procedimiento de apremio (33) (arts. 1.481 y sigs. LEC 1881, y a partir del 8 de enero de 2001 los arts. 634 y sigs. de la nueva LEC), o del de ejecución extra-

(30) Vid. Huerta Trólez, *ob. cit.*, pág. 161.

(31) Vid. Miralles González, «Realización coactiva...», *ob. cit.*, pág. 52.

(32) Cfr. Reglero Campos, «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 1, *Garantías mobiliarias*, Madrid, 1996, pág. 453; y Salinas Adelantado, *ob. cit.*, pág. 383.

(33) Colom y Beneito, a principios del siglo XX, en 1901, recién promulgado el Código Civil, al interpretar el artículo 1872 entiende que sus lagunas hay que integrarlas con las disposiciones de la LEC, y dice que «las leyes se completan unas a otras, y además al Código Civil le incumbe solo fijar los principios generales del derecho; la manera práctica de realizarlos corresponde a la ley de procedimientos. En términos jurídicos, diríamos, es el Código una ley sustantiva que necesita de reglamentos, o sea, leyes adjetivas, que señalen el procedimiento que debe seguirse» (cfr. Colom y Beneito, *Tratado del préstamo*, Madrid, 1901, pág. 177).

judicial de la hipoteca mobiliaria (arts. 86 a 88 LHMPSD), pero no las relativas a la ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento de la posesión en cuanto que su normativa se remite al propio artículo 1872 del Código Civil (34).

Todas estas soluciones —salvo la remisión a las normas del Reglamento Hipotecario sobre ejecución extrajudicial de la hipoteca por las razones antes indicadas— podrán servirnos para la integración del artículo 1872 del Código Civil, pero con la siguiente salvedad: es cierto que las disposiciones vigentes para otros procedimientos extrajudiciales de ejecución e incluso las de la nueva LEC (arts. 681 a 698) pueden servir de pauta para seguir sus criterios y adoptar sus soluciones, pero eso es distinto de predicar una aplicación supletoria que las convertiría en normas imperativamente aplicables en defecto de pactos contractuales. Por ello, entendemos que el verdadero elemento integrador del artículo 1872 del Código Civil lo constituye la «voluntad de las partes» contenida en el contrato de prenda. Siempre prevalecerá lo establecido por las partes, quienes pueden trasladar el régimen de cualquiera de los procedimientos extrajudiciales de realización a la prenda por remisión o por reproducción atemperada de ese régimen en su título constitutivo.

A falta de pactos contractuales sobre la realización, consideramos que hay que atenerse, en primer lugar, a los requisitos imperativos del artículo 1872 del Código Civil, aplicando en lo no previsto las normas de la legislación notarial (en concreto del Reglamento Notarial) reguladoras del instrumento público (35) —actas notariales y escrituras—, así como las de la nueva LEC, reguladoras de «Las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados», —arts. 681 a 698, que en última instancia remiten a los arts. 634 y siguientes que contienen las disposiciones generales para la realización de los bienes embargados—. Todo ello, sin perjuicio que el Notario pueda inspirarse y tomar como elemento de referencia algunas de las disposiciones de los procedimientos extrajudiciales de realización existentes en nuestro ordenamiento, como es el caso del procedimiento previsto en el antiguo artículo 14 de la Ley catalana de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, y actual 569.8 y siguientes del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.

4. La subasta pública y la preceptiva citación del deudor y del dueño de la prenda: requisitos de legalidad indisponibles y control de legalidad notarial

La realización extrajudicial de la prenda habrá de efectuarse «por ante Notario», en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda, en su caso. Estos son los únicos requisitos de legalidad exigidos por el artículo 1872 y que, como antes hemos señalado, no pueden alterarse por pacto entre las partes.

---

(34) El artículo 94.4 LHMPSD dispone que «si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de estos en la forma prevenida en el artículo 1872 del Código Civil».

(35) El Reglamento Notarial no regula expresamente el acta de subasta, por lo que habrá que acudir a los preceptos generales sobre actas y en especial a las de presencia, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de agosto de 1995, «las subastas públicas y notariales no están especialmente reguladas en el Reglamento, por lo que habrá que atender a los preceptos generales sobre actas y en especial a las de presencia, con arreglo a las cuales el notario deberá consignar los hechos y circunstancias que presencie relativos al acto de que se trate, así como los hechos e incidencias ocurridas que puedan ser productores de efectos jurídicos».

Al Notario le corresponde la garantía y control de la legalidad del acto y siendo su competencia «exclusiva», serán nulas las enajenaciones efectuadas si se prescinde de su intervención (36). Esto es así porque el artículo 1872 confiere al Notario de manera expresa y exclusiva esta potestad y porque la autorización de actas y la realización de notificaciones son funciones exclusivas del Notario; criterio seguido en su momento por la Ley catalana de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble al disponer en su artículo 14 que la enajenación del objeto pignorado podrá efectuarse por «subasta pública notarial».

El procedimiento deberá llevarse a cabo por notario hábil para actuar en el lugar pactado para la celebración de la subasta, y, en defecto de pacto, HUERTA TRÓLEZ (37) entiende que rige el principio de libre elección del Notario; de modo que es competente el del domicilio del deudor, el del lugar en que se hallen las cosas pignoradas y cualquier otro que guarde relación o conexión razonable con los sujetos o el objeto de la prenda, como puede ser el del domicilio de la sociedad en el supuesto de prenda sobre acciones o participaciones sociales, o incluso el señalado como lugar de pago o cumplimiento de la obligación garantizada.

El legitimado para iniciar el procedimiento es el acreedor pignoraticio a quien no se le hubiere satisfecho su crédito (38), quien no necesita requerir previamente de pago al deudor, pues puede instarlo a partir del momento en que la obligación esté vencida (39), siendo indiferente en principio que la prenda esté constituida en documento público o privado, ya que no se establece forma documental alguna como requisito de validez —salvo en la prenda de participaciones sociales—, exigiendo el artículo 1865 del Código Civil solo que la certeza de la fecha conste por instrumento público para que surta efectos frente a terceros.

Pero en la práctica, si la prenda no consta en documento público, el deudor o dueño de la prenda, una vez notificado, podría aplicar la falsedad o inexistencia del documento constitutivo; además la ausencia de instrumento público podría perjudicar a la persona que adquiera en subasta la cosa pignorada, ya que pueden existir otros acreedores del deudor con derecho preferente respecto de los cuales la prenda no sería eficaz en virtud de lo dispuesto en el artículo 1865 del Código Civil. Por todo ello, dado el cuantioso número de problemas

---

(36) Téngase en cuenta que tras la controvertida unificación de funciones de notarios y corredores de comercio, estos últimos tendrán también competencia funcional en esta materia. Vid. Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que prevé en su Disposición Adicional vigésimo cuarta la integración en un solo cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados. El Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, tenía por objeto la adopción de las medidas estrictamente necesarias y de carácter urgente para la efectividad de la integración de dichos cuerpos, y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de septiembre de 2000, cuya finalidad es abordar las cuestiones prácticas que surgen por razón de la integración de ambos cuerpos, proporcionando un criterio uniforme y acorde con la legalidad vigente en todo el territorio nacional.

(37) HUERTA TRÓLEZ, *ob. cit.*, pág. 164.

(38) En cuanto a la prescripción de la acción para instar el procedimiento del artículo 1872 del Código Civil, al no tener señalado plazo especial, será de aplicación el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil con independencia del plazo de prescripción de la acción para exigir la obligación garantizada (vid. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* XXV, 2.º, Madrid, 1994, págs. 209 y sigs.).

(39) En nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, el acreedor no está obligado a instar la venta llegado el vencimiento de la obligación, por lo que no es exacto estimar que aquel puede incurrir en mora (vid. GUILARTE ZAPATERO, *ob. cit.*, pág. 461).

que puede plantear no parece aconsejable la enajenación notarial de la prenda que no conste en documento público.

5. Notificación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda: requerimiento notarial de pago como mera notificación de la existencia del procedimiento de subasta notarial

La citación al deudor y, en su caso, al dueño de la prenda si es persona distinta, tiene como finalidad ponerles en conocimiento de la venta instada y que puedan actuar como estimen conveniente en defensa de sus intereses (40), sin que se trate de un requerimiento de pago. No obstante, hemos de señalar que en la práctica notarial es habitual y nada impide que la notificación al deudor del inicio del procedimiento tenga también el valor de requerimiento de pago a los efectos de su posible constitución en mora. La citación debe de hacerse de un modo cierto, ya ante testigos o recogiendo la firma de los citados; pero lo más seguro es efectuarla por acta notarial (41), en el domicilio pactado y en ausencia de pacto en el que figure como domicilio del deudor y del pignorante. En defecto de domicilio efectivo, la citación se verificará mediante edicto en el Boletín Oficial del Estado (42).

El contenido de la citación es el de una mera notificación de la existencia del procedimiento y, por tanto, de la subasta, señalando el lugar, día y hora de su celebración. Durante el periodo que media entre las citaciones y el momento de la subasta, el deudor o dueño de la prenda puede: no hacer nada, en cuyo caso transcurrido el plazo se procederá a la subasta; pagar el crédito, extinguiéndose la prenda (43); u oponerse a la celebración del procedimiento interponiendo las excepciones personales o reales que considere procedentes. Adicionalmente, cabe excepcionar: el deudor propietario, el propietario dador no deudor e incluso el propietario no deudor ni dador, oponiendo y demostrando su derecho, ya que este último, si no acciona en este momento paralizando la ejecución, perderá la posibilidad de hacerlo con éxito en el futuro.

Por el hecho de ser subasta pública y cosa mueble, la adjudicación o venta que se produzca devendrá irrevocable (cfr. art. 464.2 CC). El deudor puede alegar la subsistencia y exigibilidad del crédito y el propietario de la prenda, además, cualquier excepción relativa a la misma o al crédito garantizado. Es evidente que el sujeto adecuado para apreciar las excepciones, ya sean personales o reales,

---

(40) En otros ordenamientos también se exige esta citación. Así, el parágrafo 1234 BGB: «El acreedor prendario ha de conminar al propietario con la venta de antemano y señalar en ello la suma de dinero en cuya virtud debe tener lugar la venta. La conminación solo puede realizarse después de la producción de la autorización de venta; puede omitirse si es irrealizable. La venta no puede realizarse antes del transcurso de un mes después de la conminación. Si la conminación es irrealizable, se computa el mes desde la producción de la autorización de venta».

(41) Vid. Colom y Beneito, *ob. cit.*, pág. 177.

(42) Vid. artículos 202 y sigs. del Reglamento Notarial, relativos a las actas de notificación y requerimiento.

(43) Para que este efecto se produzca es preciso que se acredite ante el notario el hecho del pago, ya sea por reconocimiento del acreedor, ya por consignación efectuada en la forma establecida por el artículo 1178 del Código Civil. El depósito notarial solo servirá como ofrecimiento de pago, pero carece de valor solutorio.

no es el notario ya que carece de *imperium* y de facultades jurisdiccionales para resolverlas, por lo que estas solo podrán ser apreciadas judicialmente (44).

En cuanto al momento para efectuar el pago o, en su caso, la oposición, será el que medie entre la citación y la subasta. ¿Pero cuál es su duración? Ante el silencio del Código Civil, de nuevo es preciso acudir a la integración analógica: para SALINAS (45) será el mínimo de cinco días hábiles y máximo de quince que establecía el artículo 14.4 de la Ley catalana de Garantías Posesorias; para MIRALLES (46) es aplicable el plazo de treinta días que establece el artículo 235 RH para el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Pero por las razones antes indicadas de inconstitucionalidad de este artículo, nos parece más conveniente acudir al plazo igualmente de treinta días desde las notificaciones que establece la nueva LEC para el procedimiento de ejecución de bienes pignorados o hipotecados (art. 691).

En caso de oposición se suspenderá el procedimiento de realización notarial, pero lo que no está tan claro es la clase de oposición que debe producirla. La Ley catalana sí prevé la oposición judicial como causa para interrumpir el procedimiento, pero no aclara que debe entenderse por tal. Esta incógnita nos la despeja la LEC 1/2000, de 7 de enero, que permite al deudor formular oposición, por motivos tasados, pudiéndose distinguir entre:

— Motivos procesales o formales (art. 562).
— Motivos de fondo (art. 695).

Estos últimos son los que a nosotros nos interesan, en cuanto podrían aplicarse por analogía al procedimiento que estamos estudiando, y son los siguientes:

1.º Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación expresiva de la cancelación de la prenda sin desplazamiento o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.
2.º Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado.
3.º Si fueren bienes muebles sujetos a prenda sin desplazamiento, podrá alegarse la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o embargo, si estuvieren inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

Estas causas de oposición suspenden la ejecución. Por tanto, procederá la suspensión de la realización notarial de la prenda si el deudor o el dueño de la cosa pignorada acreditan al Notario haber entablado demanda en juicio declarativo por alguno de los motivos señalados; y la interrupción cesará, continuando el procedimiento, cuando recaiga sentencia firme desestimatoria.

(44) Cfr. MIRALLES GONZÁLEZ, «Realización coactiva...», *ob. cit.*, pág. 52.
(45) SALINAS ADELANTADO, «El régimen jurídico de valores negociables», *ob. cit.*, pág. 384.
(46) MIRALLES GONZÁLEZ, *ibidem*, pág. 52.

6. Subasta notarial y aplicabilidad del régimen ordinario de subasta de bienes muebles para la realización de objetos pignorados

Convocada la subasta, el sujeto legitimado para realizarla es el acreedor pignoraticio y ello en virtud del derecho que le otorga el artículo 1872 del Código Civil. La subasta ha de ser pública, lo que implica, en primer lugar, que cualquier persona puede concurrir como licitador, incluido el propio acreedor (47) y el dueño de la cosa pignorada si es persona distinta del deudor. Y en segundo lugar, que la subasta debe ser publicada de forma suficiente para que todos tengan conocimiento de ella y puedan obtener el máximo precio posible.

Ante la parquedad de la regulación del Código Civil hemos de acudir nuevamente a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, siendo aplicables, en nuestra opinión, las normas generales de la subasta de bienes muebles para la realización de objetos pignorados (art. 694 en relación con los arts. 645 y sigs. LEC) y que resumimos a continuación:

— A toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar: publicación en el Boletín Oficial de la Provincia o en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia donde tenga lugar la subasta.
— El edicto deberá contener pliego con todas las condiciones de la subasta, generales y particulares, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la misma (cfr. art. 646 LEC). En concreto, descripción suficiente del objeto de la subasta, día, hora y lugar de la celebración, tipo que sirva de base a la misma, así como las condiciones para la celebración de la segunda subasta en caso de resultar desierta la primera.
— El valor de los bienes para la subasta será el fijado en la escritura o póliza de constitución de la prenda, y si no se hubiese señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas.

En definitiva, las partes en la escritura de constitución de la prenda pueden establecer una cantidad fija que sirva de tipo en la subasta, un sistema de tasación previo, o bien que las subastas se celebren sin sujeción a tipo. A falta de pacto, aplicaremos el artículo 694 de la nueva LEC, sustituyendo la referencia a las costas por cualquier otro gasto que haya tenido el acreedor. Fracasada la primera subasta puede realizarse una segunda con iguales formalidades, siendo su celebración potestativa del acreedor, el cuál puede instarla o dar por concluido el procedimiento. En cambio, la segunda es requisito necesario para que el acreedor pueda hacer suya la prenda dando carta de pago de la totalidad de su

(47) En el Derecho español no está prohibida la concurrencia del acreedor pignoraticio a la subasta de la prenda en iguales condiciones que cualquier otro licitador, y en el caso de concurrir y ser adjudicatario como mejor o único postor no está obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. En cuanto al pacto autorizando al acreedor con prenda a concurrir a la subasta de esta en iguales condiciones que cualquier otro postor, Martínez Ruiz reconoce que en nuestro Código Civil no hay precepto permisivo ni prohibitivo, lo que puede atribuirse «a no haber creído el legislador que fuera preciso conceder expresamente lo que no hay motivo alguno para negar» [vid., Aguilar, «Sobre el artículo 1872 del Código Civil». Nota bibliográfica de la publicación de los señores Rosales y Lavedan acerca de los dictámenes de Valverde, De Diego y Martínez Ruiz sobre el artículo 1872 del Código Civil, en *RDP,* tomo XIII (enero-diciembre), 1926, págs. 378 a 379].

crédito (cfr. art. 1872.1 *in fine* CC), pues como señaló la STS de 6 de febrero de 1931, la celebración de dos subastas es imprescindible para que proceda esta solución (48).

7. Conclusión del procedimiento

Celebrada la segunda subasta, concluirá el procedimiento con alguno de los siguientes resultados:

1.º Adquisición del objeto pignorado por alguno de los licitadores, incluso por el propio acreedor.
2.º Adjudicación al acreedor.
3.º Imposibilidad de la enajenación por falta de licitadores y por no convenirle la licitación al acreedor.

En el primer caso, no siendo el acreedor el adjudicatario de la cosa pignorada, se cobrará su crédito del importe más los intereses si fueron pactados y las expensas previstas en el artículo 1867 del Código Civil, entregándose el remanente si existiera, al constituyente de la prenda. Si el rematante fuera el acreedor, deberá abonar la parte del precio que exceda de las cantidades que se le deben. Si resultara ser la cantidad por la que se le adjudica la cosa inferior a las cantidades que se le adeudan, conservará una acción personal por la diferencia (49).

No existiendo licitadores, es decir, quedando desiertas las subastas preceptivas, el acreedor está facultado para adjudicarse la prenda y hacerse dueño de la misma con la obligación de dar carta de pago por la totalidad de su crédito (50). Por último, si la subasta se declara desierta y el acreedor no se adjudica la cosa, la prenda seguirá viva pudiendo el acreedor pignoraticio ejercitar la acción personal que le corresponda para cobrar su crédito.

---

(48) STS de 6 de febrero de 1931, en la que se declara que «este artículo si bien autoriza al acreedor para hacerse dueño de la prenda con obligación de dar carta de pago de la totalidad de su crédito, exige, para que así ocurra, que antes se haya procedido a la enajenación de la misma ante Notario, que había de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de aquella en su caso, otorgándole la referida facultad cuando hubiera sido celebrada por dos veces sin resultado, precepto que si constituye derecho concedido al acreedor, es también garantía del deudor que no puede perderla por la sola voluntad de aquel (...)».

(49) Vid. Guilarte Zapatero, *ob. cit.*, pág. 462; y Miralles González, *ob. cit.*, pág. 342, quien prevé la posibilidad de la adjudicación de la cosa pignorada por el deudor no propietario, esto es, el pignorante, en base a que no está prohibido en nuestra legislación, es más, el artículo 235 RH parece que admite la posibilidad de que mejore postura. Pero concluye negando dicha posibilidad porque con ello se infringiría un principio básico de las relaciones jurídicas: el de la buena fe. Además, se abusaría de una prerrogativa a la participación libre en las subastas públicas que no está pensada para el fraude.

(50) Obsérvese que en este supuesto no se produce una adquisición sino una adjudicación, siendo la Ley la que produce el efecto de hacer dueño de la cosa al acreedor y no la voluntad de las partes, como sucede en el pacto comisorio. Además, el artículo 1872 supone una excepción a lo previsto en el artículo 1175 que en caso de cesión a los acreedores libera solo por el importe líquido de los bienes.

8. La STS de 9 de marzo de 2012 y la ausencia de cautelas para la subasta: nulidad de subasta por inexistencia del derecho a retener y a enajenar los contenedores

En el caso ventilado y expuesto en el epígrafe precedente, la sentencia afirma: «debe concluirse que los demandados, al autorizar las subastas no actuaron con la diligencia exigible, por los siguientes razonamientos: 1. El artículo 1872.I del Código Civil impone la notificación de la enajenación de la prenda al dueño de la prenda "en su caso". La locución "en su caso" significa que este requisito deberá cumplirse cuando la prenda sea de la propiedad de persona distinta a la del deudor. El cumplimiento de este requisito no es disponible para el acreedor pignoraticio, por lo que, razonablemente considerado, debía ser controlado por los notarios actuantes a través de la comprobación de la documentación aportada por el requirente de la subasta o recabando de este los datos necesarios para su control. De otra forma, los notarios actuantes no podían asegurar la regularidad formal de la enajenación. 2. Del examen de las actas de las subastas —aportadas como documentos de la demanda, que han quedado transcritas en lo necesario en el antecedente de hecho octavo de esta sentencia— resulta que: i) no consta que los demandados recabaran del requirente de las subastas información sobre la titularidad dominical de los contenedores, y ii) no consta que el requirente de las subastas manifestara que los contenedores eran propiedad del deudor. 3. De los documentos presentados ante las notarías por el requirente de las subastas, para solicitar su celebración, incorporados a las actas notariales, resulta que: i) consta la carta, redactada y suscrita por el requirente de las subastas y remitida desde las notarias a la deudora para la comunicación de la enajenación, en la que se alude a los contenedores "adscritos" a la línea marítima propiedad de la deudora, y ii) en el pliego de condiciones de la subasta, redactado por el requirente de las subastas con arreglo al cual los notarios debían autorizar las subastas, consta, como una de las condiciones de la misma, que el remanente del precio de la subasta —después del cobro del acreedor y del pago de los gastos— quedaría a disposición del "legítimo titular" de los contenedores. Estos elementos permitían deducir —o generar la duda suficiente— que el dueño de los contenedores no era la compañía deudora. En consecuencia, la irregularidad que finalmente se produjo era previsible para los notarios actuantes, puesto que está en la diligencia que les es exigible examinar la documentación aportada por el requirente de las subastas, ya que solo de ese modo puede asegurarse la regularidad formal de las mismas, especialmente cuando —como es el caso— el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de los contenedores efectuada por el requirente de las subastas, lo que supone una situación que exige extremar las cautelas propias de su función, como lo demuestra la circunstancia de que las subastas fueron finalmente declaradas nulas por inexistencia del derecho del requirente a retener y a enajenar los contenedores».

V. LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS O FALTA DE EFECTO ÚTIL DEL RECURSO Y LA BIOLOGÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL: REFLEXIONES FINALES

Dice la STS, de 9 de marzo de 2012, en su Fundamento Jurídico séptimo, sobre la aplicación del valor del punto correspondiente a la fecha del alta

definitiva, que «en relación a esta cuestión, esta Sala, en STS de 17 de abril de 2007, fija la doctrina aplicable, luego recogida en SSTS de 9 de julio de 2008, de 10 de julio de 2008, de 23 de julio de 2008, de 18 de septiembre de 2008 y de 30 de octubre de 2008. Conforme a la doctrina fijada *en estas sentencias es el momento del accidente el que determina el régimen legal aplicable y la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva. Esta doctrina no conduce a la desestimación del motivo.* Aunque la sentencia recurrida no distingue entre el régimen legal aplicable y la cuantificación del daño, para el que toma en cuenta también la fecha del siniestro (14 de febrero de 2001) y no la del alta (informe forense de 30 de octubre de 2001) *el alta se produjo en el mismo año en que tuvo lugar el accidente, lo que determina como correcta la solución de calcular los daños sufridos de conformidad con las cuantías correspondientes al año 2001 y conduce a la desestimación del motivo de casación en virtud del principio de equivalencia de resultados o efecto útil del recurso* (SSTS de 5 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009)».

Qué duda cabe que si el resultado pretendido se obtiene por otra vía o, si a juicio del ponente de la resolución si la consecuente y desafortunada aplicación de dicho principio, provoca que carezca de utilidad su sustanciación, procederá su desestimación. Tecnicismo díficilmente explicable a los legos en Derecho. En definitiva, el pragmativo se impone a la vista de un sistema judicial caracterizado por la sempiterna ausencia de recursos suficientes como para que el Estado social y democrático de derecho se reduzca a una mera declaración programática.

Por otra parte, para la mejor doctrina procesalista, la denostada *mutatis libello* admite sus excepciones (51); desde la perspectiva civil las tesis del evento o vicisitud del ciclo vital de la relación obligatoria, traen causa, a su vez, de las aportaciones doctrinales de ALLARA y BETTI.

En sentido estricto esta *vicenda* aísla, de entre las alteraciones de un vínculo, aquellas que cobren entidad suficiente y conciernan a sus elementos estructurales; la expresión *vicenda* la introduciría BETTI a finales de 1929. En particular, esta modificación se refiere a cualesquiera fenómenos que alteren la relación o bien a aquellos que abran una nueva fase o, incluso, que la extingan definitivamente (52). ALLARA, por su parte, normaliza su uso unos diez años después (53). LARENZ estima que la relación obligatoria ha de ser considerada como un organismo, perspectiva esta que afecta a la noción de las fórmulas extintivas y, en particular, a su desenvolvimiento, manteniéndose idéntica la relación preexistente (54). Y muy señaladamente SAVIGNY percibe a la relación como un ente con un desarrollo específico; así, «por chica y reducida que sea una institución jurídico-civil, ella tiene una estructura y vida propias especiales suya; comparadas entre sí la estructura y vida, los órganos y funciones de cada una de las instituciones que componen el organismo entero del Derecho Civil, ¿no será posible extraer por inducción el sistema general de estructura y funcionamiento del mismo, algo

(51) GUASP ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil.* Tomo I. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 279.

(52) Vid., *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, págs 185 y sigs.

(53) Sobre la historia de esta idea y otras cuestiones relacionadas con las alteraciones en la relación obligatoria, vid., IRTI, *Prefazione;* ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici,* Torino, 1999, págs. 3 y sigs.

(54) Vid., *Derecho de Obligaciones,* I, Madrid, 1958-1959, pág. 389.

así como una teoría general del Derecho Civil, como una anatomía y fisiología comparadas del Derecho Civil?» (55).

Por otra parte, esta economía procesal ha traído consigo considerables ventajas para los justiciables, sin descuidar la sistemática y coherencia interna de la resolución. Es el caso de la unidad de culpa civil, mediante la cual responsabilidad extracontractual y contractual se ventilarán de forma conjunta.

En todo caso, qué duda cabe que de entre las profesiones públicas, si se me permite emplear esta denominación, el Notariado goza de una considerable estima social sustentada en el elevado grado de formación de sus miembros. Con todo, el incremento de los supuestos ventilados en sede judicial consecuencia a su vez del incremento de tráfico jurídico, es posible que sufra un importante cambio de rumbo, acuciado de una parte, por el momento recesivo y la reducción de operaciones intervenidas; de otro por el giro al que tornen las nuevas medidas procesales y, muy señaladamente, la conciliación previa que puede que se imponga en casos como estos en los que está presente la responsabilidad civil notarial, que siempre está cubierta por el correspondiente contrato de seguro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ: «La Fe Pública en España, Registros y Notarías. Sus fondos. Organización y descripción», en *Boletín de la Anabad,* 1987, XXXVII (1-2), págs. 7 a 67.

BALLESTEROS ALONSO: «La responsabilidad civil de registradores y notarios», en *La responsabilidad civil profesional,* ÁLVAREZ SÁNCHEZ (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 2003, págs. 67 a 132.

BEJARANO RUBIO: «Los escribanos públicos en Castilla: El condado de Ledesma en el siglo XVI», en *Miscelánea Medieval Murciana,* XIX-XX, 1995-1996, págs. 9 a 26.

BONO Y HUERTA: *Historia del Derecho Notarial español,* Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1982.

— «Diplomática notarial e Historia del Derecho Notarial», en *Cuadernos de Historia del Derecho,* 3, 1996, págs. 177 a 190.

COLOM Y BENEITO: *Tratado del préstamo,* Madrid, 1901.

FERNÁNDEZ HIERRO: «Responsabilidad civil de notarios», en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho,* 5, 14, 2008, págs. 73 a 107.

GARCÍA LÓPEZ: «La responsabilidad civil del Notario», en *Revista de Estudios Jurídicos,* 3, 2000, Universidad de Jaén, págs. 158 y sigs.

GARCÍA VARELA: «La responsabilidad civil de los Notarios», en *La Ley,* 1, 1999, págs. 1612 a 1613.

GIBERT: *Theorica artis notariae,* 1772.

GUTIÉRREZ JEREZ: «Función notarial y responsabilidad civil», en *AC,* 4, 1995, págs. 799 a 811.

HUERTA TRÓLEZ: «Ejecución notarial de la prenda», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* tomo XXXVIII, Madrid, pág. 146 y sigs.

(55) [*Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones),* Madrid, 1912, pág. 13, asimismo, vid., *La consideración organicista y el perpetuo flujo de la vida,* pág. 32].

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: «Seguro de responsabilidad civil de los notarios», en *La Notaría,* diciembre, 1990, pág. 1 y sigs.
LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones,* Madrid, 2011, 15.ª ed.
LAVANDERA: «Procedimientos notariales», en *RDP,* 1919.
LÓPEZ MEDEL: «Responsabilidad civil de los profesionales», en *RCDI,* 661, 2000, págs. 2923 y sigs.
PARRA LUCÁN: «La responsabilidad civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial», en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual,* Madrid, 2007, págs. 823 a 884.
PASCUAL ESTEVILL: «La responsabilidad profesional», en *RCDI,* 602, 1991, págs. 43 a 72.
RAMÓN FERNÁNDEZ Y SÁINZ MORENO: *El Notario, la función notarial y las garantías constitucionales,* Madrid, 1989.
REGLERO CAMPOS: «Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil,* tomo II, *Garantías reales,* vol. 1, *Garantías mobiliarias,* Madrid, 1996.
— *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* XXV, 2.º, Madrid, 1994.
RODRÍGUEZ ADRADOS: «Las nuevas tendencias en orden a la ejecución extrajudicial de préstamos personales y de préstamos hipotecarios», en *Escritos Jurídicos,* vol. IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
— «El Notario: función privada y función pública», en *Revista de Derecho Notarial,* 1980.
SÁNCHEZ MELGAR: «Responsabilidad civil notarial», en *Revista Jurídica del Notariado,* 36, 2000, págs. 261 a 286.
SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil. Temas actuales,* Madrid, 2001.
VERDERA SERVER: *La responsabilidad civil del Notariado,* Pamplona, 2008.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de marzo de 2010.
- STS de 6 de abril de 2009.
- SSTS de 11 de noviembre de 2008.
- SSTS de 4 de noviembre de 2008.
- SSTS de 14 de octubre de 2008.
- SSTS de 7 de octubre de 2008.
- STS de 9 de junio de 2008.
- STS de 20 de mayo de 2008.
- STS de 28 de noviembre de 2007.
- STS de 6 de junio de 2002.
- STS de 21 de noviembre de 2000.
- STS de 5 de febrero de 2000.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 2 de diciembre de 1998.
- STS de 4 de mayo de 1998.
- STS de 26 de diciembre de 1995.
- STS de 11 de junio de 1988.
- STS de 3 de julio de 1965.
- STS de 6 de febrero de 1931.
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de abril de 2012.

- SAP de Les Illes Balears, de 3 de febrero de 2012.
- SAP de Navarra, de 13 de noviembre de 2001.
- RDGRN de 1 de abril de 2004.
- RDGRN de 1 de febrero de 1999.
- RDGRN 22 de enero de 1999.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL
SUBASTA NOTARIAL
PRENDA Y DERECHO DE RETENCIÓN

El sistema de responsabilidad civil de los notarios, dada su condición de fedatarios públicos, pretende garantizar el recto cumplimiento de sus funciones y, en particular, el control de legalidad de los actos en que intervengan. Con todo, no tiene un régimen jurídico homogéneo, pese a estar expresamente contemplado en el artículo 146 del Reglamento Notarial por cuanto en él se advierte que «el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable». Por tanto, su responsabilidad puede ser tanto contractual como extracontractual o, incluso, concurrir ambas a la vez, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. En este artículo atenderemos a la STS de 9 de marzo de 2012 y al procedimiento de ejecución del artículo 1872 del Código Civil. Téngase en cuenta que, al resultar preceptiva la notificación de la enajenación de la prenda, el Notario actuante debe asegurar su regularidad formal, singularmente, en el caso ventilado en autos, donde el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de unos contenedores efectuada por el requirente de las subastas. La falta de diligencia debida fue evidenciada en la nulidad de las subastas, dada la inexistencia del derecho del requirente a retener y a enajenar los contenedores.

ABSTRACT

NOTARY'S CIVIL LIABILITY
NOTARIAL AUCTION
PLEDGE AND LIEN

Because notaries are public officers for oaths, the system of rules on notaries' civil liability seeks to ensure that notaries perform their functions properly, particularly when notaries check that the acts to which they are party are lawful. Even so, there is no homogeneous system of rules. Notaries' civil liability is, however, expressly addressed in article 146 of the Notarial Regulation, which cautions, «The notary will hold civil liability for damages caused by his action through wilful misconduct, negligence or inexcusable ignorance». Therefore, a notary may hold contractual liability, extracontractual liability, or even both at the same time, as the Supreme Court has had the occasion to rule. This article looks at the Supreme Court's ruling of 9 March 2012 and the foreclosure procedure in article 1,872 of the Civil Code. It is worth bearing in mind that, as notification of disposal of the pledge is mandatory, the notary must ensure that all rules of form are obeyed. In the case at hand this is particularly important. The auction instructions were not based on the existence of a duly furnished pledge, but on the fact that the person ordering the auctions had withheld certain containers. Lack of due diligence was obvious, as the auctions were declared null on the grounds that the person ordering the auctions had no right to withhold and dispose of the containers.

1.7. Concursal Civil

NUEVAS APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A LA DEFENSA DEL DEUDOR HIPOTECARIO. LA MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO Y ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL.—III. ACTUACIONES DEL LEGISLADOR. INSUFICIENCIA DE DICHAS ACTUACIONES.—IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEN FUNDAMENTAR DECISIONES JUDICIALES EN LA LÍNEA DEL AAP DE NAVARRA, SECCIÓN 2.ª, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010, Y EL AAP DE CÓRDOBA, SECCIÓN 3.ª, DE 1 DE FEBRERO DE 2012.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El análisis crítico de recientes medidas legislativas adoptadas a favor de los deudores hipotecarios, como la modificación del artículo 671 LEC (adjudicación al acreedor en caso de subasta sin postores) y el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (así, la reestructuración de la deuda hipotecaria, mediante moderación de los intereses moratorios y la sujeción al Código de Buenas Prácticas), permite llegar a la conclusión de que, ante la insuficiencia de dichas medidas para solucionar los problemas que el pinchazo de la burbuja inmobiliaria ha ocasionado a los deudores hipotecarios, *es preciso buscar otros medios para la defensa de estos en el seno de las ejecuciones hipotecarias y en las ejecuciones ordinarias posteriores* que puedan abrirse si el producto de aquellas es insuficiente. Analizando las aportaciones de la jurisprudencia en lo relativo a moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal, permitiendo reclamar en ejecución ordinaria posterior, únicamente el exceso de deuda sobre el 100 por 100 *del valor inicial de tasación* del inmueble adjudicado al acreedor, es posible compartir el sentido de dichas resoluciones y aportar argumentos que permitan sostener que tales resoluciones judiciales tienen base jurídica y perfecto encaje en el ordenamiento jurídico vigente.

(1) Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito de la UCM, Doctor don Joaquín José Rams Albesa.

II. SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO Y ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL

Los particulares viven en estos momentos un sobreendeudamiento que es, sobre todo, un sobreendeudamiento hipotecario, debido fundamentalmente a tres factores concurrentes: el imparable aumento del precio de la vivienda, motivado entre otros factores por la creación incesante de dinero escritural mediante la concesión masiva de préstamos hipotecarios; ciertas prácticas de las entidades financieras en la concesión de préstamos hipotecarios (como cuotas de amortización creciente, plazos de amortización excesivamente largos, hipotecas cuya cuota mensual absorbía en torno al 50 por 100 de los ingresos de la familia, en unos momentos de tipos de interés históricamente mínimos, lo cual situaba a los consumidores ante un riesgo de sobreendeudamiento en caso de subida de los tipos de interés, etc.) y la propia mecánica seguida en la concesión de los préstamos.

Para conceder un préstamo hipotecario los servicios de tasación del propio Banco o tasadoras, no del todo independientes, efectuaban una tasación de la vivienda que se iba a adquirir. Dicha tasación servía para valorar los riesgos de la operación y determinar el importe de financiación. Además era un imperativo de la Ley del Mercado Hipotecario y un requerimiento exigido por la legislación procesal para poder en su día seguir el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Concretamente, el artículo 682 LEC exige que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que se tasa la finca para que sirva de tipo en la subasta. La tasación interesa, pues, al Banco, pero también al propio deudor e incluso a los terceros que adquieren títulos en el mercado hipotecario secundario (cédulas, bonos o participaciones hipotecarias) con la garantía de los créditos hipotecarios concedidos, pues a todos conviene que quede asegurado que *el bien hipotecado va a ser verdadera garantía del préstamo concedido*.

Ahora bien, dichas tasaciones estaban sobrevaloradas y además en muchos casos el Banco no respetaba la relación exigida por la Ley del Mercado Hipotecario entre valor del inmueble y cantidad prestada (*loan to value*), que estaba fijada en un 80 por 100 del valor de tasación, concediendo importes del 100 por 100 y hasta del 120 por 100. La entidad bancaria, no obstante, *asumía el riesgo de que la garantía se depreciase*, y aceptaba tal sobrevaloración del inmueble, *porque ello le permitía conceder un capital mayor y exigir mayores intereses, por lo tanto (esto es, concedía un crédito inflado)*. Pienso que a la entidad no le suponía mayor inconveniente asumir dicho riesgo, precisamente porque la entidad crediticia contaba con la aplicación del artículo 105 LH, que señala que la hipoteca *no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor*, por lo que si en su día, la subasta de la vivienda no bastaba para reintegrarle el préstamo, podría perseguir otros bienes del deudor (art. 579 LEC). Además la entidad crediticia solía exigir fiadores, con lo que otros patrimonios personales quedaban vinculados de forma subsidiaria o solidaria al pago de la deuda. *A estas conductas, no imputables, desde luego al deudor, se sumaba una falta de evaluación de la capacidad económica del deudor*.

En torno a 2008 se produce el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, habiéndose indicado que a ello contribuyó la paulatina subida de tipos de interés por el Banco Central Europeo desde diciembre de 2005 que, pienso, tuvo que afectar a los índices de referencia de los préstamos a interés variable, y concretamente al EURIBOR. Muy probablemente también contribuyó al pinchazo de la burbuja inmobiliaria la paulatina subida de precios a raíz de la entrada de España en el euro. Dicho pinchazo de la burbuja inmobiliaria va a suponer que los deudores hipotecarios ya no pueden hacer frente a los créditos concedidos. En consecuen-

cia, la concesión de crédito se contrae y baja bruscamente el precio de la vivienda, devaluándose entre un 20 y un 30 por 100 y hasta un 40 por 100, de modo que se hace posible que el importe del crédito que tiene pendiente el deudor hipotecario *sea superior al valor de mercado de la vivienda*.

En esta situación, si el deudor no puede afrontar el pago de sus cuotas de amortización, no va a poder vender su vivienda (salida habitual para el mismo en un contexto alcista de precios) y evitar la ejecución hipotecaria, *pues nadie va a adquirir un piso si para cancelar la hipoteca tiene que pagar una cantidad superior al valor de mercado del inmueble*. En consecuencia, el deudor hipotecario se ve abocado a la ejecución hipotecaria. Pero además, en el seno de las ejecuciones hipotecarias se produce el fenómeno de que la subasta queda reiteradamente desierta, debido a la caída del precio de la vivienda. Hay que tener en cuenta que quien compra en subasta quiere comprar más barato que en el mercado. Ahora bien, la primera regla de adjudicación en una subasta señala que se aprobará el remate a favor de quien ofrezca una postura superior al 70 por 100 del valor de tasación del inmueble (o sea, en muchos casos superior al valor actual de mercado).

Como la subasta quedaba desierta el acreedor hipotecario se adjudicaba la vivienda del deudor por el 50 por 100 de su valor de tasación inicial (art. 671 LEC, en la redacción anterior al RD-ley 8/2011) y, según la interpretación mayoritaria de los artículos 579 y 671 LEC, en relación con el artículo 105 LH y 1911 del Código Civil, el acreedor hipotecario podía reclamar la diferencia entre el montante de la deuda y el importe nominal de la adjudicación (ese 50 por 100 del valor de tasación) sobre otros bienes del deudor en ejecución ordinaria dineraria posterior. De este modo podía ocurrir que el deudor que había perdido su vivienda, quedase respondiendo de una cantidad que, engrosada con los intereses de demora (extraordinariamente elevados y superiores en muchos casos al 20 por 100) y con los gastos de la ejecución, podía incluso ser igual o mayor a la cantidad que inicialmente recibió en concepto de préstamo, viendo embargadas sus cuentas corrientes prácticamente a perpetuidad y pudiendo recurrir a una clandestinidad económica (economía sumergida).

Es evidente que las consecuencias del principio del artículo 105 LH, según el cual la hipoteca es un refuerzo para el acreedor hipotecario, el cual cuenta con el 1911 del Código Civil, y *además* con la hipoteca (que le permite ejecutar en caso de incumplimiento el bien gravado, cualquiera que sea el poseedor del inmueble, y cobrar preferentemente sobre el importe de realización del bien), *se han agravado con el pinchazo de la burbuja inmobiliaria*. *Tampoco favorece al deudor la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC, según el cual cuando el producto de la subasta resulte insuficiente para satisfacer el crédito, el acreedor hipotecario podrá proseguir la ejecución como ordinaria sobre otros bienes del deudor. La jurisprudencia había venido entendiendo por «producto», el importe nominal de la adjudicación del bien al acreedor, ese 50 por 100 del valor de tasación, y no el bien en sí mismo considerado, valorado según su tasación inicial, lo que puede responder a una interpretación literal de los preceptos legales, pero no es equitativo dado el contexto en que se han concedido los préstamos hipotecarios.* Como tampoco es acorde a la realidad social del momento de aplicación del precepto.

A todo lo dicho se sumaba que si el deudor ofrecía la vivienda en pago a su banco para saldar su deuda [esto es, ofrecía una dación en pago que podía ser o no aceptada por el Banco, dado el principio de integridad e identidad en el pago de las obligaciones (arts. 1157 y 1166 CC)], este solo la aceptaba como dación en pago parcial, esto es, *por importe equivalente al valor del bien reajustado a la baja*, de modo que el deudor no cancelaba totalmente su deuda.

Esta situación, verdaderamente grave para los deudores hipotecarios, ha motivado varias actuaciones del legislador, a raíz de producirse una respuesta en los Tribunales; concretamente por el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010. Este Auto solo permitió al acreedor hipotecario, que se había adjudicado el bien subastado por el 50 por 100 del valor de tasación por quedar desierta la subasta, continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor *en lo que la deuda excediera del 100 por 100 del valor de tasación inicial de la finca, por entender que lo que había entrado en el patrimonio del acreedor, con independencia del importe nominal de la adjudicación era el bien en sí mismo considerado, y valorado con arreglo a la tasación inicial, pues no constaba otro valor en los autos, aparte de otras consideraciones.*

III. ACTUACIONES DEL LEGISLADOR. INSUFICIENCIA DE DICHAS ACTUACIONES

Voy a analizar, a continuación, las respuestas legislativas a que he hecho mención con la finalidad de comprobar si han resuelto la problemática de los deudores hipotecarios y, por lo tanto, *si ha dejado de tener sentido una línea jurisprudencial como la iniciada por el citado AAP de Navarra*, o por el contrario, si esa línea, seguida por otras resoluciones de otros Tribunales, debe mantenerse por ser insuficiente la respuesta legislativa.

1.ª Incremento del patrimonio inembargable

Se produjo inicialmente, para los deudores hipotecarios, por el artículo 15 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, y posteriormente por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, que sustituye al precepto anterior. Siendo inembargable la cuantía equivalente al salario mínimo interprofesional para todo deudor, de acuerdo con el artículo 607.1 LEC, dicha cuantía es elevada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011 para el deudor hipotecario en un 50 por 100 adicional sobre el SMI y un 30 por 100 más sobre dicho SMI por cada miembro del núcleo familiar que carezca de ingresos propios regulares superiores a dicho salario mínimo. El Real Decreto-ley entiende por núcleo familiar el cónyuge o pareja de hecho y los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el deudor hipotecario. En lo que el salario del deudor hipotecario exceda de dichas cantidades será embargable según la escala del artículo 607.2 LEC. Esta norma entró en vigor el 7 de julio de 2011.

Una importante cuestión que plantea esta norma es si tiene efectos retroactivos, esto es, si se aplica a procesos de ejecución ordinaria posteriores a una ejecución hipotecaria, *que estuviesen en curso al entrar en vigor la norma*, esto es, a deudores que fueron lanzados de sus viviendas antes del 7 de julio de 2011. Podría argumentarse que, de acuerdo con el artículo 2 LEC, 2.3 del Código Civil y 9.3 CE, la norma no tendría efectos retroactivos, pues no se dispone expresamente a través de ninguna Disposición Transitoria, y porque se garantiza en el artículo 9.3 CE la irretroactividad de las disposiciones legales restrictivas de derechos individuales, como sería en este caso, el derecho de realización forzosa sobre el patrimonio del deudor. Sin embargo, podría argumentarse, en sentido contrario, que el espíritu de la norma es resolver la problemática de los deudores hipotecarios con una limitación del principio de responsabilidad patrimonial uni-

versal por la vía de ampliar el patrimonio inembargable del deudor ejecutado, y que la retroactividad de la norma vendría exigida por dicho espíritu aunque no se reflejase en su letra, *por lo que cabría acudir supletoriamente a la Disposición Transitoria 6.ª de la LEC 2000, según la cual, a los procesos de ejecución pendientes al entrar en vigor la LEC, se les aplicaba esta «para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante»*. De modo que, aplicando el principio sentado en dicha Disposición Transitoria 6.ª, las actividades de ejecución forzosa ya realizadas serían firmes, pero desde el 7 de julio de 2011, *en cuentas corrientes embargadas con anterioridad no podría retenerse más que las cantidades permitidas según la nueva norma de patrimonio inembargable*. Por otro lado, el incremento del patrimonio inembargable no tendría como efecto *restringir el derecho de crédito del acreedor*, que sigue ostentándolo en toda su extensión, *sino diferir su ejercicio (aplazar su cobro), luego no se infringiría el artículo 9.3 CE. La cuestión puede suscitar dudas, si bien yo me inclino por esta última posición*.

En cuanto al juicio que merece la norma, evidentemente, la situación es más holgada para las familias que caen, sin ningún género de duda, en el ámbito de aplicación de la norma (ejecuciones ordinarias posteriores a ejecuciones hipotecarias que se abran a partir del 7 de julio de 2011), pues si el deudor hipotecario convive con cuatro familiares más (su cónyuge y tres hijos, por ejemplo), puede llegar a disponer de hasta 1.750 € inembargables, según la cuantía actual del SMI. Ahora bien, hay que tener en cuenta que puesto que dichos familiares no disponen de ingresos regulares superiores al SMI, al deudor se le hace preciso prestarles alimentos de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, con las dificultades que la inflación producida desde la entrada de España en el euro plantea para ello. Por otro lado, hay que tener en cuenta que cualquier ganancia patrimonial superior quedará afecta al pago del crédito pendiente, durante gran parte de la vida del deudor. De modo que este, al menos a medio plazo, no resuelve su situación económica. A mi juicio, pues, aunque la medida mejore la situación de los deudores hipotecarios resulta insuficiente, y no resuelve la problemática planteada por el artículo 105 LH en relación con el artículo 579 y 671 LEC, por lo que se haría preciso entender que en la ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria, el acreedor adjudicatario del inmueble vivienda familiar, *solo podrá hacer efectivo sobre otros bienes del deudor el importe de la deuda que exceda del 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble*.

2.ª Modificación del artículo 671 LEC por el Real Decreto-ley 8/2011, para mejorar el resultado de la subasta para el deudor hipotecario, de modo que pueda reducir al máximo la deuda pendiente

El citado Real Decreto-ley 8/2011 modificó el artículo 671 LEC en el sentido de que el acreedor hipotecario podrá pedir la adjudicación de la vivienda habitual del deudor [Disp. Adic. 6.ª LEC, introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (2)] en el caso de quedar desierta la subasta *por una cantidad igual o*

(2) La Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal (art. 4.37), incorpora una Disposición Adicional 6.ª a la LEC 2000, que es una disposición aclaratoria del artículo 671 LEC. Según esta norma aclaratoria, el artículo 671 LEC en la redacción que le ha dado el Real Decreto-ley 8/2011 es una norma especial para la adjudicación de vivienda habitual y

superior al 60 por 100 del valor de tasación, esto es, nunca inferior al 60 por 100 de dicho valor. Con anterioridad, el acreedor podía pedir la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación o por la cantidad que se le debiese por todos los conceptos, inciso este último que era interpretado en el sentido de que el acreedor pedía la adjudicación *por la cantidad debida, si el importe de esta era inferior a dicho 50 por 100, por ejemplo, equivalente a un 10 por 100, de manera que podían producirse adjudicaciones del bien hipotecado por cantidades irrisorias*.

Con la nueva norma, si la deuda equivale a un 10 o a un 20 por 100 del valor de tasación inicial, el acreedor deberá adjudicarse el bien, por lo menos, por el 60 por 100, abonando la diferencia en metálico entre dicho porcentaje y el importe de la deuda. *Ello permite que quede un remanente a disposición de acreedores posteriores o del deudor*. El legislador acomoda así este precepto de la LEC, que es verdaderamente un precepto sustantivo, al artículo 1859 del Código Civil, que prohíbe el pacto comisorio. Este pacto se introduce al nacer la obligación que se garantiza con hipoteca y por él se conviene que si se incumple la obligación garantizada, la cosa dada en garantía pasará automáticamente a propiedad del acreedor. Tal pacto es nulo para evitar *que el acreedor se apropie en caso de incumplimiento de las cosas gravadas, por una cantidad inferior al valor de la cosa*. *El espíritu de este precepto prohibía operaciones negociales o ejecutivas que condujeran a idéntico resultado. Se acomoda también al espíritu del Derecho Romano, que preveía que si el acreedor ejecutante se adjudicaba en pago un bien por un valor inferior a la mitad de su avalúo, era rescindible por lesión (laesio enormis)*.

De lo dicho se desprende que se ha producido una mejora sustancial de las normas de adjudicación al acreedor hipotecario en caso de subasta sin postores al haberse eliminado el inciso relativo a la posibilidad de adjudicarse el bien (vivienda habitual del deudor) *por la cantidad debida, que se entendía del modo indicado*.

La cuestión que se nos plantea ahora es cómo interpretamos la nueva redacción del artículo 671 LEC. Si se entiende que queda a la libertad del acreedor adjudicarse el bien por cantidad *igual o superior* al 60 por 100 del valor de tasación, poco se ha ganado con la reforma, pues lo más probable es que el acreedor se adjudique siempre el bien por el 60 por 100, con lo que se habría logrado extinguir un 10 por 100 más de deuda, pero el acreedor, siguiendo la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC, podría reclamar la diferencia entre el importe total de la deuda y ese importe nominal de la adjudicación (60 por 100 del valor de tasación). Si efectivamente dichos preceptos han de entenderse así podemos concluir que no se habría resuelto la problemática planteada por el artículo 105 LH.

Cuestión trascendental es si la norma tiene efectos retroactivos. Esto es, si se aplica a *procesos en curso, iniciados antes del 7 de julio de 2011*. No hay Disposición Transitoria expresa que lo prevea. Podríamos pensar que tal retroactividad viene exigida por el *espíritu de la norma* y aplicar la Disposición Transitoria 6.ª LEC, de modo que estaríamos a los nuevos porcentajes, siempre que todavía no se hubiese producido una adjudicación al rematante o al acreedor hipotecario en ese proceso. Desde luego, si la norma no tiene efectos retroactivos, *estamos ante una razón adicional para aplicar la interpretación que propugno después, en línea con la del AAP de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de febrero de 2010*. En todo caso, propongo tal interpretación, tanto si la norma tiene o no tiene efectos retroactivos.

---

la antigua norma contenida en el artículo 671 LEC se recupera para la adjudicación sobre bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual.

3.ª Publicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo

Este Real Decreto-ley prevé una serie de medidas para la reestructuración de las deudas hipotecarias (moderación de los intereses moratorios y sujeción al Código de Buenas Prácticas regulado en el Anexo del Real Decreto-ley). El principal inconveniente que plantea la norma es su limitado ámbito de aplicación, definido en sus artículos 2 y 3. La norma se aplica a contratos de préstamo garantizados con hipoteca sobre la vivienda familiar, siempre que el préstamo se haya solicitado para su adquisición, el deudor esté situado en el umbral de exclusión social definido en el artículo 3 y siempre que el contrato esté vigente en la fecha de su entrada en vigor (11 de marzo de 2012). La norma tiene, pues, claros efectos retroactivos, haciendo una revisión de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Para que el deudor esté situado en el umbral de exclusión social es preciso: 1) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas procedentes del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos, se entiende por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. 2) Que la cuota hipotecaria sea superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. 3) Que los miembros de la unidad familiar carezcan de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. 4) Que la hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor, habiendo sido concedido el préstamo hipotecario para su adquisición. 5) Que el préstamo carezca de otras garantías reales o personales, o en el caso de existir dichas garantías que en todos los garantes concurren las circunstancias 2) y 3). 6) Si hay codeudores ajenos a la unidad familiar, deben estar incluidos en las circunstancias 1, 2 y 3.

El deudor hipotecario debe acreditar la concurrencia de estas circunstancias a través de los documentos indicados en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley 6/2012 y efectuar junto con los codeudores y garantes reales o personales, una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3, según modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas [art. 3.2.*g)* y 6.4].

En cuanto a la primera de las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria (moderación de los intereses moratorios) consiste, en que dicho interés moratorio, una vez acreditada la situación de umbral de exclusión, será como máximo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo (entendiendo por tal, como se ha indicado, el *capital impagado*, y no *el capital pendiente de amortización*). Para la aplicación de esta medida no es preciso que la entidad crediticia haya suscrito el Código de Buenas Prácticas, ni reunir los requisitos del artículo 5.2 de la norma, relativos a que el precio de adquisición de la vivienda no supere determinados valores en función del número de habitantes del municipio en que radique. La medida, además, se aplica cualquiera que sea el momento o trámite de la ejecución (incluso ya anunciada la subasta o producida esta) *pero no a deudores o contratos distintos de los señalados en el Real Decreto-ley (art. 4.2), a los que sin embargo podría aplicarse el artículo 1154 del Código Civil*.

Pienso que la norma tiene una retroactividad de grado medio (esto es, se aplica a intereses devengados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y cuyo pago se exige por la entidad crediticia después de esa fecha), de acuerdo con el artículo 4.3 del Código Civil, 1.4 del Código Civil y Disposiciones Tran-

sitorias del Código Civil, que admitían retroacciones en lo favorable y de grado mínimo y en algún caso, medio.

Esta medida tiene un ámbito de aplicación mayor que el Código de Buenas Prácticas, como veremos después, si bien no resuelve el problema de los intereses abusivos *ya pagados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley (cuya devolución podría solicitarse aplicando la Ley Azcárate de 1908, de represión de la usura, o el Texto Refundido de la LGDCU (art. 85.6 en relación con el art. 83), teniendo presente que la acción de nulidad es imprescriptible y permite destruir la apariencia de validez de un negocio jurídico, incluso consumado. Tampoco resuelve el problema de los intereses abusivos pactados en los créditos hipotecarios que quedan al margen del Real Decreto-ley.* Quizá se hagan interpretaciones extensivas y aplicaciones analógicas a deudores y a contratos no contemplados por el Real Decreto-ley, a pesar de prohibirlo su artículo 4.2. En todo caso, puede aplicarse la doctrina jurisprudencial que utiliza el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo (3) (que fija un interés máximo para los descubiertos en cuenta corriente de 2,5 veces el interés legal del dinero), *aplicando por analogía dicho precepto a los intereses moratorios reclamados en ejecuciones hipotecarias, cuando son abusivos (arts. 83, 85.6 y 89.7 del RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU y otras leyes complementarias),* procediendo a un control de oficio por el Tribunal por ser nulos y a inadmitir la demanda ejecutiva en que se pida ejecución por un tipo de interés de demora superior a dicho límite (AAP de Gerona, Sección 2.ª, de 21 de diciembre de 2009). En línea idéntica o similar, AAP de Girona (Sección 2.ª), de 14 de mayo de 2007*(JUR* 2007/304316); 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/76471); 8 de octubre de 2008 *(JUR* 2009/388293); AAP de Girona (Sección 1.ª), de 20 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/290696); 18 de junio de 2009 *(JUR* 2009/390804), de 10 de septiembre de 2010 *(JUR* 2010/387155) y AAP de Córdoba (Sección 1.ª), de 26 de julio de 2011 *(JUR* 2011/379968).

En cuanto al Código de Buenas Prácticas, contempla tres medidas, supletoria cada una de la anterior, para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias. La primera de dichas medidas consiste en un plan de reestructuración que permita la viabilidad del crédito para el deudor de modo que la cuota hipotecaria mensual no sea superior al 60 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. La segunda medida consiste en una quita de parte del capital pendiente de amortización, de modo que la cuota hipotecaria mensual quede ajustada a los dichos límites. Y finalmente, para aquellos deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, «para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2 [del anexo]», esto es, no se logra reducir su esfuerzo hipotecario a límites razonables (cuota hipotecaria mensual igual o inferior al 60 por 100 de los ingresos de la unidad familiar) *una dación en pago liberatoria, cualquiera que sea el valor de mercado de la vivienda hipotecada, y el importe del crédito pendiente de amortización*. Para la aplicación del Código de Buenas Prácticas es preciso tener en cuenta lo dicho antes sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley y además tener en cuenta el artículo 5.2 (la vivienda hipotecada no supera determinados valores en función del número de habitantes del municipio en que radica). Igualmente es preciso que la entidad crediticia se haya adherido voluntariamente al Código

(3) Hoy el precepto correspondiente es el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (*BOE* de 25 de junio de 2011).

(art. 7), y que se solicite su aplicación por el deudor *antes de que se termine de anunciar la subasta si el proceso de ejecución hipotecaria está ya en curso* (para la reestructuración y la dación en pago, no así para la quita que puede solicitarse en cualquier momento) y que no existan cargas posteriores sobre la vivienda a favor de terceros (si se solicita la dación en pago).

Es cierto que el Real Decreto-ley 6/2012 pretende proteger a los deudores hipotecarios con menos recursos, y en tal sentido, no es una norma inútil, pero sí insuficiente, pues deja fuera de su ámbito de aplicación a *familias sin ingresos con vivienda de valor superior a los máximos fijados en el Real Decreto-ley* (teniendo presente que en 2006, el precio medio de una vivienda de 70 m^2 era superior al límite legal en todos los barrios de Madrid y Barcelona), de modo que se penaliza a las familias numerosas que necesitan una vivienda mayor y por lo tanto más cara, por modesta que sea. Igualmente quedan fuera del ámbito de aplicación familias en las que trabaja algún miembro pero con sueldo bajo (4). La norma no es inútil pero sí insuficiente, si tenemos en cuenta que entre 2000 y 2008, se constituyeron casi nueve millones de hipotecas y que hay un alto índice de desempleo (Álvarez Royo-Vilanova).

Las medidas del Real Decreto-ley 6/2012 comentadas, se complementan con ayudas de acceso al alquiler. Las personas que sufren un lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de ejecuciones hipotecarias *con posterioridad al 1 de enero de 2012*, pueden ser *beneficiarios de ayudas a los inquilinos en los términos establecidos por el Real Decreto que regula el Plan de Vivienda 2009-2012, teniendo la consideración de colectivo con derecho a protección preferente*. Ahora bien, como el artículo 2 del Real Decreto-ley señala que el artículo 13, que contempla esta medida, es de *aplicación general*, entiendo que podrán acceder a dichas ayudas las familias desahuciadas *antes del 1 de enero de 2012, pues lo contrario supondría un trato discriminatorio carente de justificación. Esta medida, aplicable a las familias que estén o no en el ámbito de exclusión social, junto con la medida de incremento del patrimonio inembargable, también mejora la situación del deudor hipotecario, aunque no resuelva la problemática del artículo 105 LH, en relación con el artículo 579 y 671 LEC, tal y como han sido interpretados mayoritariamente.*

De todo lo expuesto hasta el momento se desprende que las medidas adoptadas son parciales, por su reducido ámbito de aplicación (Código de Conducta y moderación de los intereses moratorios), dudosa retroactividad (modificación del art. 671 LEC) y falta de resolución de la problemática planteada por el artículo 105 LH (a pesar del incremento del patrimonio inembargable, de haber elevado el porcentaje mínimo de la adjudicación y de haber establecido ayudas para el alquiler), dejando, en todo caso, ámbitos en los que el deudor hipotecario sigue estando desprotegido frente a la problemática generada por el sobreendeudamiento hipotecario. Por ello, entiendo que continúa siendo necesario realizar una interpretación en el momento procesal más adecuado [bien en el decreto de adjudicación al acreedor hipotecario, bien en la admisión/inadmisión del despacho de la ejecución ordinaria posterior

(4) Si bien se impone una interpretación correctora en sentido estricto del artículo 3.1.*a)* del Real Decreto-ley 6/2012, en el sentido de que, de cualquiera de los cónyuges, los ingresos del deudor, en situación de normalidad matrimonial, no impiden que el deudor hipotecario esté situado en el umbral de exclusión (como no lo impiden los ingresos del cónyuge separado legalmente o del cónyuge divorciado), siempre que la cuota hipotecaria a abonar resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba la familia [art. 3.1.*b)*], para evitar la discriminación hacia la familia en situación de normalidad matrimonial, y particularmente para sus hijos.

a la ejecución hipotecaria, bien a la hora de resolver la oposición del deudor a dicha ejecución posterior (art. 579 LEC, en su nueva redacción dada por la Ley 37/2011)], en la línea que inició el discutido AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010.

Dicha línea jurisprudencial consiste en entender que *solo procede continuar la ejecución como ordinaria sobre otros bienes del deudor, por las cantidades que resulten ser superiores al valor de tasación inicial del inmueble, una vez sumados, principal reclamado, más intereses y costas*. Con esta interpretación no se limita absolutamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, obligando al acreedor a otorgar carta de pago si se adjudica el bien en la subasta, lo que sería difícil de sostener dado el artículo 105 LH, sino que *se modera el principio de responsabilidad patrimonial universal* (arts. 1911 CC y 105 LH).

La Audiencia de Navarra (Sección 2.ª), en su Auto de 17 de diciembre de 2010, confirmó la argumentación del Juzgado de 1.ª Instancia de Estella. El Juzgado había argumentado que lo que entra en el patrimonio del ejecutante, con la adjudicación del bien al mismo, no es el precio de remate, como ocurre cuando la finca se adjudica a un tercer postor, sino el bien en sí mismo, *con su valor de mercado, que es el valor de tasación inicial fijado como tipo en la escritura de constitución de hipoteca, y que fue el valor tenido en cuenta para la concesión del préstamo, que no se hubiera concedido si la finca no hubiera constituido garantía suficiente. Continuar, pues, la ejecución, por la diferencia entre el montante de la deuda y el importe nominal de la adjudicación (entonces, 50 por 100 del valor de tasación), constituiría un abuso de derecho, un enriquecimiento sin causa y una actuación contraria a la buena fe, dado que el ejecutante va contra sus propios actos, pues la tasación es un acto propio en cuanto fue verificada o aceptada por la entidad crediticia.* La cuestión que se nos plantea es si hay base jurídica para mantener esta línea jurisprudencial, pues se ha afirmado que tal resolución tiene más base moral que jurídica.

El Tribunal Supremo considera que no hay enriquecimiento injusto cuando hay una causa que lo justifique, como es una norma legal (en el caso presente, sería el art. 671 en relación con el art. 579 LEC) o un pacto libremente asumido por las partes, y que tampoco puede hablarse de abuso de derecho cuando el ejecutante ha cumplido los trámites legales prevenidos; el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien está legitimado para ello y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de modo que el provecho que obtiene resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias. Así STS de 16 de febrero de 2006 *(RJ* 2006/720), línea seguida también por las SSTS de 8 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3782), 8 de julio de 2003 *(RJ* 2003/4334), 18 de noviembre de 2005 *(RJ* 2005/7733), 24 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3438), 2 de julio de 2007 *(RJ* 2007/3788) y 25 de septiembre de 2008 *(RJ* 2008/5570). En la Jurisprudencia menor puede citarse en contra del sentir del AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, SAP de Granada (Sección 3.ª), de 25 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/105900); SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249236); AAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), 30 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004/286374); SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 13 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005/147276); SAP de Sevilla (Sección 6.ª), de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/142979); AAP de Madrid (Sección 19.ª), de 14 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/173153); AAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2007 *(JUR* 2007/201109); SAP de Murcia (Sección 3.ª) de 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133284); AAP de Sevilla (Sección 8.ª), de

11 de febrero de 2008 *(JUR* 2011/233600); AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de mayo de 2008 *(JUR* 2008/310439).

Mayoritariamente, además, la jurisprudencia ha entendido que por «producto», en el artículo 579 LEC, hay que entender *el importe de la adjudicación* y no el bien en sí mismo, pues de otro modo el artículo 579 LEC carecería de sentido por falta de objeto e igualmente, los artículos 654, 672 o 692 LEC. Sin embargo, estos preceptos únicamente establecen que el precio de remate se entregará al ejecutante; que si hay remanente, quedará a disposición de los acreedores posteriores y que si hay sobrante, después, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor.

De fechas recientes puede citarse en contra de la línea del AAP de Navarra, Sección 2.ª, el AAP de Navarra (Sección 3.ª), de 28 de enero de 2011 *(AC* 2011/40); SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 13 de diciembre de 2010 *(JUR* 2011/54485); AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 26 de octubre de 2010 *(AC* 2010/2046); AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 15 de octubre de 2010 *(JUR* 2011/17660).

A favor, sin embargo, AJPI, número 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 *(AC* 2011/42); AJPI, número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012 *(AC* 2012/357); AJI, número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012 *(JUR* 2012/59745); AAP de Girona (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2011 *(AC* 2011/2172). En una línea algo diversa, entendiendo que *el importe de adjudicación es el valor de mercado actual al tiempo de la adjudicación, y si no se demuestra, el valor de tasación inicial,* Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Mataró, de 2 de febrero de 2012, Decreto de 29 de diciembre de 2011 de la Secretaría del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Lleida, y el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012. Dicho AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012, señala lo siguiente:

> «CUARTO.—La subasta es una de las formas de enajenación de los bienes hipotecados. Sobre esta base no puede perderse de vista que la subasta no deja de ser *una venta pública por mandato con la intervención de la autoridad judicial.* Al someterse los bienes a subasta pueden producirse, tal y como la parte apelante [el ejecutado] puso oportunamente de manifiesto en el acto de la vista, dos escenarios: *uno en el que efectivamente concurran licitadores y uno de ellos ofrezca una postura legalmente admisible; otro en el que por quedar la misma desierta (así aconteció en este caso; acta de subasta de 15 de octubre de 2009), el acreedor pide en el plazo de veinte días la adjudicación del bien ofrecido en subasta "*por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos" (redacción vigente al tiempo de los hechos del art. 671 de la LEC; y si bien ello no tiene virtualidad práctica en el presente caso, sí es conveniente destacar que dicha norma, merced al Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, ha quedado redactada del siguiente tenor: "Si en el acto de la subasta no hubiera ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación"). *Esa dualidad de escenarios debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar el artículo 579 pues, sobre ambos escenarios (salvo que estemos en presencia de una hipoteca de responsabilidad limitada merced al pacto previsto en el art. 140 LH) gravita el principio de responsabilidad personal que con carácter general proclama el artículo 1911 del Código Civil, y que con especial referencia a las obligaciones hipotecariamente garantizadas refleja el artículo 105 de LH. En el primer escenario la actuación, en su caso, de esta responsabilidad personal y general por vía de la transformación*

procedimental que permite el artículo 579 de la LEC no ofrece problema práctico alguno, pues estamos en presencia de una cantidad ofrecida por un tercero, y es claro que el crédito del acreedor hipotecario solo se verá reducido en el importe del remate; dicho en otras palabras, el producto del bien hipotecado sometido a subasta es el importe del remate, y dicho importe en cuanto que es una cantidad líquida y determinada permite establecer un lineal juicio de su suficiencia para determinar si ha sido cubierto o no el crédito. En el segundo escenario (adjudicación del inmueble al acreedor hipotecario), … hagamos análisis del mismo a la luz de los artículos 671 y 579 de la LEC en relación con otras normas, en especial artículos 557 y 558 de la misma LEC y artículos 1256 y 1449 del Código Civil.

QUINTO.—La adquisición del inmueble por el acreedor hipotecario que previene el artículo 691 de la LEC *(sic)* [se refiere al art. 671 LEC] *es una forma de adquirir la propiedad de naturaleza onerosa que encuentra su consumación y reflejo formal en el auto que aprueba la adjudicación. La onerosidad de la misma radica en la contraprestación que para adquirir el bien ha de satisfacer el acreedor, la cual consiste en una paralela extinción de su crédito "por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos" (en la actualidad "por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación")*.

Llegados a este punto deben de remarcarse dos extremos:

— La propia realidad de las cosas pone de manifiesto, y así viene a expresarse el propio legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios..., *que las ejecuciones hipotecarias pueden dar lugar a situaciones abusivas; por ello y en lo relativo a la adjudicación a favor del acreedor se impide que la misma pueda ser inferior a determinado porcentaje, "y ello con el fin de evitar el despojo del deudor".*

— *La adjudicación por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no puede quedar, tal y como parece resultar de una primera lectura del artículo 671 de la LEC a la libre y bondadosa determinación del acreedor, pues a ello se opondrían, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de la que surge la deuda, esto es, el contrato de préstamo, y en lo que se refiere a la venta que subyace en el sistema de subastas, los principios respectivamente extraíbles de los citados artículos 1256 y 1449 del Código Civil. …*

Se desprende de esto último que *el importe de la adjudicación tiene que estar objetivamente relacionado con el valor real del bien adjudicado*, y si así no lo fuese, *nada impide que el ejecutado, ante el intento del acreedor de actuar* ex *artículo 579 la responsabilidad personal nacida del préstamo, pueda deducir oposición* (ya al margen de la celeridad y eficacia que demanda la virtualidad de la inicial garantía hipotecaria) *de conformidad con los artículos 557 y 558, aduciendo pago y, en su caso, pluspetición*. Así lo hemos indicado en el razonamiento jurídico segundo…

Consecuencia de ello en la tesitura del segundo escenario antes indicado (adjudicación del bien al acreedor hipotecario), y en trance de oposición, es que cuando el artículo 579 habla de "producto insuficiente

> para abrir *(sic)* el crédito", dicha expresión debe sistemáticamente interpretarse en el sentido de *valor real del bien en el momento de la adjudicación [el Tribunal entiende que es el valor de mercado actual. El ejecutado había aportado nueva tasación, reciente y anterior a la adjudicación, y por la que se determinaba que el bien valía más que el valor inicialmente fijado como tipo para la subasta. Dado el contexto generalizado de caída de precios de la vivienda (en el caso el inmueble subastado no era una vivienda) y la forma de concesión de préstamos hipotecarios, entiendo que por tal valor real hay que entender el de tasación inicial, según lo que argumentaré después]* … Junto a las razones de derecho material, antes apuntadas, también es de tener en cuenta, en este sentido, que pudiendo haber utilizado el precepto [art. 579 LEC] una terminología linealmente concorde con la del procesalmente antecedente artículo 671 ("importe de la adjudicación", o similar) el caso es que no lo ha hecho.
>
> SEXTO.—En conclusión, como es el caso que la responsabilidad personal universal que proclama el artículo 1911 del Código Civil requiere como presupuesto de actuación, por vía de lo establecido en el artículo 579 de la LEC, la pervivencia de una obligación válidamente exigible; como es el caso, que el ejecutado dicha pervivencia es la que ha venido a cuestionar al aludir a la terminación de la ejecución forzosa por razón de "la completa satisfacción del acreedor ejecutante", lo cual es materialmente equivalente a la extinción de la obligación mediante el pago; y como es el caso que ello ha resultado documental y probatoriamente constatado; la consecuencia debe de ser la de estimar el presente recurso de apelación, *puesto que el importe de valor real del bien al tiempo de la adjudicación es superior no solo a la cantidad por la que el mismo fue adjudicado, sino también a la cantidad que aquí se exigía como remanente del crédito*».

Toda esta argumentación del AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012, resulta extremadamente interesante, aunque pueda discreparse en lo relativo a la manera de valorar objetivamente el bien adjudicado.

Los argumentos de contrario que formulan doctrina y jurisprudencia contra el AAP de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre de 2010, pueden encontrarse resumidos en el AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 20 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/165579).

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 3 de Vinaròs, denegó el despacho de la ejecución solicitado por el Banco Pastor, S. A., como continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria por los trámites de la ejecución ordinaria, por las cantidades que la parte ejecutante solicita (aplicando los arts. 671 y 579 de la LEC, entendiendo que «producto» es el importe de la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación), sin perjuicio de la ejecución que, en su caso, pueda interesar, una vez tasados y aprobados intereses y costas, por las cantidades que resulten ser superiores al valor de tasación de la finca subastada, una vez sumados el principal reclamado (suma de capital e intereses ordinarios y de demora devengados hasta 29 de abril de 2009), más los mencionados intereses y costas que se tasen y aprueben. El Banco Pastor, S. A. interpuso recurso de apelación.

La Audiencia señala que la cuestión jurídica que se plantea al Tribunal ha sido resuelta anteriormente por la misma Sección 3.ª de la AP de Castellón en los autos de 26 y 27 de enero y 17 de febrero de 2012, por lo que reitera lo ya argumentado acerca de la improcedencia de denegar el despacho de la ejecución en el caso contemplado. La Audiencia señala que el artículo 1911 del Código Civil

y 105 LH son preceptos imperativos; que el contenido de los artículos 671 LEC, así como del artículo 654.1 y 672.1 de la misma, es tan claro y categórico que impiden al juez eludir la aplicación de la normativa mencionada, no pudiendo asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto en aras del principio de seguridad jurídica; que el Auto de 28 de enero de 2011, de la Sección 3.ª de la Audiencia de Navarra, ha señalado que actuaciones como la llevada a cabo por la juez *a quo* en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria habiéndose pronunciado en igual sentido el AAP de Navarra (Sección 1.ª), de 10 de febrero de 2011, 11 de abril de 2011 y 29 de marzo de 2011; *que se comete un error al identificar el valor de tasación que sirvió de tipo para la subasta, con el valor real de mercado, pues este ha podido disminuir respecto del valor de tasación debido a las circunstancias económicas y a la grave crisis que atraviesa el sector inmobiliario (el valor de tasación lo que hace es marcar un mínimo legal de adjudicación del bien a favor del acreedor, al señalar que este será del 50 por 100*); si el legislador hubiera querido que el acreedor ejecutante se adjudicara las fincas tras la subasta sin postores por el 100 por 100 del tipo de subasta, así lo habría regulado, sin embargo lo que la Ley explícitamente regula es que *se puede solicitar la adjudicación por el 50 por 100 o por la deuda, y ese es el valor de la adjudicación;* la seguridad jurídica impone que aquellas resoluciones que sean firmes, como el auto de adjudicación, no puedan modificarse de oficio por el órgano judicial, salvo lo previsto en el artículo 240 LOPJ, por ser cosa juzgada formal, al imponerlo así el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales consagrado en el artículo 667 de la LOPJ y 9.3 CE; a la vista de la doctrina sentada por el TC en STC de 29 de noviembre de 1999 *(RTC* 1999/214); 11 de septiembre de 2006 *(RTC* 2006/262) y 24 de abril de 2006 *(RTC* 2006/118) se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta no solo sobre el aspecto meramente formal de la motivación de las resoluciones judiciales, sino también sobre el contenido jurídico-material de dicha argumentación; *la motivación del Auto recurrido, tras indicar que el ejecutante ha actuado conforme a la ley, a continuación describe su pretensión como abuso de derecho, incurriendo en incongruencia con sus propias resoluciones*; *la dicción literal del artículo 671 LEC hace que resulte que la resolución recurrida al estimar que no puede aplicarse «en este caso», el artículo 579 de la LEC, no tenga como base el ordenamiento jurídico, sino una valoración moral subjetiva que lleva a la inaplicación del ordenamiento por razones de oportunidad, olvidando la sujeción de los Jueces a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no debió el juzgado denegar el despacho de la ejecución, lo que no obsta a lo que pudiera acordarse si la parte deudora formalizara la oposición, en cuyo caso habría que dar respuesta a las cuestiones planteadas en dicho trámite.*

La cuestión es si vistos estos argumentos de contrario, puede sostenerse jurídicamente una línea interpretativa como la iniciada por el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, y parcialmente similar a la mantenida por el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012. A mi juicio, existen argumentos a favor de dicha línea jurisprudencial, que pueden aportarse para la defensa del deudor hipotecario.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEN FUNDAMENTAR DECISIONES JUDICIALES EN LA LÍNEA DEL AAP DE NAVARRA, SECCIÓN 2.ª, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010, Y EL AAP DE CÓRDOBA, SECCIÓN 3.ª, DE 1 DE FEBRERO DE 2012

1.º Hay que dar al artículo 671, en relación con el artículo 579 de la LEC, una interpretación sistemática con otros preceptos sustantivos y acorde a la *mens legislatoris* y a la realidad social (art. 3.1 CC)

Para interpretar correctamente el artículo 671 LEC, que es un precepto sustantivo, es imprescindible discernir cuál sea la *ratio* del mismo. Ahora bien, la *ratio* del artículo 671 LEC es *evitar un perjuicio patrimonial importante para el deudor*. Ello se deduce de poner dicho precepto en relación con el artículo 670.4.III de la LEC, que solo admite que se adjudique el bien subastado a un postor por cantidad inferior al 50 por 100 del valor de tasación y al mismo tiempo, también inferior a la cantidad por la que se hubiera despachado la ejecución, si el Secretario Judicial considera que ello no supone un sacrificio patrimonial importante para el deudor. *En caso contrario, el Secretario Judicial no debe aprobar el remate, y debe dar paso a la aplicación del artículo 671 LEC*. *Si queremos dar, pues, al artículo 671 LEC, una interpretación que se corresponda con la* ratio legis, *habría que operar del siguiente modo.* El precepto señala actualmente que el acreedor podrá pedir la adjudicación de la vivienda habitual del deudor, si la subasta queda desierta, por *cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación*. Ahora bien, como señala el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012, el precio de dicha adjudicación no puede quedar a la libre determinación del acreedor, pues a ello se opondría el artículo 1256 del Código Civil, según *el cual el cumplimiento (también el forzoso), del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*, *y el artículo 1449 del Código Civil, según el cual en la compraventa, el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes, teniendo presente que en la adjudicación al acreedor subyace una venta en la que el precio es el crédito o parte de crédito que se extingue*. Por lo tanto, habría que interpretar que la libertad del acreedor está en decidir si procede o no a solicitar la adjudicación, y en este sentido debería entenderse el verbo «podrá», pero tomada la decisión de adjudicación, el precio de la misma (o importe de crédito que se extingue), se determina de forma objetiva en el siguiente sentido: si la deuda es igual o inferior al 60 por 100 del valor de tasación, la adjudicación debería producirse, como mínimo, por el 60 por 100, aportando el acreedor en metálico la diferencia entre el precio de adjudicación y crédito que se extingue (pero el Tribunal podría exigir una tasación actual y aplicar dicho precio, si el precio resultante de la nueva tasación fuese superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial); si el importe de la deuda es superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial e inferior al 100 por 100 de dicho valor, por lo menos, el acreedor debería adjudicarse el bien por el importe de la deuda, (si bien, nuevamente, el Tribunal podría exigir una tasación actual, y si el precio resultante de la misma fuese superior al importe de la deuda, entender adjudicado el bien por dicho precio, aportando el acreedor en metálico la diferencia) y si el importe de la deuda total (principal, intereses y costas) es superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, lo que será lo más frecuente, según se desprende de la jurisprudencia que sigue la línea iniciada por el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, la adjudicación procederá por importe igual *al 100 por 100 de dicho valor de tasación inicial*,

aunque el valor de mercado actual fuera inferior, pudiendo reclamar el exceso sobre ese 100 por 100 mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC. De este modo, se traslada al acreedor el riesgo de depreciación del inmueble que voluntariamente asumió, según expliqué en el epígrafe I. Se logra, además así una interpretación sistemática del artículo 671 LEC con el artículo 670.III.4 del mismo cuerpo legal y con los artículos 1256 y 1449 y 1859 del Código Civil. Igualmente, se obtiene una interpretación acorde con la *mens legislatoris,* pues el legislador, en el Real Decreto-ley 8/2011 (E. de M.) señala que «se modifica la LEC para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita *anular o reducir al máximo la deuda remanente*.

Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor».

Dadas las circunstancias en que se han concedido los préstamos hipotecarios y la situación excepcional que atraviesa España, probada por la misma forma de legislar a base de Decretos-Leyes, previstos por el artículo 86 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad, hay que pensar además que el elemento de la realidad social en la interpretación de las normas exige *no tomar literalmente el artículo 671, que habla de que el acreedor «podrá» adjudicarse el bien por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, sino, acomodándolo a las circunstancias pretéritas (de concesión de los préstamos) y presentes (de crisis económica extraordinaria), en el sentido de que el acreedor es libre o no de pedir la adjudicación, pero no libre de fijar su precio cuando ha realizado o ha admitido una valoración artificiosa del inmueble, y por lo tanto ha procedido a «inflar» el crédito concedido*.

En conclusión, lo que es claro es que resulta preciso interpretar el artículo 671 LEC, de manera que pueda anularse o reducirse al máximo la deuda pendiente, entendiendo, por lo menos siempre que pretenda proseguirse una ejecución ordinaria por un remanente de deuda y esta en su conjunto (principal, intereses y costas) sea superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, que el «producto insuficiente» de la subasta es el bien en sí mismo considerado valorado según la tasación inicial. Con ello se modera el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (arts. 105 LH y 1911 CC).

2.º Las entidades crediticias han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal

Un argumento que apoya la interpretación anterior del artículo 671 LEC, en relación con el artículo 579 del mismo cuerpo legal, es que las entidades crediticias han hecho un *uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal.*

Hay que observar que en casos de hipoteca de responsabilidad limitada, la DGRN ha admitido la inscripción en el Registro de la Propiedad de una cláusula por la que si en un futuro subiera sustancialmente el valor de mercado de la finca hipotecada, se obligaba al prestatario a modificar el valor de tasación para adaptarlo al valor actualizado, y de no hacerlo en un plazo, se consideraba apo-

derada irrevocablemente para hacerlo a la entidad acreedora, aunque incurriese en autocontratación. La razón de admitir la inscripción registral de tal cláusula venía dada porque ello no solo beneficiaba al acreedor, el cual tendría más posibilidades de ser reintegrado en vía de ejecución, de la totalidad del crédito, sino al deudor, pues si el tipo de salida en la subasta era mayor, podía quedar un remanente a disposición de acreedores posteriores o del deudor. En el caso se trataba de un préstamo en el que el acreedor concedía al prestatario una renuncia al principio de responsabilidad patrimonial universal, cuando el principal del préstamo, incrementado por los intereses devengados y capitalizados, superase el valor de tasación de la finca. La DGRN entendía que sin la incorporación al Registro de tal cláusula, la condonación concedida al deudor, que transformaba a la hipoteca en hipoteca de responsabilidad limitada, podía suponer una pérdida demasiado grande para el prestamista en caso de incumplimiento y ejecución forzosa, por lo que estimaba que tal cláusula debía inscribirse en el Registro [RDGRN de 19 de mayo de 2008 *(RJ* 2008/7714) y RDGRN de 20 de mayo de 2008 *(RJ* 2008/7715)].

Es evidente que las entidades bancarias habrían podido incluir cláusulas de este tipo en los préstamos hipotecarios, puesto que ellas predisponen las condiciones generales de la contratación, y a mi juicio, *la buena fe y el justo equilibrio entre las partes, lo habría exigido, teniendo presente que se estaba inicialmente en un contexto alcista de precios*. Ahora bien, parece que no se ha hecho, y pienso que no se ha hecho porque las entidades crediticias *confiaban en utilizar el artículo 1911 del Código Civil y 105 LH, en relación con la interpretación mayoritaria del artículo 671 y 579 LEC, lo cual implica un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se ha impuesto así al deudor hipotecario una garantía desproporcionada (abusiva) por el contexto global en que se ha celebrado y pactado el contrato y nula por contraria a la legislación de protección de los consumidores.*

No cabe alegar que el tenor literal de las normas ampara la conducta del acreedor, que prosigue la ejecución sobre otros bienes del deudor por la diferencia entre montante total de la deuda (principal, intereses y costas) y el importe nominal de la adjudicación (cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial, a la libre determinación del acreedor). Por definición, el abuso de derecho requiere que una norma ampare a una persona en la titularidad y ejercicio *formalmente legítimo de un derecho.* Ahora bien, como señala el artículo 7.2 del Código Civil, se trata de que el titular, *por las circunstancias en que se realiza un acto de ejercicio de un derecho, sobrepasa manifiestamente los límites normales de dicho ejercicio, dando lugar a un abuso de derecho con daño para tercero, lo que debe dar lugar a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso*.

Y si hay abuso de derecho, hay enriquecimiento sin causa, pues ya no puede considerarse que el enriquecimiento del acreedor tenga su amparo en un pacto libremente asumido o en una expresa disposición legal que lo autorice.

Tampoco cabe decir que el deudor pudo, en todo caso, evitar la ejecución, vender el bien y saldar la deuda, pues ya se ha dicho que en el actual contexto de crisis financiera, y dada la forma de concesión de los préstamos hipotecarios, el deudor no tiene esa posibilidad en muchos casos.

3.º La doctrina de los actos propios y el artículo 7.1 del Código Civil amparan la interpretación propuesta

El artículo 5 LMH permitía y permite al acreedor que si el valor del bien hipotecado, por razones de mercado u otras circunstancias, desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad acreedora podía exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre valor del bien y crédito que se garantiza (80 por 100 en las hipotecas para la adquisición de vivienda).

Ahora bien, si el Banco tasó o acepto una tasación inicial, consideró que el bien era garantía suficiente del préstamo que concedía, no estableció una cláusula de revisión al alza del valor de tasación en caso de elevarse sustancialmente el mismo, tampoco hizo uso de las posibilidades que le brindaba el artículo 5 LMH, en caso de depreciación del inmueble; no cumplió la obligación que le impone la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, de calcular el valor de mercado de la garantía real de naturaleza financiera y reevaluarlo con una frecuencia mínima semestral, como ha señalado alguna resolución judicial, es evidente que con sus actos el Banco está aceptando que *el valor real que entra en su patrimonio con la adjudicación del bien, es el valor de tasación inicial, que según sus propios actos no ha cambiado, por lo que no resulta antijurídico que los Tribunales interpreten el artículo 671 y 579 LEC en el sentido dicho, aplicando la doctrina de los propios actos*. *La consideración, pues, de que el valor de mercado es el valor de tasación inicial, no se fundaría en una ficción judicial*.

Como el artículo 7.1 del Código Civil exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, y falta a la buena fe quien va contra sus propios actos, solicitando que continúe la ejecución *por unas cantidades cubiertas con el valor de tasación inicial*, el juzgador, al amparo del artículo 11 de la LOPJ, puede denegar la continuación de la ejecución, *salvo por las cantidades que excedan de dicho valor de tasación. En efecto, el artículo 11 de la LOPJ señala que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe» y que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones… que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»*.

4.º La protección al consumidor en sede de ejecución de un titulo no judicial también exige adoptar la interpretación propuesta

Si la defensa del consumidor debe informar la práctica judicial, como exige el artículo 51.1 y 53.3 CE y el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU y otras leyes complementarias, también debe informar la ejecución de títulos no judiciales, como lo es la escritura de constitución del préstamo hipotecario.

En este sentido, hay que plantearse hasta qué punto ha estado a disposición del consumidor en la contratación de préstamos hipotecarios, la información necesaria relativa a las consecuencias del impago. Un déficit de información sobre tal extremo afectaría a la buena fe, y al conocimiento previo sobre la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, conocimiento que el artículo 80 TRLGDCU conceptúa como un derecho básico del consumidor en los contratos de adhesión. Además, de acuerdo con el artículo 7.*a)* LCGC, tal falta de información podría determinar la no incorporación al contrato de la cláusula

relativa a que la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor (arts. 9 y 10 LCGC) (5).

Si, en todo caso, se considera que la cláusula fue correctamente incorporada al contrato, puede considerarse que dicha cláusula, por el contexto total del contrato y las circunstancias en que aquel fue firmado, imponía una garantía desproporcionada y por ello nula por abusiva. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 8 LCGC y el artículo 83 y 88.1 del TRLGDCU, que establecen un control de contenido de las condiciones generales de la contratación con consumidores, *las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, disponiendo el juez de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando el contrato subsista. Como la nulidad puede apreciarse de oficio, si el Juez advierte que la cláusula de responsabilidad patrimonial universal, por el contexto contractual en que se pactó, es abusiva, y por ello nula, *puede matizar la hipotéticamente letra clara de los artículos 671 y 579 LEC, en relación con el artículo 105 y 140 LH, para obtener un resultado que suponga la integración del contrato de forma sumaria y a los efectos de decidir sobre qué bienes y en qué cuantía prosigue la ejecución*. Ello le llevaría moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido en que lo hizo el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010.

5.º Una aplicación equitativa de las normas, exigida por el artículo 3.2 del Código Civil, conduce a la misma interpretación

El artículo 3.2 del Código Civil indica que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. *En la aplicación de toda norma*. Lo que no permite el artículo 3.2 del Código Civil es que las resoluciones de los Tribunales se fundamenten exclusivamente en la equidad, salvo que la ley expresamente lo autorice. Como señala García Amigo (6), la equidad es un criterio de aplicación de las normas, no una norma jurídica en sí, o una fuente de normas. Como tal criterio, implica un modo flexible de operar en la aplicación del derecho, que tiene

---

(5) No es casualidad que el legislador de la Comunidad Autónoma de Madrid, se haya visto obligado a precisar en el artículo 3 de la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid, que «*con carácter previo a la oferta vinculante,* las entidades de crédito o empresas concedentes deberán facilitar por escrito al consumidor que pretenda contratar un crédito o préstamo con garantía hipotecaria, una información especialmente detallada, cuya redacción deberá ser transparente, clara, concreta y sencilla. El tamaño de letra será el apropiado para facilitar su lectura, de modo que permita al consumidor obtener un conocimiento real del contenido de la información previa. *En dicha información habrán de constar necesariamente los siguientes extremos:*

…d) De manera destacada deberá incluirse la especificación de si se trata de un préstamo o crédito hipotecario cuya garantía alcanza al valor de la vivienda hipotecada y al resto de los bienes y derechos presentes y futuros del consumidor o bien si, al amparo del artículo 140 LH, dicha garantía queda limitada únicamente al valor de la vivienda hipotecada, especificando las condiciones financieras de cada una de las opciones».

(6) García Amigo, M., *Derecho Civil de España,* I. *Parte General.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1997, pág. 186.

en cuenta las circunstancias del caso, evitando una aplicación rígida de formalismos legales. Los griegos denominaban a la equidad *epiqueya,* siendo considerada clásicamente como una virtud que debía poseer el jurista, el cual, en virtud de la misma, templaba el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias cuando lo exigía la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contemplaba.

Según Federico DE CASTRO (7), hay que aplicar la equidad cuando exista una inadecuación entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, por producir la rígida aplicación de esta un resultado injusto. En tal caso, la inadecuación de la norma al caso se deduce del resultado injusto que su estricta aplicación acarrearía. Serían los principios generales del Derecho, informadores del ordenamiento jurídico, según el artículo 1.4 del Código Civil, los que permitirán al Tribunal determinar tal inadecuación. Así, por ejemplo: el principio de que la ejecución ha de producir una satisfacción material del acreedor, y no una satisfacción formal; la proscripción del abuso de derecho o del enriquecimiento sin causa el principio *qui sentit commodum, sentire debet et onus (quien estuvo a la ventaja, crédito inflado, debe estar a la carga, o sea, soportar la depreciación del valor del inmueble);* el principio *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* (Pomponio, D.50, 17, 206); la protección al consumidor frente a cláusulas abusivas y situaciones de inferioridad, etc.

Actuando en equidad el Tribunal, se apartaría del tenor literal de los preceptos, y daría a los artículos 579 y 671 LEC un sentido *posible jurídicamente*, *que es el que le dio el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/1), y jurisprudencia posterior.*

6.º LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El artículo 1091 del Código Civil señala que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.* Ahora bien, cabe que las circunstancias básicas del contrato (su contexto socio-económico) se altere, lo que parecería exigir, *por razones de equidad, que el contrato se modificase a tenor de la alteración, pues de lo contrario resultaría perjudicada la parte a la que la alteración le ha sido adversa*.

El Código Civil no tiene ninguna disposición general que permita la revisión de los contratos por alteración de circunstancias básicas, pero el Tribunal Supremo admite tal revisabilidad sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Se trata de una cláusula de origen medieval que se sobreentiende establecida en los contratos a los que puede afectar la alteración de circunstancias. Según dicha cláusula, los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro se entienden tal como se pactaron *rebus sic stantibus,* esto es, mientras que estén así las cosas, como en el momento de la celebración del contrato.

A juicio, pues, del Tribunal Supremo, sobre la base de dicha cláusula puede obtenerse la revisión del contrato, a petición de la parte perjudicada, si concurren los siguientes presupuestos: la parte perjudicada no es culpable del cambio y carece de otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato; la alteración de circunstancias entre el momento

(7) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona,* 5.ª ed. Imprime: R. García Blanco, Madrid, 1970, pág. 98.

de la celebración y el momento del cumplimiento es extraordinaria e imprevisible; dicha alteración produce un desequilibrio enorme entre las prestaciones de las partes.

Aplicando esta doctrina al caso presente, la alteración del contexto socioeconómico de los contratos (estallido de la burbuja inmobiliaria y brusca y extraordinaria caída del precio de la vivienda), es una alteración imprevisible, por lo menos en su magnitud, para el deudor-consumidor, que no dispone de la misma información y análisis de riesgos que el Banco-profesional, que perjudica gravemente a aquel en cuanto que *le resulta imposible vender su vivienda para evitar la ejecución, en cuanto a que le es imposible impedir que la subasta quede desierta, y en cuanto a que la depreciación sufrida por la garantía inmobiliaria sobrevalorada ni puede impedirla, ni le es imputable. Además, por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria se agravan para él las consecuencias del artículo 105 LH en caso de incumplimiento*.

Por lo tanto, en tal caso puede revisarse el contrato para evitar el perjuicio del deudor, *moderando el principio de responsabilidad patrimonial universal en el sentido dicho*, lo que supone en definitiva para el deudor una reducción de su deuda por la vía de asumir el acreedor hipotecario el riesgo de depreciación del valor de la garantía, *reducción que equilibra las prestaciones de las partes*.

En todo caso, para trasladar al acreedor el riesgo de depreciación del valor del inmueble dado en garantía, que es lo que he propuesto a lo largo de este trabajo, entiendo que el Tribunal debería cerciorarse de una serie de circunstancias relativas al deudor, entre otras: la buena fe del deudor, la situación en que se contrajo el crédito (se asumió por el deudor un endeudamiento responsable, o siendo irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor), la existencia de una justa causa que impida el pago del préstamo (por tal habría que entender una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor), etc.

V. CONCLUSIONES

1. A pesar de las reformas introducidas en el ordenamiento jurídico a favor de los deudores hipotecarios, que efectivamente han mejorado su situación, se hace necesario interpretar, por ser aquellas insuficientes, que las adjudicaciones en los procedimientos de ejecución hipotecaria *deberían producirse, por lo menos, por el 60 por 100 del valor de tasación de la vivienda en caso de que la deuda fuera de importe igual o inferior (abonando el acreedor la diferencia) o en caso de que la deuda fuera de importe superior a dicho 60 por 100, por el porcentaje equivalente a dicho importe, al menos. Adjudicándose, finalmente, por el 100 por 100 del valor de tasación inicial, en todo caso, si la deuda global es superior a tal valor, pudiendo reclamar la diferencia del principal no satisfecho de dicho modo, más lo que resulte de la tasación de intereses y costas, mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC, en el sentido en que lo han entendido diversas resoluciones judiciales. De este modo se modera la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en beneficio del deudor.*
2. Tal interpretación tiene base jurídica y no es contraria ni a la Ley ni a la Constitución.

3. Dicha interpretación del artículo 671 LEC en relación con su artículo 579 debería aplicarse judicialmente en el momento procesal más oportuno.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Álamo González, D. P.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Arruñada, B.: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 731, mayo-junio de 2012.

Casado Román, J.: «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto-ley», en *Diario La Ley,* núm. 7697, lunes, 19 de septiembre de 2011.

Castilla Cubillas, M.: «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *Actualidad Civil,* núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2011.

Cuena Casas, M.: «Familia y concurso de acreedores. Capítulo 30», en *Tratado de Derecho de la Familia* (coord.: Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M.), vol. IV, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

— «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 125, año XXXI, enero-marzo de 2012.

— «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexión sobre algunas propuestas legislativas», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 43, mayo-junio de 2012.

De Castro y Bravo, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona,* 5.ª ed. Imprime: R. García Blanco, Madrid, 1970.

Defensor del Pueblo: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo,* Madrid, 2012.

Díez García, H.: «Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 87, septiembre-diciembre de 2011.

García Amigo, M., *Derecho Civil de España, I. Parte General.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1997.

García Medina, J.: «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley,* núm. 7324, 2010.

González Fabre, R.: «Dación en pago: ¿por qué y cómo?», en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura,* Tomo 264, núm. 1358, 2011.

Goñi Rodríguez de Almeida, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010, de la Audiencia Provincial de Navarra», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725.

Hernández Arranz, M.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre de 2011.

Jiménez París, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley,* núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

— «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 724, marzo de 2011.

— «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia

Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 727, septiembre de 2011.
— «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012.
— «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la AP de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732, julio-agosto de 2012.
— «La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?», en *Homenaje a Joaquín Rams Albesa.* Cuena Casas, Matilde (coord.), 1.ª edición. Editorial Dykinson. *En prensa.*

Juan Gómez, M.: «Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la LEC», en *Diario La Ley,* núm. 7622, miércoles, 4 de mayo de 2011.

Martín Briceño, M. R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726.

Martín Pastor, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre», en *Diario La Ley,* núm. 7590, 2011.

Méndez González, F. P.: «Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 729.

Mireia, I.: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria?: la dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario,* núm. 94, 2009.

Nasarre Aznar, S.: «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 727.

Pérez García, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010», en *Diario La Ley,* núm. 7590, 2011.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS de 25 de septiembre de 2008 *(RJ* 2008/5570).
- STS de 2 de julio de 2007 *(RJ* 2007/3788).
- STS de 24 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3438).
- STS de 16 de febrero de 2006 *(RJ* 2006/720).
- STS de 18 de noviembre de 2005 *(RJ* 2005/7733).
- STS de 8 de julio de 2003 *(RJ* 2003/4334).
- STS de 18 de febrero de 2003 *(RJ* 2003/1049).
- STS de 31 de julio de 2002 *(RJ* 2002/8436).
- STS de 26 de junio de 2002 *(RJ* 2002/5499).
- STS de 8 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3782).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 13 de diciembre de 2010 *(JUR* 2011/54485).

- SAP de Murcia (Sección 3.ª), de 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133284).
- SAP de Sevilla (Sección 6.ª), de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/142979).
- SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 13 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005/147276).
- SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249236).
- SAP de Granada (Sección 3.ª), de 25 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/105900).
- AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 20 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/165579).
- AAP de Córdoba (Sección 1.ª), de 26 de julio de 2011 *(JUR* 2011/379968).
- AAP de Navarra (Sección 3.ª), de 28 de enero de 2011 *(AC* 2011/40).
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 16 de noviembre de 2011 *(AC* 2011/2172).
- AAP de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre de 2010 *(AC* 2011/1).
- AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 26 de octubre de 2010 *(AC* 2010/2046).
- AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 15 de octubre de 2010 *(JUR* 2011/17660).
- AAP de Girona (Sección 1.ª), de 10 de septiembre de 2010 *(JUR* 2010/387155).
- AAP de Girona (Sección 1.ª), de 18 de junio de 2009 *(JUR* 2009/390804).
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 21 de febrero de 2009 *(JUR* 2010/247186).
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 8 de octubre de 2008 *(JUR* 2009/388293).
- AAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 11 de febrero de 2008 *(JUR* 2011/233600).
- AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de mayo de 2008 *(JUR* 2008/310439).
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/76471).
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 14 de mayo de 2007 *(JUR* 2007/304316).
- AAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2007 *(JUR* 2007/201109).
- AAP de Girona (Sección 1.ª), de 20 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/290696).
- AAP de Madrid (Sección 19.ª), de 14 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/173153).
- AAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 30 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004/286374).
- AJI, número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012 *(AC* 2012/357).
- AJI, número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012 *(JUR* 2012/59745).
- AJI, número 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 *(AC* 2011/42).

RESUMEN

PATRIMONIO INEMBARGABLE, REAL DECRETO-LEY 6/2012 EJECUCIÓN HIPOTECARIA ADJUDICACIÓN EN PAGO MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

En el presente trabajo se analizan las principales medidas legislativas adoptadas a favor de los deudores hipotecarios: el incremento del patrimonio inembargable, la modificación del artículo 671 LEC, el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y de las medidas previstas en el mismo (reestructuración de la deuda hipotecaria, mediante moderación de los intereses moratorios y mediante aplicación del

ABSTRACT

ASSETS IMMUNE TO ATTACHMENT, SPANISH ROYAL DECREE-LAW 6/2012 MORTGAGE FORECLOSURE PROPERTY AWARDED IN PAYMENT MODERATION OF THE RULE OF UNLIMITED PERSONAL LIABILITY.

The main legislative measures that have been taken to help mortgage borrowers are an expansion of the assets immune to attachment, the amendment of section 671 of the Civil Proceeding Act, the realm of application of Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March and the measures called for in the latter (restructuring of mortgage debt by moderation of interest on late payment and by application of the Good Practice Code). An

Código de Buenas Prácticas), llegando a la conclusión de que, ante la insuficiencia de dichas medidas es preciso buscar argumentos para la defensa del deudor hipotecario en el seno de las ejecuciones hipotecarias y en las ejecuciones ordinarias posteriores, si el producto de aquellas es insuficiente. Se analizan las aportaciones más recientes, al respecto, de la jurisprudencia, en lo relativo a moderar los intereses moratorios, así como en lo relativo a moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal, permitiendo reclamar en ejecución ordinaria posterior a la ejecución hipotecaria, únicamente el exceso de deuda sobre el 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble (vivienda habitual) adjudicado al acreedor. La autora aporta argumentos que permiten sostener que resoluciones judiciales dictadas en este último sentido tienen base jurídica, y perfecto encaje en el ordenamiento jurídico vigente.

analysis of these measures is given. The conclusion reached is that the measures fall short of their goal and make it necessary to seek arguments defending mortgage borrowers in mortgage foreclosures and, where the product of foreclosure is insufficient to pay off the debt, in subsequent proceedings. The most recent case-law contributions on the topic are analyzed, looking at the moderation of interest on late payment and moderation in the rule of unlimited personal liability. On the latter point, there are cases where, in ordinary proceedings after foreclosure, the lender is allowed to sue only for the portion of the debt in excess of the full initial appraised value of the property (permanent residence) awarded to the lender. The author furnishes arguments that such rulings do have a legal basis and fit smoothly into current legislation.

2. DERECHO MERCANTIL

MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL: LA LEY 5/2012, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE MEDIACIÓN. CUESTIONES DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL (1)

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO-LEY 5/2012, DE 5 DE MARZO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.—II. RÉGIMEN GENERAL DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL: A) Concepto. B) Ámbito de aplicación. C) El mediador. D) Las instituciones de mediación. E) Principios informadores de la mediación: a) *Voluntariedad y libre disposición*; b) *Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad*; c) *Confidencialidad;* d) *Buena fe y respeto mutuo*. F) El procedimiento. G) El acuerdo de mediación y su ejecución. H) La mediación y el proceso judicial: La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones, y la imposibilidad de ejercitar acción alguna ante los órganos jurisdiccionales mientras dure el procedimiento de mediación. Ampliación de la declinatoria. I) Modificaciones a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. J) Novedades de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, frente al Real Decreto-ley 5/2012.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE ENLAZA LA MEDIACIÓN CON ASUNTOS CIVILES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO-LEY 5/2012, DE 5 DE MARZO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

El 6 de marzo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante el Real Decreto-ley). El Real Decreto-ley transpone 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 en los litigios transfronterizos (en adelante Directiva 2008/52/CE). Transcurridos cuatro meses de su vigencia, ha visto la luz la ansiada Ley de mediación 5/2012.

En nuestro ordenamiento jurídico era necesario dar carta de naturaleza a la mediación civil y mercantil y, en este sentido, su regulación a través, primero del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, y después de la Ley, han sido bienveni-

(1) El trabajo se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER 2009-10387), 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.

dos. La Ley vigente reproduce la mayoría de los preceptos del Real Decreto-ley, introduciendo unas mínimas modificaciones, por lo que en este trabajo nos referiremos a ambos textos normativos. Como solución de urgencia ante el retraso en la obligatoria incorporación de la Directiva 2008/52/CE, el Real Decreto-ley ha permitido establecer, respetando las correspondientes normas sectoriales de otros tipos de mediación, una suerte de régimen general uniforme recogido ahora en la propia Ley de Mediación (2).

El Real Decreto-ley 5/2012 define el concepto de mediación y sus principios informadores; regula las instituciones de mediación; crea el Estatuto del mediador y las condiciones y los requisitos que le son exigibles, así como su responsabilidad en el ejercicio de su función; determina el procedimiento a seguir; establece la forma de los acuerdos de mediación y los requisitos de formalización para que puedan ser ejecutables.

Además, se realizan las modificaciones necesarias en otras leyes como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (para, entre otras cosas, reconocer la declinatoria de falta de jurisdicción por existencia de compromiso de mediación), y en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Industria y Comercio, para dar entrada a esta nueva figura jurídica.

Desde el principio, y siempre según mi opinión, destaca el desigual acierto con el que se regulan determinados aspectos en la nueva norma y que serán revisados en las páginas siguientes. Si, de un lado, es digna de elogio la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso (máxime en relación a la mediación concursal), de otro, el exceso de regulación del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles no parece que vaya a favorecer la práctica de la mediación. En la misma línea de exceso regulatorio, destaca la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable. Esta formalidad resulta más llamativa por cuanto la necesidad de contraste notarial o intervención judicial significan que el Real Decreto-ley configura el acuerdo de mediación con un rango inferior al de un laudo arbitral que sin precisar de más requisitos, resulta ejecutable.

La elección por el Gobierno del Real Decreto-ley como instrumento normativo para la transposición de la Directiva 2008/52/CE tiene su justificación en la finalización del plazo para su transposición el pasado 21 de mayo de 2011 (3). En todo caso, desde la perspectiva de las críticas que cabe formular al Real

---

(2) La Ley 5/2012 fue publicada en el *BOE* núm. 162, de 7 de julio, y entró en vigor a los veinte días de su publicación.

(3) El 2 de marzo de 2012 fue aprobado el Real Decreto-ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con la pretensión de cumplir dos mandatos legislativos pendientes; por una parte, la transposición de la Directiva de 2008 de la Unión Europea, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, por otra, la de la Disposición Adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida en 2005, en la que se establecía que en el plazo de un año se desarrollaría una Ley de Mediación. El retraso de la actividad legislativa ha sido de uno y de siete años, respectivamente. Esta es, precisamente, la razón de la elección del Real Decreto-ley para regular la mediación, y simplificar muy significativamente la tramitación de la tan esperada norma estatal sobre mediación. La Directiva a transponer era la 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación, y ha supuesto el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de provocar la política de reforzamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE, establecida a raíz del Consejo Europeo de Tampere de 1999

Decreto-ley, la relativa a la forma de la norma es la menos relevante. En todo caso, la Ley 5/2012 ha derogado expresamente el Real Decreto-ley, convirtiéndose en la única norma estatal en vigor que regula la mediación.

La Directiva 2008/52/CE exige a los Estados miembros que adecuen sus legislaciones en el sentido de que favorezcan el uso de la mediación privada (art. 9 y considerando 25) y aquella conectada con el Tribunal, en la que los jueces podrán pedir a las partes que acudan a una sesión informativa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 5, y ello se ha pretendido en el Real Decreto-ley en la Disposición Adicional segunda, titulada «Impulso a la mediación».

Sin embargo, el Real Decreto-ley va más allá y aprovecha para conformar el régimen general de la mediación en España para asuntos civiles y mercantiles. En este sentido, y manteniendo un significativo paralelismo con lo sucedido en 2003, cuando se modernizó nuestra regulación del arbitraje, el legislador confiesa haberse inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

El Real Decreto-ley tiene como objetivo de política legislativa fomentar la autocomposición como fórmula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio. El Real Decreto-ley incrementa el arsenal de los instrumentos disponibles para las partes en evitación del conflicto judicial. Con ello, se espera que disminuya la carga judicial y los litigios que se resuelven en el marco del proceso judicial. Con anterioridad al Real Decreto-ley faltaba un reconocimiento formal de la mediación y la conciliación, por lo que hay que reconocer que la aprobación de la norma ha sido en pro de la mediación.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley describe los tres ejes sobre los cuales se ha estructurado la norma. El primero de ellos es la *desjudicialización,* esto es, el deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un *último remedio.* El segundo eje consiste en la *deslegalización* o *pérdida del papel central de la ley* a través de un método de resolución de controversias que valore e incluya otras consideraciones que no sean las de índole necesariamente jurídica. El último eje comprende la *desjuridificación,* ya que la forma y contenido del acuerdo logrado serán, en principio, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia del árbitro, el mediador no decide ni «da la razón» a una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia.

Conforme a lo expresado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, cabe afirmar la corrección de las bases fijadas para el desarrollo de la mediación civil y mercantil en nuestro país, en sintonía con el desarrollo normativo en el ámbito internacional, y en particular en otros países de nuestro entorno. No obstante, a mi parecer, algunos aspectos de la norma requerirían determinadas modificaciones, que apuntaremos en este trabajo, con el fin de lograr que la mediación se implante de manera eficiente en España.

En nuestro ordenamiento, si la tradición de la mediación civil en ámbitos como el Derecho de Familia o el Derecho Sucesorio (4) es bien conocida, la

---

como parte del derecho de acceso a los Tribunales, y que se ha recogido en el Consejo de 2000 y en documentos como el proyecto de Constitución Europea o el Convenio de Lisboa.

(4) Entre las sentencias del Tribunal Supremo que enlazan el Derecho de Familia y el Sucesorio se encuentran las de 19 de enero de 2012, de 20 de mayo de 2010 y 3 de julio de 2009, cuya parte relevante sobre la mediación se reproduce en el epígrafe III de este trabajo.

nueva y reciente regulación de la mediación nos brinda la oportunidad de extenderla también al ámbito mercantil o empresarial. Materias típicamente mercantiles como son el concurso de acreedores (5), el contrato de seguro, la *joint venture* (6), el contrato de franquicia o la propiedad industrial (7), entre otras, pueden y, en mi opinión en ocasiones deberían, ser sometidas a mediación y, a partir de ahora, con mayor seguridad jurídica gracias a la carta de naturaleza otorgada por la nueva regulación de la mediación como resolución alternativa de conflictos. En todo caso, el recién aprobado régimen legal de la mediación es de carácter general, para lo civil y lo mercantil, por lo que no cabe afirmar la existencia de una mediación típicamente mercantil. La nota de la mercantilidad vendrá dada por la particular materia mercantil que sea objeto de la mediación y, en consecuencia, por la deseable especialidad mercantil de los mediadores que intervengan (por ejemplo, en materia concursal). Por todo ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE, que se recoge en las páginas siguientes, resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

---

(5) La Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, exhorta al Gobierno a que remita a las «*Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, "podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza"*» (el entrecomillado es de la autora). Además de lo anterior, no podemos olvidar el contenido del frustrado Proyecto de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el *BOE* de 29 de abril de 2011.

(6) Considerando que en la base de la mediación se encuentra la negociación, vid., Galeote Muñoz, M.ª P., *China: Negociación e inversión extranjera.* Joint Ventures *e implicaciones jurídicas,* Tirant lo Blanch, marzo de 2012, págs. 169-209.

(7) En la coyuntura económica actual, los titulares de derechos de propiedad industrial están optando con mayor frecuencia por resolver sus conflictos con terceros de forma negociada, tratando de evitar la interposición de acciones judiciales que resultan costosas, por lo que la mediación se presenta como una solución atractiva que reduce coste y tiempo a los interesados. Con la entrada en vigor de la Ley de mediación, los acuerdos de mediación alcanzados en el ámbito de la Unión Europea pueden ejecutarse en España, y el hecho de que en los distintos países de la Unión Europea se hayan adoptado disposiciones similares, de conformidad con lo establecido en la Directiva 2008/52/CE, favorecerá la utilización de la mediación en materia de propiedad industrial, en especial a quienes tienen conflictos transfronterizos en estas materias. Ello facilitará su resolución de una forma rápida y más económica que el sometimiento de las controversias a los Juzgados competentes, y favorecerá la inclusión de cláusulas contractuales en los contratos sobre propiedad industrial, lo que dará lugar a ventilar los eventuales conflictos que puedan surgir en relación con dichos contratos mediante mediación. Todo ello resulta de gran interés en la medida en que muchos de los conflictos de marcas tienen repercusión en varios Estados, como es el caso de las marcas comunitarias, cuyos efectos jurídicos se despliegan en todo el territorio de la UE. Si bien es cierto que existen posiciones encontradas en la doctrina sobre la posibilidad de someter a mediación determinados temas de propiedad industrial, como la declaración de nulidad de una marca o patente, es evidente que en otros supuestos la mediación es perfectamente posible, como la resolución de un contrato de licencia de marca.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL

La normativa de mediación, además de añadir cuestiones completamente ajenas a la misma, como cierta regulación del acceso a la profesión de abogado, se estructura en cinco títulos. El primero corresponde a cuestiones generales; el segundo, a los principios que informan la mediación; el tercero, relativo al estatuto del mediador; el cuarto, regulador del procedimiento de mediación; y el quinto y último, establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación. Además, en las disposiciones finales se establece el nuevo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil afectado por la reforma, que son relativas a la suspensión, competencia, confidencialidad, y derivación del asunto a mediación y ejecución.

En la revisión del régimen general de la mediación seguimos el orden sistemático del Real Decreto-ley, prestando atención a los aspectos más importantes e incorporando algunas observaciones relativas a la mediación mercantil como es la del concurso de acreedores. Al hilo de lo anterior se comentarán las mínimas modificaciones introducidas por la Ley frente al Real Decreto-ley. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de mediación, será asimismo considerada por su interés al referirse a la Directiva 2008/52/CE, de la que trae causa la regulación sobre mediación objeto de este trabajo.

A) Concepto

La mediación, se ha dicho (8), supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora-demandada, ganadora-perdedora, o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto. En términos expresados por la jurisprudencia (9), «*La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación*».

El Real Decreto-ley recoge una definición de la mediación muy simple, del estilo previsto de la Directiva 2008/52/CE y, de manera especial y con gran acierto, destaca la voluntariedad. La mediación se define como aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un mediador. La denominación que las partes utilicen, mediación, conciliación u otra, es indiferente.

Como norma española sustantiva dedicada a la mediación, el Real Decreto-ley se ha de considerar favorable y en particular por dos motivos. El primero de ellos porque ha transpuesto la Directiva 2008/52/CE, y el segundo porque se ha inspirado en los trabajos de armonización de UNCITRAL (10), como el legislador

---

(8) En este sentido se expresa Villagrasa Alcaide, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, Lasarte Álvarez, (dir.), Madrid, 2007, pág. 133.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 19 de enero de 2012.

(10) Al igual que ocurriera en 2003 en sede de arbitraje en España, se ha seguido en gran medida las recomendaciones de UNCITRAL, adoptando muchos de los criterios recogidos, en este caso, en la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

español señala en su Exposición de Motivos. Este criterio, sin embargo, no es compartido ni pacífico, pues parece que se trata de dos mediaciones distintas: la que encuentra su origen en UNCITRAL y la que lo halla en el Real Decreto-ley (11). Por ello, podía haberse evitado la confusión terminológica y conceptual en que incurre el Real Decreto-ley utilizando la terminología de los textos de UNICITRAL, toda vez que «conciliación» y «mediación» son métodos alternativos de resolución de conflictos distintos, y sus diferencias no son puestas de manifiesto en el Real Decreto-ley de mediación. Como quiera que sea, el Reglamento de UNCITRAL utiliza el término «conciliación» (12) y establece sus reglas, por lo que dicho término resultaría acertado, porque lo que la nueva norma de mediación persigue es precisamente conciliar. Podemos avanzar que los preceptos formalistas del Real Decreto-ley suscitan una reflexión en el sentido de que los mismos pueden ser útiles en este momento pero en el futuro probablemente no lo serán, afectando al carácter vinculante, y podrán ser esgrimidos como defectos de forma, escapando con ello al carácter vinculante.

B) Ámbito de aplicación

Como expresa el Real Decreto-ley, el mismo es de aplicación a las mediaciones sobre derechos disponibles para las partes en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. En este sentido, puede comprobarse el paralelismo con el ámbito del arbitraje (art. 2.1 de la Ley de Arbitraje). En la nueva normativa española se ha recogido una regulación genérica sobre la mediación, lo cual es muy acertado, frente a la posibilidad de haber regulado únicamente los conflictos transfronterizos, como exigía la Directiva 2008/52/CE. Sin duda, esta opción resulta la más adecuada, dada la necesidad de regulación y la conveniencia de disponer de una normativa clara y coherente.

Dentro del ámbito material del Real Decreto-ley se incluye la mediación familiar, cuestión que quedaba a elección de los Estados al transponer la Directiva, y ello al señalarse en el artículo 2 que es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, y, además, la Exposición de Motivos incluye en su ámbito la mediación familiar en su apartado segundo.

En relación al ámbito material de la mediación, se ha de considerar el concurso de acreedores. Entre las soluciones más rápidas y menos costosas a las situaciones de insolvencia que el concurso de acreedores, la doctrina aboga por la mediación. La existencia de un único procedimiento concursal significa que el mismo no se adapta por igual a las diversas circunstancias en las que se puede encontrar el deudor, pues la insolvencia de un empresario o la insolvencia de una familia, por sus peculiaridades, precisan de un trato diferente. Esta afirmación cobra mayor sentido si se piensa en los acuerdos de refinanciación, pues los mismos, como solución a la insolvencia pueden ser de utilidad para los deudores que sean empresas, no así familias. En este contexto, la mediación concursal sería aquella en la que «*deudores y acreedores, ante un problema de insolvencia,*

(11) Illescas Ortiz, R., «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos,* jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.

(12) Téngase en cuenta que en el texto de UNCITRAL, dentro del término «conciliación», se incluye la mediación, porque se refiere a todo procedimiento que no escapa al control de las partes y se lleva a cabo con la asistencia de, por lo menos, un tercero neutral.

acudirían a una persona que aproximara a las partes y les ayudara a negociar las salidas a la crisis» (13).

Por último, la mediación en los ámbitos laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo, se encuentra fuera del ámbito material de la Ley, al considerarse ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes, siguiendo en este sentido la línea que estableció la Directiva 2008/52/CE.

C) El mediador

Entre los aspectos más elogiables del Real Decreto-ley destaca la institucionalización y profesionalización de los mediadores, que son emplazados solemnemente en las resoluciones alternativas de disputas de manera permanente y preferente. En este sentido, la figura del mediador se concibe como el elemento vertebrador de la mediación, porque es este el que ayuda a las partes a encontrar una solución.

Dos son los aspectos relativos a la figura del mediador que se regulan en el Real Decreto-ley: el primero se refiere al nivel formativo de los mediadores, que requerirá una formación específica que les proporcione los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación. Si bien el Real Decreto-ley establecía la no necesidad de una titulación de nivel universitario para el ejercicio de la profesión de mediador, la Ley lo modifica requiriendo lo contrario; el segundo de los aspectos atañe a la responsabilidad civil en que pudieren incurrir los mediadores, estableciendo al respecto la necesaria suscripción de un seguro o garantía equivalente, y existiendo ya en el mercado alguna póliza específica de responsabilidad civil de mediadores.

Conforme a la Ley de Arbitraje (art. 17.4), es preciso tener en cuenta que, salvo acuerdo en contrario de las partes, no puede actuar como árbitro quien haya intervenido como mediador en esa misma disputa.

El examen de la figura del mediador requiere de nuevo recordar lo establecido en la Exposición de Motivos al señalar la *desjudicialización* como uno de los ejes de la mediación privada, en el sentido del deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un *último remedio*. De este modo, el requisito de *formación específica para ejercer la mediación* por *instituciones debidamente acreditadas*» (art. 11.2 RDL) sería tal vez algo ajeno a la *desjudicialización* ya referida. Como ejemplo, en Estados Unidos no es habitual establecer requisitos para la formación de los mediadores, aunque sí es frecuente que las personas que presten servicios de mediación reciban una formación continua en la materia. Allí, si bien la autonomía de la voluntad de las partes impera en el ámbito de la mediación, sucede que la autorregulación y la eficacia del mercado han sido fundamentales para garantizar la calidad del servicio. En este sentido, el Real Decreto-ley (art. 11.1) establece de manera idéntica la exigencia para actuar de mediador, como la que señala la Ley de Arbitraje (art. 13) para actuar de árbitro: *las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles*. Sin embargo, el legislador

(13) Beltrán Sánchez, E., *¿Otras soluciones a la insolvencia?,* en http://www.diariojuridico.com.

español ha sido más exigente en materia de mediación al exigir una formación específica al mediador que no requiere para el árbitro. Esta circunstancia resulta llamativa, toda vez que el árbitro emite un laudo que produce efectos de cosa juzgada, a diferencia de lo que ocurre en la actuación del mediador, como veremos más adelante. Esta circunstancia quizá se explica por el arraigo que la cultura de arbitraje tiene en nuestro país. En este sentido, se ha dicho que la autorregulación y la eficacia del mercado se consideran vehículos fiables del control de calidad. Por el contrario, para el caso de la mediación no parece que la opción del legislador resulte la más afortunada, máxime si recordamos que entre los objetivos del Real Decreto-ley se encuentra el de impulsar el establecimiento y consolidación de la cultura de la mediación.

Ligado a la cultura de la mediación, la mediación concursal se presenta como un sistema válido tanto para familias como para pequeños empresarios o profesionales independientes que ya está funcionando en muchos países como Inglaterra, Francia y Bélgica. Sin embargo, lo complejo de aplicar este sistema en España es que, mientras la mediación forma parte de la cultura empresarial y del derecho privado en otros países, los españoles somos proclives al arbitraje, en el sentido de que sea un tercero, árbitro o juez, que tome una decisión. En este sentido, como ya hemos apuntado, la diferencia entre el concurso y la mediación es que el mediador no toma decisiones, solo aproxima a las partes, con un proceso similar a los acuerdos de refinanciación, solo que con la intervención de un mediador.

En buena medida, el éxito del impulso de la mediación y su implantación como método alternativo de resolución de conflictos, alternativo al judicial y al arbitral, reside en la adecuada formación y especialización (14) de los mediadores, de manera especial en materias mercantiles complejas como es el concurso de acreedores. Dicha formación de carácter jurídico, por sí sola no es suficiente para garantizar una mediación concursal de calidad, por lo que habrá de ser completada con la formación en la destreza en las técnicas propias de la mediación. El «mediador concursal» no solo debe tener conocimientos técnicos en materia concursal, sino que ha de saber mediar y, por tanto, negociar. Lo contrario frustraría una de las ventajas de la mediación, alargando o retrasando el inicio del procedimiento concursal, al estilo del actual artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En la mediación concursal, el papel del mediador sería similar al del administrador concursal pero sin necesidad de intervención judicial y con un procedimiento mucho menos costoso, ya que no tendría que tomar decisiones. Una vez alcanzado el acuerdo, se elaboraría un documento que se trasladaría al notario y en caso de no alcanzarlo, la doctrina (15) entiende que *el propio mediador podría convertirse en administrador concursal.* Sin duda, este es uno de los ejemplos que justifican que se requiera la especialización como requisito para ejercer como mediador máxime, insisto, en el ámbito mercantil.

En la misma línea de lo expresado, al ansiado éxito de la mediación contribuiría, sin duda alguna, el establecimiento de otras medidas complementarias como la creación de un registro de mediadores (ya existen algunos registros creados por asociaciones privadas que ofrecen mediación y arbitraje), o la aprobación de un

---

(14) En relación a la especialización de los mediadores, y en particular en el ámbito de la mediación concursal, sería conveniente la acreditación como mediador especializado, a través de algún tipo de certificación, pues ello redundaría en la confianza y la garantía en la mediación frente, por ejemplo, a la vía judicial.

(15) Beltrán Sánchez, E., «¿Otras soluciones a la insolvencia?», *op. cit.*

código deontológico (16), pues con ello se propiciaría la transparencia necesaria en aras de infundir confianza en todos los involucrados en la mediación.

En suma, el exceso de la regulación de algunos aspectos del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles en la nueva normativa sobre mediación, a mi parecer, no son la mejor opción para lograr el impulso definitivo de la mediación civil, y sobre todo la mercantil, que en nuestro país se necesita. En este sentido, la norma nueva puede representar una injerencia de tal trascendencia que el efecto que se consiga con ella resulte contrario al perseguido, generando más problemas que soluciones en la práctica.

D) Las instituciones de mediación

El Real Decreto-ley reconoce la importancia de las instituciones de mediación a la hora de fomentar y ordenar los procedimientos de mediación. En coherencia con ello, permite que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación desempeñen funciones de mediación. Y las instituciones que tengan entre sus fines el arbitraje deberán asegurar la separación entre ambas actividades.

En relación a las Cámaras de Comercio se ha criticado la proliferación de organismos que administran arbitrajes y, como consecuencia de ello, la falta de calidad en los mismos. La realidad es que las Cámaras de Comercio, por el contacto directo que guardan con los empresarios, son idóneas para divulgar y hacer publicidad de la mediación.

La Ley 5/2012 fija con más claridad el ámbito de actuación de las instituciones de mediación, determinando que estas no podrán prestar directamente el servicio de mediación, ni tener más intervención en la misma que la que prevé la ley. Asimismo, declara expresamente que las instituciones podrán ser españolas o extranjeras, evitando la incertidumbre al respecto.

E) Principios informadores de la mediación

a) *Voluntariedad y libre disposición*

El principio informador de la voluntariedad y libre disposición representa uno de los aspectos más elogiables del Real Decreto-ley, si bien en los borradores de la norma es un aspecto que resultaba oscuro, no en vano, la mediación se imponía como paso previo a la interposición de la demanda, siendo objeto de crítica (17). Con la regulación vigente, la premisa es que alcanzar un acuerdo no es obligatorio, pero el acuerdo alcanzado voluntariamente podrá convertirse, mediante su elevación a escritura pública, en título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse ante el Tribunal competente.

Como máxima, se ha de partir de que el principio de voluntariedad y libre disposición es esencial a la mediación. Cuando exista un pacto escrito de mediación, deberá intentarse de buena fe el procedimiento pactado antes de

---

(16) Vid., el Código Europeo de Mediadores, en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf. En la actualidad se han aprobado algunos códigos deontológicos por asociaciones que ofrecen mediación.

(17) Referido al anteproyecto de ley de mediación, critica la obligatoriedad de la mediación, Pérez Conesa, «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil,* 4/2010.

acudir a la jurisdicción o al arbitraje, y como garantía de ello se regula la declinatoria en los términos que veremos más adelante. Sin embargo, las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación. Las partes pueden abandonar unilateralmente la mediación en cualquiera de sus fases.

El sistema de relación entre la mediación y el proceso se regula de manera llamativa en el Real Decreto-ley, pues da un tratamiento análogo al sometimiento tanto a la mediación como al arbitraje. Esta opción del legislador resulta llamativa al recordar que la voluntariedad es un elemento básico del proceso de mediación, así como la posibilidad en todo momento de abandonar la mediación por cualquiera de las partes. El texto normativo tiene como objetivo fortalecer el uso de la mediación impidiendo que un Tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación: en el artículo 6, titulado *Voluntariedad y libre disposición,* se establece que: «*1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*».

La nueva redacción de los artículos de la LEC, relativos a jurisdicción, permite la apreciación a instancia de parte por existir un procedimiento de mediación en curso, así como la posibilidad de presentar declinatoria por haberse pactado que se haya de intentar la mediación. Así, en el artículo 39 LEC, con la nueva dicción dada por el Real Decreto-ley, se dispone que el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación, al tiempo que en el artículo 63.1 LEC se integra la sumisión a mediación como motivo de la declinatoria. Estas nuevas regulaciones fortalecen los acuerdos por escrito de sometimiento a mediación, indicándose incluso la necesidad de intentar el procedimiento de buena fe, asegurada, por otra parte, con la introducción en el apartado primero del artículo 395 LEC de la definición de mala fe a efectos de condena en costas cuando se hubiera iniciado procedimiento de mediación por la otra parte. A tal efecto, la Ley dispone que se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

Como un elemento de fondo regulado en el Real Decreto-ley que, a nuestro entender, no resulta afortunado, destaca el escaso valor vinculante de las denominadas «cláusulas de mediación». Esta crítica ha de entenderse en el sentido de que el legislador no ha sido excesivamente exigente en cuanto a dichas cláusulas de mediación. Como veremos, no se trata de una obligación sólida, toda vez que cabe escapar a la misma, por ser una cláusula carente de fuerza para obligar. La lectura del Real Decreto-ley evidencia que resulta muy sencillo desligarse de una cláusula que impone la mediación, por lo que, creo que se puede afirmar, que la misma obliga poco.

El polo opuesto a este tipo de cláusula es la denominada cláusula de arbitraje (18), que se encuentra blindada por el ordenamiento jurídico, lo que significa

(18) Vid., los términos «cláusula de arbitraje» y «convenio arbitral», en AA.VV., *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (comercial y de inversiones),*

que equivale a una excepción procesal, toda vez que si la misma se pacta y es válida, el arbitraje existe, y en consecuencia, es necesario estar y pasar por el laudo (19).

En el Real Decreto-ley se presenta, como resultado de lo anterior, una situación antitética al carecer de una instrumentación procesal. De benevolente cabe calificar el carácter del Real Decreto-Ley por la escasa confianza que ofrece una cláusula de mediación que, en varias ocasiones, permite que se escape de esta situación antitética. En particular nos referimos a los supuestos previstos, por ejemplo, en los artículos 15, 17 y 22.1 del Real Decreto-ley. Lo establecido en los citados preceptos equivale al cumplimiento de la *cláusula de mediación,* si bien resultaría más apropiado utilizar esta expresión a la otra de *acuerdo de mediación* con el fin de evitar la confusión terminológica en que el Real Decreto-ley incurre en algunos preceptos.

A nuestro parecer, el Real Decreto-ley refleja una actitud del legislador excesivamente laxa, mediatizada por el derecho de tutela judicial efectiva; y deja a la discrecionalidad de las partes el dar por cumplido el contenido de la cláusula de mediación. El legislador podía haber amparado más el carácter vinculante, y ser algo más exigente en el cumplimiento del contenido de la cláusula de mediación, porque no puede olvidarse de que se trata de un contrato o cláusula que produce unos efectos entre las partes. Esta actitud laxa resulta chocante con los excesivos formalismos que el legislador da al desenvolvimiento excesivo de la mediación, en la línea de lo que es propio y típico del carácter formalista de nuestro país, a diferencia de la tradición anglosajona. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la

---

(dir.: COLLANTES GONZÁLEZ; coords.: BAIZEAU, CREMADES, DE LA VEGA, GALLEGO, MAS, ZAMBRANA), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011.

(19) En torno al convenio arbitral, PERALES VISCASILLAS, M.ª P., *Arbitrabilidad y Convenio arbitral (Ley 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario),* Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005. El convenio arbitral, también denominado acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral (*arbitration agreement*), es el acuerdo de dos o más partes en virtud del cual someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias presentes o futuras entre ellas. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1985 («la Convención de Nueva York») emplea en su artículo II la siguiente definición de convenio arbitral: «*el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*». Por su parte, y en similares términos, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo UNCITRAL») define en su artículo 7 el acuerdo de arbitraje como «*un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*».

El convenio arbitral es la base o el elemento fundamental del arbitraje; es precisamente el acuerdo de las partes de someter una controversia a arbitraje lo que permite que la misma pueda resolverse por un tercero o terceros al margen de los tribunales nacionales. Como se ha señalado: sin convenio no hay arbitraje. El convenio arbitral obliga a las partes a acudir al arbitraje para resolver las controversias objeto del mismo. Atribuye competencia al árbitro o árbitros para resolver esas controversias y excluye la competencia de los tribunales estatales para conocer de las mismas. El convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal. El convenio arbitral es un contrato y, como tal contrato, le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). A su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros.

cláusula de mediación, y menos formal en el desarrollo de la mediación. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria.

En la línea de lo expresado, quizá en los primeros preceptos del Real Decreto-ley debería incluirse una norma que estableciera el carácter vinculante en lo relativo al allanamiento y a la transacción. En el supuesto de que el mediador no afirmara y advirtiera a las partes del carácter vinculante, por ejemplo, por olvido, la obligatoriedad derivaría en todo caso de lo establecido en el Código Civil.

b) *Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad*

El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades y que puedan llegar por ellas mismas a un acuerdo. El mediador debe ser imparcial y revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses.

En relación con la imparcialidad, cuando el mediador actúe debe hacerlo exclusivamente en tal condición, y en particular en aquellos casos en que el mediador sea por ejemplo, un abogado, porque no podrá representar u asesorar a las partes. Otro tanto cabe señalar respecto al notario, en el caso de que se eleve el acuerdo a escritura pública, pues solo podrá cumplir con sus funciones de notario y no las de mediador (los notarios ya se han postulado como mediadores). Resulta esencial no generar la confusión en las partes, para lo cual en la sesión informativa previa el mediador habrá de aclarar su actuación en su condición exclusiva de mediador.

Como novedad frente al Real Decreto-ley, la Ley 5/2012 reconoce expresamente la igualdad de las partes como reflejo de la Ley de igualdad (20).

c) *Confidencialidad*

Una garantía esencial en la mediación es la confidencialidad. El Real Decreto-ley regula esta cuestión en su artículo 9, y establece la confidencialidad tanto del procedimiento de mediación como de la documentación utilizada en el mismo. En cambio, exceptúa de la confidencialidad la información sobre qué parte o partes dejaron de asistir a la sesión inicial que debe convocar el mediador tras recibir una solicitud de mediación.

La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes, que tienen prohibido revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Coherentemente, ninguno de ellos puede ser obligado a declarar o aportar documentación sobre esa información en un proceso judicial o arbitraje, con dos excepciones: cuando las partes hayan acordado otra cosa por escrito o cuando la información sea requerida por un juez penal. La infracción del deber de responsabilidad genera la responsabilidad de su autor. El Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2011, se pronuncia de manera expresa acerca de la confidencialidad en la mediación en los términos que referimos en el epígrafe III de este artículo.

---

(20) Un estudio multidisciplinar sobre la Ley de igualdad se recoge en AA.VV., *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social.* Dirs.: Crespo Garrido, M., y Moretón Sanz, F. Presentación: Lasarte Álvarez, C., Colex, 1.ª ed., 2011.

En el artículo 347 LEC se establece, a partir de la redacción dada por el Real Decreto-ley, que: *El Tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes*. Esta dicción introduce entonces la confidencialidad para imposibilitar las declaraciones del mediador en un proceso en el que existiera coincidencia de partes con la mediación.

El Real Decreto-ley no regula una dicción análoga en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los testigos, sin embargo, es evidente que el mediador y el personal gestor de los programas de mediación no podrán ser llamados como testigos, de acuerdo con la obligación de confidencialidad que les vincula, tal como se establece en el artículo 9 del Real Decreto-ley. Por lo tanto, el mediador y demás personal participante en el procedimiento de mediación no podrá participar como testigo o perito en un proceso entre las partes, con las excepciones señaladas, a las que habría que añadir las circunstancias que permiten quebrar la confidencialidad que puedan poner en riesgo la seguridad de las personas, o contrarias al orden público, tal como recogen la mayoría de los códigos de conducta de mediadores.

La confidencialidad del procedimiento de mediación entendemos que incluye la confidencialidad del propio laudo, si bien no se recoge expresamente en el Real Decreto-ley.

Una mención especial merece la confidencialidad en el ámbito de la mediación mercantil en general y en relación al concurso de acreedores en particular, como señalamos más adelante.

En suma, resulta elogiable la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso, yendo más lejos que la propia Directiva 2008/52/CE que transpone, no en vano la confidencialidad constituye una de las claves para favorecer que la mediación pueda generalizarse.

d) *Buena fe y respeto mutuo*

El Real Decreto-ley obliga a las partes a adecuar su comportamiento a los principios de buena fe y respeto mutuo (art. 10.2).

F) El procedimiento

El Real Decreto-ley prevé un procedimiento sencillo y flexible al tiempo que permite que sean las partes implicadas en la mediación las que determinen la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades, incluyendo expresamente y por primera vez la mediación por medios electrónicos (21). Directamente relacionado con el eje de la *desjuridificación*, recogido en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, la forma y contenido del acuerdo de mediación logrado serán, en principio, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia de un árbitro, un mediador no decide ni «da la razón» a

(21) Nos ocupamos de ello en De la Vega Justribó, B., «La mediación por medios electrónicos regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Derecho y Tecnología,* 2012, 30 págs. (en prensa).

una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia. En relación a este eje, el Real Decreto-ley contiene un Título IV, con nueve artículos (los números 16 a 24), que describe el *Procedimiento de mediación* y en donde se detallan los aspectos concretos como son una *sesión constitutiva*, en la que se deje constancia de siete extremos detallados en el Real Decreto-ley (art. 19.1); y se levante un acta que llevará la firma de las partes (art. 19.2).

En virtud del principio dispositivo reflejado en su Exposición de Motivos, así como el principio de la autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 10.1, ha de entenderse que el procedimiento descrito en el Real Decreto-ley es facultativo y no imperativo. Quizá el legislador podría haber incluido una declaración expresa a tal efecto dentro del mismo Título IV de la norma, con el fin de aclarar este extremo.

De igual modo, la exigencia de la firma del acuerdo de mediación por el mediador (art. 23.2 RDL) podría resultar contradictoria con el concepto de la mediación como un producto de la voluntad de las partes. Además de no ser requerida por la Directiva, esta exigencia podría conllevar problemas formales y ser una fuente misma de controversias. Por ello, la Ley 5/2012 suprime la firma del mediador en el acuerdo de mediación, de manera acorde con lo previsto en los sistemas de nuestro entorno. Asimismo, la Ley establece que contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invaliden los contratos (art. 23).

Con independencia de la comentada *desjuridificación,* el artículo 17 regula la denominada sesión informativa (en la que el mediador informará a las partes tanto sobre su propia idoneidad como sobre las características del propio proceso de mediación) y establece que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se debe entender como desistimiento.

En el procedimiento de mediación comienza con una sesión constitutiva de la que debe levantarse acta. En esta sesión se identifican las partes, el mediador y el objeto del conflicto; también indica el lugar y la lengua del procedimiento de mediación y sus costes, o las bases para fijarlos. En esta sesión se fija el programa de actuaciones y su duración, que debe ser la más breve posible. El artículo 21 permite al mediador mantener tanto comunicaciones simultáneas con las partes como celebrar unas sesiones privadas con una parte sin la asistencia de la otra. Naturalmente, el mediador no podrá comunicar a la otra parte la información o documentación que reciba en esas sesiones, salvo autorización expresa de la parte que se la hubiera aportado.

La conclusión del procedimiento se producirá bien con el acuerdo de las partes, bien sin acuerdo, por desistir cualquiera de ellas de la mediación, o por haber transcurrido el plazo de duración previamente acordado sin resultado positivo. En este sentido, resulta fundamental la pericia del propio mediador al punto de saber identificar en qué momento del desarrollo del procedimiento la mediación ha de darse por concluido por la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo.

Una de las ventajas de la mediación es el coste del procedimiento. La propia jurisprudencia (22) ha señalado los costes del procedimiento como una de las ventajas de la mediación frente a otros métodos de resolución de conflictos.

(22) Entre las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la ventaja de la mediación en términos de menores costes de procedimiento, destaca en particular en la sentencia de 3 de julio de 2009, reproducida en parte en el epígrafe III de este artículo.

Esta ventaja se convierte en una razón más para reconocer la conveniencia de la mediación concursal, ámbito el del concurso en el que los problemas derivados de los elevados costes ha sido reiteradamente puesto de manifiesto. Asimismo, merece mención especial por su trascendencia en la mediación, la regulación por el Real Decreto-ley de las costas procesales.

El artículo 15 del Real Decreto-ley establece que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Señala, además, que tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. En el caso de que las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado. Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, si bien nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los Tribunales (en general, al menos en España, los programas intrajudiciales son gratuitos para las partes). Esta es una cuestión que se debate en la actualidad, y se cuestiona su conveniencia por los distintos operadores jurídicos, y, sobre todo, su inclusión en el derecho de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, se establece la Disposición Adicional 2.ª (23), titulada «impulso a la mediación» (24).

El Real Decreto-ley apunta la necesidad de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, si bien no los incluye expresamente, y permite a las Administraciones que lo hagan o no. La situación de crisis económica actual permite dudar de la viabilidad práctica del precepto comentado, por la importante carga económica para el Estado si existe un número relevante de mediaciones. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la mediación se puede producir, asimismo, en etapas posteriores a la inicial, que es a la que se refiere el Real Decreto-ley y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y que la mayoría de los asuntos que se median provienen de procesos abiertos en los que se ha realizado una derivación a la mediación. Se ha apuntado la conveniencia de intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos.

---

(23) La Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto-ley dispone que: «*1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes*».

(24) Soleto Muñoz, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley,* núm. 7834, Sección Tribuna, de 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3159/2012), califica de curiosa la dicción del precepto, porque no estamos acostumbrados a ella en una normativa nacional, pues un enunciado flexible como el del apartado segundo de esta disposición, en el que se recoge un comportamiento de las Administraciones Públicas sin vincularlas normativamente es una forma de regulación más en la misma línea de la normativa europea, que normalmente pretende establecer líneas de trabajo, dando cierta libertad a los Estados para que elijan la forma de llevarlas a cabo.

En relación con el coste del procedimiento, y con la buena fe, y la voluntariedad, es preciso referirse a la regulación que el Real Decreto-ley realiza de las costas. En este sentido, el artículo 395 LEC dispone que la no participación en la mediación intentada por una de las partes se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas, es decir, que si una de las partes, incluso aunque hubiese resultado ganadora del proceso, no hubiera participado en la mediación que se intentó por la otra parte, será condenada en costas. El artículo 395 LEC ha de interpretarse de forma que sea condenado en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación, y que no es suficiente con que hubiera asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. Como mecanismo protector, el citado precepto permite que la propia parte que obtenga el resultado favorable a sus intereses en la mediación, resulte castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el proceso. Este precepto podrá ser utilizado por los Tribunales con el fin de fomentar la mediación.

G) El acuerdo de mediación y su ejecución

El acuerdo de mediación puede ser total o parcial, en el sentido de que puede versar sobre todos los extremos de la controversia o solamente algunos. En todo caso, deberá instrumentarse de conformidad con las formalidades del artículo 23 del Real Decreto-Ley, entre las que cabe destacar la mención expresa de que se ha seguido un procedimiento de conformidad con el Real Decreto-ley. El acuerdo de mediación será vinculante para las partes.

Entre los aspectos que podrían ser mejorados en el Real Decreto-ley destaca el de la naturaleza y los efectos del acuerdo de mediación, pues la norma no lo aclara. Como ya apuntamos, el Real Decreto-ley adolece de cierta confusión terminológica y conceptual también en relación al «acuerdo de mediación», así como en torno a la «mediación» propiamente dicha como actividad tendente a que las partes logren alcanzar un acuerdo. Se utiliza en la Ley indistintamente los términos «mediación» y «acuerdo de mediación» (los arts. 8 y 23 se refieren a «acuerdo de mediación»). Tanto el Real Decreto-ley como la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada por él, incluyen constantes referencias al «acuerdo de mediación», y se infiere que el mismo es el «resultado» de las tareas mediadoras tendentes a la transacción de la controversia, en evitación de las instancias judiciales.

No existe en el Real Decreto-ley una disposición relativa a la naturaleza del acuerdo de mediación, y ha sido la doctrina (25) quien ha abordado esta cuestión. Al respecto nos preguntamos si cabe entender que en el Real Decreto-ley se recoge una transacción, un allanamiento, o si se trata de un nuevo contrato. La realidad es que puede serlo todo según el estado en que se encuentre, y la ley debería aclararlo en su punto de partida porque el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia están llenos de normativas y referencias, por ejemplo, a la transacción o el allanamiento. Si el referido acervo intelectual pudiera ser invocado y aplicado, las citadas normas y sentencias quedarían a disposición para la aclaración de las dudas y problemas en torno al «acuerdo de mediación». Por

(25) La naturaleza jurídica del acuerdo, en el ámbito de la mediación familiar, ha sido defendida como un contrato atípico, donde intervienen dos elementos subjetivos, de un lado aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador, en este sentido, vid., Pérez Giménez, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil,* 22, 2006.

el contrario, el silencio acerca de la naturaleza implica una falta de remisión expresa a las normas ajenas al Real Decreto-Ley que, en el caso de existir dicha remisión, sí pudieran ser utilizadas para resolver dificultades. Como consecuencia de ello, se crea una seria incertidumbre que es preciso superar por la conexión con la naturaleza del «acuerdo de mediación», ya existente en nuestro derecho procesal y sustantivo.

En el ámbito de la mediación mercantil, y en el supuesto particular de la mediación en el ámbito del contrato de seguro, se suscita la duda acerca de cuál ha de ser la denominación correcta del «acuerdo de mediación». En este sentido, cabe pensar que se refiere a una «cláusula contractual» prevista por las partes con anterioridad a la celebración del contrato de seguro. Como consecuencia de ello, resulta posible entender que existe una ambivalencia: de un lado, puede referirse a una «cláusula compromisoria» y, de otro, también un «acuerdo de mediación transaccional» que las partes del contrato de seguro hayan obtenido con la ayuda de un mediador (26). Como quiera que sea, en el ámbito del seguro, la mediación parece que puede resultar adecuada si tiene lugar entre empresas aseguradoras, mientras que entre particulares el arbitraje parece ser una mejor solución alternativa.

En materia concursal el acuerdo de mediación presenta algunas dificultades que se derivan de la falta de regulación de los efectos del acuerdo adoptado durante el proceso mismo de mediación concursal. Asimismo, la doctrina (27) señala la necesidad de establecer incentivos negativos que aumenten la voluntad negociadora de los acreedores, especialmente en lo que concierne al deudor persona física, puesto que en este caso no tienen ningún aliciente para buscar soluciones, al no existir exoneración de las deudas. Para la mediación concursal, parece conveniente modificar legalmente este aspecto, si bien con un límite cuantitativo y solo en caso de buena fe.

Una de las novedades de la regulación de la mediación es la ejecución del acuerdo de mediación. Si las partes desean que el acuerdo tenga además fuerza ejecutiva, deberán elevar el acuerdo a escritura pública. El artículo 27 del Real Decreto-ley establece los requisitos para que los acuerdos de mediación de un Estado miembro de la Unión Europea, así como de terceros Estados tengan fuerza ejecutiva en España. Asimismo, el artículo 28 del Real Decreto-ley recuerda que un acuerdo de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho no podrá ser ejecutado.

En efecto, el acuerdo de mediación realizado privadamente puede ser llevado a ejecución de forma voluntaria o de forma forzosa, pues en el caso de que una de las partes no lo cumpla, la otra podrá solicitar su ejecución. Tal como se ha regulado por el Real Decreto-ley, la ejecución de los acuerdos no elevados a escritura pública habrá de producirse tras el seguimiento de un proceso declarativo, en el que el acuerdo de mediación se aporte como prueba documental. Igualmente, resulta posible el otorgamiento de fuerza ejecutiva del acuerdo a través de la

---

(26) Illescas Ortiz, R., «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», *op. cit.*

(27) Vid., Gallego Sánchez, E., *La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y pymes,* Centro de Negociación y Mediación. Foro Negocia, Instituto de Empresa y Dictum Abogados, marzo de 2012, 30 págs., en http://dictumabogados.com/wp-content/themes/DynamiX-dictum/images/mediacion_concursal/flipviewerxpress.html. La profesora Gallego señala que si bien la mediación concursal carece absolutamente de arraigo en España, ha de defenderse su idoneidad para resolver alguno de los problemas que afectan al sistema concursal español sobre la base de la experiencia comparada. En particular sostiene su aptitud para solucionar la situaciones de insolvencia de no empresarios y pymes.

convalidación de este por el Tribunal. En este sentido, el artículo 19.2 LEC se refiere a la homologación del acuerdo a través de la transacción, y en el artículo 206 LEC, con el contenido dado por el Real Decreto-ley se establece que tendrá forma de auto cuando se resuelva sobre acuerdos de mediación.

Como novedad muy relevante, en el artículo 517 LEC, el Real Decreto-ley diseña el otorgamiento de título ejecutivo al acuerdo de mediación que haya sido elevado a escritura pública, a diferencia del anterior proyecto de Ley presentado en 2011 en las Cortes, que otorgaba el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación firmado por un mediador, lo que fue muy criticado por parte de la doctrina. La ejecutividad prevista en la Directiva 2008/52/CE y que habían de promover los Estados en su transposición es flexible, pues se otorga un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, ya que se establece la obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salva la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro Estado. La ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos, y esta ha sido la solución adoptada en el Real Decreto-ley de mediación.

En relación a la ejecución del acuerdo de mediación, reviste interés el segundo de los ejes de la Exposición de Motivos al que nos hemos referido con anterioridad: la *deslegalización* o *pérdida del papel central de la ley* a través de un método de resolución de controversias que valore e incluya otras consideraciones que no sean las de índole necesariamente jurídica. En este sentido, llama la atención la regulación novedosa de la posibilidad de convertir en su caso el acuerdo de mediación en título ejecutivo, lo que articula través de la intervención de notario. En cierto modo, esta conversión en título ejecutivo parece encerrar cierta contradicción con el eje propugnado en la norma de la *deslegalización,* pues las partes que se someten a mediación pueden pretender, entre otros objetivos, evitar la *legalización* desplegada por el notario toda vez que debe verificar el *cumplimiento de los requisitos exigidos* en el Real Decreto-ley, que el contenido del acuerdo *no es contrario a Derecho* (art. 25.2 RDL). En todo caso, resulta claro que la intervención del notario habrá de limitarse a velar por la legalidad, en consecuencia, se limitará a intervenir solo en aquellos casos que no sean de libre disposición para las partes.

Por todo lo anterior, en la misma línea de exceso regulatorio de otros preceptos del Real Decreto-ley, según mi parecer, puede considerarse excesiva y poco favorecedora del necesario impulso a la mediación la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable. Si se me permite, de discriminatoria de la mediación cabría calificar esta formalidad, toda vez que la necesidad de contraste notarial o intervención judicial conceden *de facto* al acuerdo de mediación un rango inferior al de un laudo arbitral que es ejecutable sin más requisitos.

H) La mediación y el proceso judicial: La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones, y la imposibilidad de ejercitar acción alguna ante los órganos jurisdiccionales mientras dure el procedimiento de mediación. Ampliación de la declinatoria

El Real Decreto-ley se ocupa igualmente de articular las relaciones entre la mediación y el proceso. Como señalábamos, tanto la Directiva 2008/52/CE como

el Real Decreto-ley se refieren a la relación del proceso con la mediación. En el caso del segundo, se ha escogido un modelo centrado principalmente en la mediación privada, regulándose residualmente los efectos en el proceso, de los acuerdos de mediación o incluso de la pendencia del propio procedimiento de mediación, pero también se hace referencia a lo que en otros ordenamientos se ha organizado como una forma específica de desarrollar la mediación, dada su importante vinculación al proceso. En Europa, y concretamente, en España, la mediación se ha generalizado únicamente en el ámbito conectado con los Tribunales, o intrajudicial, siendo promovida principalmente por magistrados, alentados por el Consejo General del Poder Judicial o por iniciativas asociativas.

La mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia. En la práctica, las partes acuden a la mediación, bien a partir de alguna gestión de un organismo oficial, bien por iniciativa propia. En cualquiera de los casos podemos hablar de mediación intrajudicial, pues se produce una vez iniciado el proceso y desarrollo y resultado tendrá efectos en dicho proceso, sin embargo, generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional. Por ello, se apunta la mayor corrección del término «mediación conectada con el Tribunal» (28), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica que distinguen de la voluntaria, o en Francia de la convencional.

En el Real Decreto-ley la mediación intrajudicial o conectada con el Tribunal no se aborda de forma clara, y únicamente se hacen referencias a la suspensión del proceso para intentarse la mediación, en la misma línea establecida en la modificación de la LEC en 2005, así como a la información a las partes en la audiencia previa sobre la posibilidad de acudir a mediación. Así, el Tribunal podrá invitar a las partes a una sesión informativa de mediación.

En el ámbito particular de la mediación concursal (29), el legislador debe valorar la mediación intraprocesal o intrajudicial, de modo que el juez se va a limitar a la designación del mediador previa comunicación por el deudor de su situación de insolvencia, según establece el artículo 5.bis LC. La comunicación con solicitud de nombramiento de mediador dotaría de mayor solemnidad a lo que hoy es una simple declaración privada, que además no se puede constatar, de que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que, en no pocas ocasiones se está utilizando en la práctica simplemente para retrasar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. La primera actuación que debe acometerse para hacer realidad el uso de la mediación concursal es la modificación del artículo 5.bis LC para poder incluir en su ámbito de aplicación la negociación de convenios extrajudiciales en los que intervenga un mediador.

---

(28) Soleto Muñoz, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *op. cit.*, señala como ejemplo de la denominada *court-connected mediation,* la mediación en el ordenamiento de Estados Unidos. La autora propone, como término más adecuado, el de «mediación conectada con el Tribunal» o «mediación intrajudicial», pues considera que el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

(29) Vid., por todos, Gallego Sánchez, E., «La mediación concursal», *op. cit*., págs. 1-30.

Con ello podrían beneficiarse de la posibilidad de poner fin a la insolvencia, no solo las personas naturales sino también empresas que estén en condiciones de conseguir un acuerdo de refinanciación en sentido estricto, normalmente, las grandes empresas, sino también las pequeñas y medianas a quienes se facilitaría la consecución del convenio con la ayuda del mediador.

La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones prevista en la ley significa que la mediación suspenderá —que no interrumpirá— dichos plazos. A estos efectos, la mediación se entenderá iniciada desde la presentación de la solicitud de mediación (o desde su «depósito» ante una institución de mediación), y se entenderá finalizada a la fecha de firma del acuerdo alcanzado (o, en su defecto, del acta final) o cuando se produzca la terminación de la mediación por cualquier otra causa.

Como garantía de la mediación, la ley regula la imposibilidad de ejercitar acción alguna ante los órganos jurisdiccionales mientras dure el procedimiento de mediación, así como la ampliación de la declinatoria. El Real Decreto-ley establece que, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto.

En caso de que exista un compromiso de sometimiento previo a mediación, la parte interesada podrá, mediante declinatoria, impedir que los tribunales conozcan la controversia sin antes intentar el procedimiento de mediación (art. 10.2). Esta regla es válida incluso aunque lo que se discuta sea la validez del contrato que incluye la cláusula de mediación.

I) Modificaciones a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Mediante la Disposición Final segunda, el Real Decreto-ley modifica algunos artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para el necesario encaje de la institución de la mediación con la normativa procesal: el artículo 19 para incluir la mediación entre las facultades de disposición del objeto del juicio; los artículos 39, 63, 65 y 66 para regular la declinatoria con relación a las cláusulas de mediación o procedimientos de mediación en curso; el artículo 206, por el que las resoluciones judiciales sobre la admisión o inadmisión de los acuerdos de mediación deberán revestir la forma de auto; los artículos 335 y 347 para impedir que las partes soliciten un dictamen de un perito que haya intervenido en una mediación y que este pueda intervenir en un proceso judicial; el artículo 395 para que, en materia de costas, si el demandado se allana antes de contestar a la demanda, este sea condenado en costas siempre que, antes de presentada la demanda, se hubiera iniciado procedimiento de mediación, por entender que ha habido mala fe; los artículos 414 y 415 para que, en la audiencia previa, el Juez informe a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para la solución de la controversia y, en su caso, las partes puedan suspender el proceso para someterse a mediación; el artículo 517 para reconocer los acuerdos de mediación entre los títulos ejecutivos. También se modifica el artículo 518 para prever la caducidad de cinco años para interponer la demanda ejecutiva de un acuerdo de mediación; el artículo 539 para prever que se podrá ejecutar un acuerdo de mediación o un laudo sin necesidad de abogado ni procurador siempre que el importe por el que se despacha ejecución no supere los 2.000 €; los artículos 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 para el encaje de la mediación con diversos aspectos del procedimiento ejecutivo.

J) Novedades de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, frente al Real Decreto-Ley 5/2012

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012, regula la mediación en términos casi idénticos al Real Decreto-ley que deroga. De este modo, extiende la mediación al ámbito civil y mercantil, incluidos los conflictos transfronterizos, con expresa exclusión de la mediación penal, la laboral, la de consumo y con las Administraciones Públicas. Al igual que el Real Decreto-ley, enumera los principios informadores de la mediación, regula el estatuto mínimo del mediador y el procedimiento de mediación y establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos.

Agregadas a las novedades que se han ido comentando, la Ley 5/2012 delimita una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil; regula la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación; y prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

Las modificaciones efectuadas por la Ley 5/2012 son: la letra *ñ)* del artículo 5 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales; la letra *i)* del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; el artículo 19, apartado 1; el artículo 39; el artículo 63, apartado 1, párrafo primero; el artículo 65, apartado 2, párrafo segundo; el artículo 66; el artículo 206, apartado 2, regla 2.ª; el artículo 347, apartado 1, párrafo segundo; el artículo 395, apartado 1, segundo párrafo; el artículo 414, apartado 1, segundo párrafo; el artículo 415, apartados 1 y 3; el artículo 440, apartado 1; el artículo 443, apartado 3; el artículo 517, apartado 2, número 2; el artículo 518; el artículo 545, apartado 2; el artículo 548; la rúbrica del artículo 556 y su apartado 1, párrafo primero; el artículo 559, apartado 1, ordinal 3.º; el artículo 576, apartado 3, y el artículo 580 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; y, por último, el apartado 3 del artículo 2 y el apartado 3 de la Disposición Transitoria única de la Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.

Entre los preceptos que la Ley 5/2012 añade, se encuentran el apartado 3 al artículo 335, una excepción 4.ª al apartado 3 del artículo 438, un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539 y un nuevo párrafo al ordinal 1.º del apartado 1 del artículo 550 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y las Disposiciones Adicionales octava y novena de la Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.

En último lugar, la Ley 5/2012 deroga el Real Decreto-ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, al tiempo que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE ENLAZA LA MEDIACIÓN CON ASUNTOS CIVILES

Con carácter previo a detallar las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que mencionan la mediación como forma alternativa de resolución de

conflictos, conviene recordar el comentario realizado en las páginas anteriores acerca del valor de la jurisprudencia sobre allanamiento y transacción, con el fin de invocarla para la aclaración de las dudas y problemas en torno a la naturaleza del «acuerdo de mediación». Si bien no corresponde recoger aquí dicha jurisprudencia por exceder del objeto de nuestro comentario, entendemos que sí resulta pertinente tenerla en cuenta por su posible relevancia en materia de mediación.

Las sentencias en las que el Tribunal Supremo enlaza algunas materias de Derecho Civil con la mediación, siendo ponente en todas ellas Xavier O'Callaghan Muñoz, a excepción de la dictada en 2011, en la que es ponente Antonio Salas Carceller, son en orden cronológico:

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de julio de 2009 (número de recurso: 767/2005, número de resolución: 527/2009), se pronuncia sobre la acción declarativa de dominio con base en la pretendida existencia de un contrato, y declara que: «*El presente caso se presenta como un simple tema de propiedad, como declaración del dominio o como un ejercicio de opción de compra, pero presenta un trasfondo del conflicto familiar, que se vislumbra, pero no aparece con prueba suficiente para decidir sobre una u otra de las dos acciones contradictorias entre sí. Podría haber algo más que un simple contrato de arrendamiento urbano, que podría llevarse a una mediación, si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay, si bien todo apunta a una corriente favorable a la misma, como indica la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008; este caso se ha llevado al órgano jurisdiccional, cuya solución debe inexorablemente basarse en hechos probados*». La sentencia expresa con claridad que la solución podía haber sido bien distinta en el caso de que las partes hubieran sometido el conflicto a la mediación.

Al día siguiente de la anterior sentencia, el Tribunal Supremo dicta otra (STS de 3 de julio de 2009, número de recurso: 816/2005, número de resolución: 537/2009), en la que resuelve acerca de la transmisión *mortis causa* de la acción de revocación de la donación modal, refiriendo que: «*Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en este, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, 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), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica*».

En relación a la rescisión por lesión de legítima en partición hereditaria, el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), dicta otra sentencia de 17 de septiembre de 2009 (número de recurso: 2658/2004, número de resolución: 604/2009), y señala que: «*Se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna, y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala de 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como civiles o mercantiles en general (así, 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, y Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de me-*

diación en el ámbito del Derecho Privado) puede ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso, y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

La siguiente sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 1.ª, de 5 de marzo de 2010, número de recurso: 2559/2005, número de resolución: 129/2010) se refiere a la nulidad del contrato de compraventa por dolo y vicio en el consentimiento. La sentencia reza: «*En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la Directiva 2008/52/E del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide —como dice en su Considerando [8]— que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Ya las sentencias de esta Sala, de 2 de julio de 2009 y 3 de julio de 2009, dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados*».

Enlazando el Derecho de Sucesiones y la mediación, el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), dicta la sentencia de 20 de mayo de 2010 (número de recurso: 1502/2006, número de resolución: 324/2010) en la que se aborda la discusión sobre la facultad de elección de un legado (30), y en la misma el Tribunal destaca las ventajas de la mediación: «*Sin embargo, no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta Sala, de 2 de julio de 2009, 3 de julio de 2009 y 5 de marzo de 2010, sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión* mortis causa, *no solo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal 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, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica*».

(30) Vid., Moretón Sanz, F., «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI,* núm. 721, págs. 2406 a 2424, y en particular en las págs. 2417 a 2422. La autora examina la figura de la mediación desde la perspectiva de la Directiva de la Unión Europea y el *iter* legislativo de la proyectada ley de mediación, con referencia a la regulación de las Comunidades Autónomas y el Derecho Foral, en materia de mediación familiar, y advierte de las dificultades de armonización que se producirán en relación a la legislación foral.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de marzo de 2011 (número de recurso: 1821/2007, número de resolución 109/2011), se pronuncia expresamente sobre uno de los principios de la mediación: la confidencialidad. En la sentencia se revisa el acuerdo de una juez de primera instancia de no admitir los documentos que aparecían firmados por ambos cónyuges y el mediador. La juez de primera instancia consideró que la aportación al proceso judicial de los citados documentos era ilícita al tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de un proceso de mediación familiar. El Tribunal Supremo estima que los documentos de que se trata guardan directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por parte de la persona que los aporta a juicio y que no se refieren a actividad prohibida por la *ley ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención,* al igual que dicha aportación no vulnera lo establecido por la ley de Mediación Familiar de Cataluña. De manera expresa, en la sentencia se señala que *el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales»*. Estas informaciones quedan reservadas al estricto conocimiento de las personas y del mediador, pero no pueden extenderse a un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 19 de enero de 2012 (número de recurso: 1821/2007, número de resolución: 109/2011), resuelve acerca de la partición de las herencias del padre y de la madre, y el allanamiento parcial de no todos los codemandados: En su Fundamento de Derecho primero, señala que: «*Debe partirse del entramado familiar que ha dado origen a la presente litis, ya que se trata de una polémica que, como en otros casos que ha conocido esta Sala, se advierte que tan útil hubiera sido la mediación. Así, las sentencias de esta Sala, de 2 de julio de 2009* (RJ *2009/6462), 3 de julio de 2009* (RJ *2009/5491), 5 de marzo de 2010, 30 de mayo de 2010 y 18 de junio de 2010* (RJ *2010/4894) reiteran: la utilidad de la mediación que ya se contemplaba para asuntos civiles y mercantiles en la Directiva 2008/52/CE* (LCEur *2008/803) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008; en la Ley 15 de 2009, de 22 de julio* (LCAT *2009/523), de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia, el 19 de febrero de 2010. La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación*».

En suma, las anteriores sentencias del Tribunal Supremo se pronuncian de manera explícita, y en ocasiones, implícita, sobre algunos aspectos de la mediación, como el principio de la confidencialidad, su carácter preventivo, la *deslegalización* o no sujeción a la norma jurídica, la libertad en materia de prueba, y otras ventajas de la mediación, como son los costes más reducidos y la flexibilidad y rapidez en el desenvolvimiento del procedimiento frente a la tradicional vía judicial. Si el Tribunal Supremo alaba las anteriores ventajas y flexibilidad en términos generales de la mediación en «asuntos civiles», cuanto más habrá de ser apreciada como idónea en los «asuntos mercantiles», y entre ellos en el concurso de acreedores de manera especial.

IV. CONCLUSIONES

La Ley de mediación, desde el punto de vista del texto legislativo, es una buena ley que, por primera vez, es de aplicación en todo el territorio español, lo que debería impulsar el éxito de la mediación.

Como en todo texto legislativo, se encuentran algunos aspectos que son mejorables. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la cláusula de mediación, al tiempo que menos formal en el desarrollo de la mediación propiamente dicha. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria. En este sentido, entre los aspectos menos afortunados de la Ley, en mi opinión, se encuentran el modo en que se regula el estatuto del mediador y sus requisitos para ejercer por resultar algo excesivo; como excesiva parece la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable, por la diferencia de trato respecto al laudo arbitral lo que, sin duda, no contribuye al impulso de la mediación.

La aprobación de la normativa sobre mediación puede representar un importante y positivo impulso de la mediación mercantil en nuestro país. Esta carta de naturaleza, sin embargo, no es por sí sola suficiente, pues es necesario inculcar el valor la mediación mercantil. A diferencia de la vía judicial, el tiempo dedicado a una mediación puede resultar muy productivo en el ámbito empresarial, pues invita a encontrar soluciones que convengan a ambas partes, con el resultado de conservar e incluso incrementar las posibilidades de colaboración futura.

En todo caso, el régimen legal de la mediación es de carácter general, para lo civil y lo mercantil, por lo que no cabe afirmar la existencia de mediación típicamente mercantil. La nota de la mercantilidad vendrá dada por la particular materia mercantil que sea objeto de la mediación, y por la especial formación y conocimiento de lo mercantil de los mediadores (por ejemplo, en material concursal). Como consecuencia de ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que enlaza la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE con asuntos civiles resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

La mediación concursal puede ser una solución alternativa al concurso de acreedores para la solución de las crisis de familias, no empresarios y pequeñas y medianas empresas.

El tiempo dirá si las bases establecidas por la normativa para el desarrollo de la mediación en nuestro país propiciará el arraigo de la cultura de la mediación en España, como la que se ha desarrollado en otras jurisdicciones. A tal fin, resulta clave la adecuada formación de los mediadores y el impulso por parte de las instituciones y, de manera especial, de todos los profesionales del Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social*. Dirs.: Crespo Garrido, M., y Moretón Sanz, F. Presentación: Lasarte Álvarez, C., Colex, 1.ª ed., 2011.

Andrés Ciurana, B.: «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)», en *Actualidad Jurídica,* Uría Menéndez 12, 2005, págs. 60 a 69.

Beltrán Sánchez, E.: *¿Otras soluciones a la insolvencia?,* en http://diariojurídico.com.

Candelario Macías, M.ª I.: *Lecciones de Derecho Concursal,* Tecnos, Madrid, 2012.

Caprarulo de Burgos, N., y Agustín Potente, V.: *La mediación en los concursos.*

De la Vega Justribó, B.: «Arbitraje y concurso interno», en AA.VV.: *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (comercial y de inversiones)* (dir.: Collantes González; coords.: Baizeau, Cremades, de la Vega, Gallego, Mas, Zambrana), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011, págs. 257-263.

— «La mediación por medios electrónicos regulada en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Derecho y Tecnología,* 2012, 30 págs. (en prensa).

Galeote Muñoz, M.ª P.: *China: Negociación e inversión extranjera. Joint Ventures e implicaciones jurídicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, marzo de 2012.

— «Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal», en *Diario La Ley,* núm. 7375, abril de 2010.

— «La mediación», en *Sistema de solución extrajudicial de conflictos,* coord. por Hinojosa, Ed. Cerasa, Madrid, 2006, págs. 61-90.

Gallego Sánchez, E.: *La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y pymes,* Centro de Negociación y Mediación. Foro Negocia, Instituto de Empresa y Dictum Abogados, marzo de 2012, 30 págs.

García Álvarez, R.: «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7828, Sección Tribuna, 29 de marzo de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3292/2012), 5 págs.

— «Guía de mediación para abogados», en *Diario La Ley*, núm. 7828, Sección Práctica Forense, 29 de marzo de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3291/2012), 15 págs.

Hubin: «La Ley belga sobre la continuidad de las empresas», en *RcP* 15 (2011), LA LEY 14823/2011, págs. 1-69.

Illescas Ortiz, R.: «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos*, jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: «Observatorio de la Justicia y de los abogados - Área Procesal Civil», *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo,* 7 págs.

Moretón Sanz, F.: «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI,* núm. 721, págs. 2406 a 2424.

Pedraz Penalba: «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Arbitraje, Mediación, Conciliación,* Madrid, 1995.

Perales Viscasillas, M.ª P., *Arbitrabilidad y Convenio arbitral (Ley 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario),* Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

Pérez Conesa: «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil,* 4/2010.

Pérochon: «La prevención de las crisis en Derecho francés», en *RcP* 15 (2011), LA LEY 14823/2011, págs. 1-45.

Saint-Alary: «La prevención de las crisis económicas en el Derecho francés», en *El concurso de sociedades en el Derecho europeo (Una experiencia comparada),* Madrid, 2005, págs. 191-222.

SALAS CARCELLER, A.: «El Proyecto de Ley de mediación en materia civil y mercantil», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3/2011.
SOLETO MUÑOZ, H.: «La mediación intrajudicial», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (dir.: SOLETO), Tecnos, 2011.
— «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, de 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3159/2012).
VEIGA COPO, A.: «El pacto de mediación en el contrato de seguro, reaseguro, intermediarios (agentes corredores y operadores de banca seguros). Efectos de la sumisión: prescripción y caducidad», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos,* jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.
VIRGÓS SORIANO, M.: «La mediación como alternativa», en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* núm. 20, mayo de 2008, págs. 21 a 29.
VIVAS TESÓN: «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 *(RJ* 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 13, 2004, págs. 335 a 346.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 19 de enero de 2012.
- STS de 2 de marzo de 2011.
- STS de 5 de marzo de 2010.
- STS de 20 de mayo de 2010.
- STS de 17 de septiembre de 2009.
- STS de 2 de julio de 2009.
- STS de 3 de julio de 2009.

RESUMEN

MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, CONCURSO DE ACREEDORES

El Real Decreto-ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, transpone 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 en los litigios transfronterizos. Inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, el Real Decreto-ley tiene como objetivo de política legislativa fomentar la autocomposición como fór-

ABSTRACT

MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS INSURANCE POLICY BANKRUPTCY

Royal Decree-Law 5/2012 on mediation in civil and commercial matters transposes Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters in cross-border litigation. Inspired by UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation, the royal decree-law seeks the legislative policy objective of fostering conflict resolution by the parties themselves, so that

mula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio. La Ley 5/2012 deroga el Real Decreto-ley y reproduce su contenido con alguna modificación.

La nueva regulación de la mediación privada establece los efectos procesales del procedimiento y del acuerdo de mediación, disponiendo como cuestiones innovadoras, que el acuerdo podrá ser título ejecutivo si se eleva a escritura pública, y la posibilidad de condenar en costas a la parte que no participó en la mediación.

Entre los asuntos mercantiles susceptibles de ser sometidos a mediación se encuentra el concurso de acreedores. El Real Decreto-ley no lo incluye expresamente, pero cabe admitirlo, si bien su aplicación requiere regular determinados aspectos como la formación de los mediadores con el fin de contribuir a la búsqueda de soluciones a la insolvencia, y reformar algún precepto de la Ley Concursal. Las ventajas de la mediación concursal son evitar el excesivo coste económico y temporal del procedimiento concursal y la confidencialidad, que permite llevar el proceso con discreción y sin pérdida de crédito del deudor.

El tiempo dirá si las bases establecidas por la nueva regulación para el desarrollo de la mediación en nuestro país propiciarán el arraigo de la cultura de la mediación, como la que se ha desarrollado en otras jurisdicciones.

court proceedings will be used only as a last resort.

Whatever the name it goes by, mediation is a means of resolving disputes in which two or more parties try voluntarily to reach an agreement by themselves, without a third-party mediator.

The new private mediation law establishes the procedural effects of mediation and the mediation agreement. In two innovative developments, the law states that a mediation agreement can be used as an enforcement order if it is notarized, and that, if a party fails to participate in mediation, it may be sentenced to pay costs.

Insurance policy matters and bankruptcy matters stand foremost among the kinds of commercial matters that can be submitted to mediation. In insurance, mediation may be a good option for issues between insurance companies, while between private citizens arbitration seems to be a better alternative solution. Mediation in bankruptcy is not expressly included in the royal decree-law, so, while it would be acceptable, certain aspects do need to be regulated in the law's application (such as mediator training in how to help find solutions to insolvency), and some portions of the Bankruptcy Act need to be reformed. The advantages to mediation in bankruptcy are that the procedure is shorter and less costly, and the process can be performed with discretion, without the debtor's losing any credit.

EN TORNO AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN AD NUTUM. *A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* POR PACTO ESTATUTARIO.—III. EL TRATAMIENTO GENERALIZADO DE LA CUESTIÓN EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.—IV. LOS ANTECEDENTES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* Y LAS PROPUESTAS EXISTENTES AL EFECTO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012/1492) resuelve acertadamente uno de los problemas clásicos de nuestro Derecho de Sociedades, a saber, la viabilidad o no del derecho de separación *ad nutum* de un socio, es decir, sin la alegación de justa causa, pronunciándose a favor de la licitud de la cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que expresamente preveía lo siguiente: *Se reconoce a los socios el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento.*

La respuesta casacional viene dada por la demanda de impugnación de acuerdos sociales a instancia del socio que pretendía separarse, que fueron acordados en el seno de la sociedad cuyos estatutos contenían el mencionado derecho de separación *ad nutum*, denegando dicho derecho de separación.

En primera instancia fue desestimada la demanda por sentencia de 19 de julio de 2006, del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Santa Cruz de Tenerife, contra la que se alzó el socio quien vio reconocidas sus pretensiones en virtud de la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de mayo de 2007 (PROV 2007/287763).

Contra dicha sentencia se interpuso por la sociedad el correspondiente recurso de casación cuyo fallo dio origen a la meritada sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, alegándose por la sociedad, en dicho recurso de casación, que la sentencia de apelación vulneraba el artículo 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que si bien este admite que los estatutos configuren causas de separación diferentes a las que enumeraba el artículo 95 de la citada Ley, exige su concreción y determinabilidad a fin de evitar comportamientos caprichosos y oportunistas, lo que no cumple la separación *ad nutum,* afirmándose que este tipo de derecho de separación se opone a los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, que únicamente la admite en el caso del artículo 30.3 de la Ley reguladora, y a la regla de la mayoría regulada en el artículo 53 de la propia Ley, al igual que vulnera el artículo 1256 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, después de exponer el tratamiento de la cuestión en las sociedades mercantiles personalistas y en la sociedad civil, así como tras hacerse eco de la polémica doctrinal existente sobre la materia, termina reconociendo la validez del derecho de separación *ad nutum,* mediante la siguiente argumentación (FJ Segundo 2. Valoración de la Sala):

«*Pues bien, nuestra respuesta a la cuestión planteada debe partir necesariamente de la literalidad del precepto, que en modo alguno veta la posibilidad de configurar como causa estatutaria de separación la decisión unilateral del socio, ya que el derecho de separación reconocido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:*

1. *Por un lado, cumple la función de intensa tutela del socio y de la minoría frente al carácter vinculante de determinados acuerdos de singular trascendencia adoptados por la mayoría a la que se refiere la Exposición de Motivos —supuestos que se contemplan en el art. 95 de la Ley [hoy 346, Ley de Sociedades de Capital* (RCL *2010/1792 y* RCL *2010/2400)])—.*
2. *Por otro, constituye una manifestación de la afirmada, en la propia Exposición de Motivos, flexibilidad del régimen jurídico de la Ley que permite que "la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias", de tal forma que, si bien razones prácticas son determinantes en la realidad de la sustancial uniformidad de los estatutos sociales, el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —hoy 28 de la Ley de Sociedades de Capital— admite las cláusulas atípicas.*

33. A lo expuesto, a fin de dar puntual respuesta a los motivos del recurso, añadiremos que:

1. *En este extremo no cabe entender como límite de la libertad autonormativa de los particulares el carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada, constitutivo de un principio configurador que solo quiebra excepcionalmente, dado que la posibilidad de separación de los socios en cualquier momento —cláusula de puerta abierta— está expresamente admitida por la Ley —incluso subordina la validez de las cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de participaciones al reconocimiento de la facultad de separación en cualquier momento (art. 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital)—.*
2. *El ejercicio del derecho de separación previsto de forma clara y contundente en los estatutos, en modo alguno ignora el "principio mayoritario", ya que el mismo no es apto para impedir el ejercicio por los socios de los derechos individuales atribuidos por la Ley o por los estatutos.*
3. *La admisión de las cláusulas de separación* ad nutum *no supone vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil* (LEG *1889/27), ya que no deja al arbitrio de uno de los socios la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limitan a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad, sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida, se declaró en la sentencia 428/2002, de 3 de mayo* (RJ *2002/3673), en tesis aplicable para la decisión de la presente controversia, si bien dictada en aplicación de la Ley de 17 de julio de 1953* (RCL *1953/909/1065), que "no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o* contra

legem *que en un contrato de duración indefinida, se fijen en los estatutos sociales, a parte de la obligación de la permanecida en la sociedad durante un plazo o periodo determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separarse alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir, como se sostiene por la parte recurrente, que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato".*

4. *A efectos de reconocer el libre ejercicio del derecho de separación* ad nutum, *la cláusula estatutaria que de hecho transcribe los términos en los que se expresa el artículo 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no adolece de inconcreción ni indeterminabilidad.*
5. *Finalmente, este litigio no tiene por finalidad controlar si el concreto precepto estatutario se ajusta a las previsiones o requisitos reglamentarios en relación con aspectos puramente formales referidos al modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma y plazo para el ejercicio del derecho de separación, contenida en el segundo párrafo del artículo 96.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para el caso de que los estatutos establezcan causas de separación distintas a las previstas en la ley, sino sobre la eficacia de un acuerdo frontalmente contrario a los estatutos inscritos cuya nulidad ni tan siquiera se ha interesado por la recurrente.*

2.5. Desestimación del motivo.

34. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar los motivos examinados y con ellos el recurso de casación».

Ya hemos adelantado nuestra coincidencia con el fallo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 (1). Es decir, consideramos plenamente válida la configuración estatutaria del derecho de separación *ad nutum* en una sociedad de capital, lo cual no deja de ser un nuevo reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad en nuestro Derecho de Sociedades, en detrimento de una postura institucionalista de la cuestión en apoyo de los llamados principios configuradores del tipo social (2), sin que en estos momentos nos dedi-

(1) Igualmente con opinión favorable sobre el fallo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, se manifiesta LORA-TAMAYO VILLACIEROS, «El derecho de separación *ad nutum* a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 42.

Asimismo, vid. LUCEÑO OLIVA, «¿Existe el derecho de separación sin causa en la SRL? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *Diario La Ley,* núm. 7826, Sección Tribuna, 27 de marzo de 2012, año XXXIII.

(2) Sobre la contraposición entre la autonomía de la voluntad societaria y la visión institucionalista societaria, ya nos pronunciamos a favor de la primera en REDONDO TRIGO, «Las restricciones a la libre transmisibilidad en las adquisiciones indirectas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 726 págs. 2371-2397.

Por otro lado, sobre el derecho de separación y filialización de actividades, vid. REDONDO TRIGO, «La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia

quemos al análisis pormenorizado de los argumentos en *pro* y en contra de dicha postura, los cuales han sido en extensión detallados por la doctrina mercantilista.

Así son las condiciones o presupuestos del mencionado derecho de separación *ad nutum,* el asunto que ahora nos llama la atención; es decir, la concreción del ejercicio del referido derecho ha de ser —a nuestro juicio— una de las cuestiones de necesario análisis para admitir la viabilidad del concreto derecho de separación sin justa causa; modulación del referido ejercicio, propio, por otro lado, de las posibilidades que ofrecen los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, 1705 y 1706 del Código Civil, aunque con carácter previo sea conveniente exponer la discusión que ha venido existiendo acerca del derecho de separación *ad nutum* para poder entender los requisitos que pudieran predicarse en el ejercicio del mismo, conforme a las exigencias de la buena fe.

II. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* POR PACTO ESTATUTARIO

Como reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, y según hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, la viabilidad del derecho de separación *ad nutum,* lejos de aceptarse con claridad en nuestra doctrina, no ha estado exenta de un activo debate.

En primer lugar, se hace necesario advertir que la regulación positiva actual del problema que nos ofrece el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital supone una unificación —en términos generales— del régimen del derecho de separación para los tipos de las sociedades capitalistas sobre la base de la regulación que hiciera en su día la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que ha sido tildado de una auténtica extralimitación del Texto Refundido (3).

De esta forma, el referido artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital regula la cuestión:

«*Artículo 347. Causas estatutarias de separación.*

1. *Los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la presente Ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio.*
2. *Para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación será necesario el consentimiento de todos los socios*».

Recientemente Brenes Cortés (vid. *op. cit.*) en relación con la admisibilidad del derecho de separación *ad nutum,* resume la cuestión doctrinal y su opinión del siguiente modo: «A esta cuestión un sector de la doctrina, sobre la base del fundamento legal que le proporcionaba el derogado artículo 30.3 LSRL (actual art. 108.3 TRLSC), ha defendido una postura favorable a la lícita configuración

---

del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 730, págs. 1165-1188.

(3) Vid., sobre el particular, Brenes Cortés, «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de Sociedades», en *Revista de Sociedades,* num. 37/2011-2. Editorial Aranzadi.

Asimismo y con carácter general, vid. Sequeria Martín, «Derecho de separación y exclusión del socio», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi.

estatutaria de una separación *ad nutum,* incluso para supuestos distintos al que concretamente se contempla en la citada norma. Consideramos más acertado entender que, en atención al especial fundamento al que responde el supuesto de hecho contemplado en aquella disposición (proteger al socio frente al cierre total de la sociedad evitando, mediante el reconocimiento del derecho a separarse sin invocar causa alguna, que quede vinculado indefinidamente a la sociedad), no parece que dicha disposición pueda ser invocada como argumento legal, de alcance general, en favor de la viabilidad de la configuración del derecho de separación como facultad ejercitable *ad nutum*. También puede argumentarse en defensa de esta posición que, al igual que acontece en las sociedades personalistas, en las que no cabe excluir el derecho de denuncia/ separación por el carácter intransmisible de la cuota del socio sin consentimiento de los restantes socios, de modo que si esa intransmisibilidad desapareciera podría eliminarse ese derecho por no existir el peligro de que el socio quede vinculado indefinidamente a la sociedad, en las sociedades capitalistas la regla general es la trasmisibilidad de la partes sociales, la separación debe aparecer sometida, en todo caso, a la concurrencia de justa causa.

Creemos que, en última instancia, las causas deberán quedar claras para evitar problemas en su día; o se establecen en los estatutos de la fundación o para la incorporación en los estatutos deben cumplirse los requisitos de toda modificación de estatutos.

El artículo 347 TRLSC establece además que para que las causas de separación consagradas estatutariamente tengan los efectos deseados deberán cumplirse en los estatutos una serie de requisitos expresamente establecidos. En primer lugar, deberá determinarse el modo en que habrá de acreditar su existencia, lo que debe entenderse en el sentido de que si la causa de separación es una circunstancia personal, corresponde al socio que la invoque demostrar su existencia. En segundo lugar, la forma del ejercicio del derecho y el plazo en que debe ejercitarse. A nuestro juicio, debe entenderse cumplida la primera exigencia, siempre que se haga mención a cualquier sistema que permita acreditar que se ha ejercido el derecho de separación por el socio. Por lo que respecta al plazo, se ha defendido que no debe seguirse necesariamente lo previsto en el artículo 348.2 TRLSC, que establece el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación, si bien se reconoce que el artículo 205.2.º del RRM también lo reproduce de forma genérica para tales situaciones».

Asimismo, BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO (4) desestiman la anterior posibilidad, razonando lo siguiente: «Nuestro análisis ha de partir de la naturaleza del derecho de separación, y esta no es otra que la de un derecho individual del socio, de ejercicio facultativo y de índole resolutoria, cuyo nacimiento depende precisamente de la concurrencia de la causa. Si la separación pudiera ejercitarse sin la asistencia de un motivo habilitante, es decir, si se constituyera como utilizable *ad nutum,* la cláusula estatutaria que la estableciera contravendría el principio consagrado en el artículo 1256 del Código Civil, por cuya virtud, "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". No contradice esta afirmación la disposición estatutaria condicionalmente prevista en el artículo 30.3 de la LSRL para el caso de prohi-

(4) BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO, «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi Editorial, 1998, pág. 88.

bición de la transmisión voluntaria *inter vivos* de participaciones sociales, pues el fundamento legitimador de esa norma excepcional se encuentra en el principio dogmático proscriptor de las vinculaciones opresivas» (5).

Otros autores como RUEDA PÉREZ (6), ALONSO ESPINOSA (7), SOLER DORDA (8), FAJARDO GARCÍA (9), ECHEBARRÍA SAÉNZ (10), LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ (11) y FARRANDO MIGUEL (12) ya defendieron en su día tal posibilidad mediante el recurso al argumento del artículo 15.2 de la Ley 12/1991, de 19 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico que recoge la posibilidad del ejercicio del derecho de separación *ad nutum* en las agrupaciones constituidas por tiempo indefinido, aunque sometiendo el ejercicio del mismo a las exigencias del artículo 225 del Código de Comercio y de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil. Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO admite también la validez de la referida cláusula estatutaria de separación *ad nutum*, incluso para las sociedades capitalistas de duración determinada (13). Igualmente, BATALLER GRAU (14), en un estudio sobre el particular, concluyó opinando lo siguiente: «En segundo lugar, tampoco hay ningún obstáculo en admitir como causa de disolución estatutaria la disolución por denuncia unilateral de las sociedades constituidas por tiempo indefinido (art. 224 C. de Co.). No estimamos que su inclusión en los estatutos de una sociedad limitada suponga la derogación del principio mayoritario, ni que el desarrollo del régimen de separación y exclusión impidan que se pacte como causa de disolución».

Como se ha encargado de distinguir la doctrina mercantilista, resulta necesario tener en cuenta que lo dilucidado en la presente sentencia del Tribunal

---

(5) Entre otros autores que han rechazado la validez de las cláusulas estatutarias de separación *ad nutum,* también podemos citar: DE LA CÁMARA, *Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada,* Madrid, 1998, pág. 491; GARRIDO PALMA, «El derecho de separación del socio», en *La sociedad de responsabilidad limitada,* AA.VV., Madrid, 1998, págs. 118 a 121; URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles,* t. XIV, vol. 4.º, Madrid, 2.ª ed, 2007, pág. 49; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades,* vol. II, Valencia, 2010, pág. 1901; CARBAJO CASCÓN, «Sociedades de Responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de socios?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 80, núm. 685, 2004.

(6) RUEDA PÉREZ, «Separación y exclusión de socios», en *La sociedad de responsabilidad limitada,* tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 339 y 340.

(7) ALONSO ESPINOSA, «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Revista Derecho de Sociedades,* núm. 4, 1995, pág. 26.

(8) SOLER DORDA, «Separación y exclusión de socios», en *La Notaría. La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada,* vol. II, Barcelona, 1995, págs. 180 y 181.

(9) FAJARDO GARCÍA, *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada,* Valencia, 1996, págs. 70 y 71.

(10) ECHEBARRÍA SÁENZ, «El derecho de separación del socio en la SRL. Comentario a la STS de 10 de febrero de 1997», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 9, 1997, pág. 399.

(11) LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ, *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada,* Granada, 1997, págs. 46 a 48.

(12) FARRANDO MIGUEL, *El derecho de separación del socio en la Ley de sociedades anónimas y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, págs. 81 y 82.

(13) FERNÁNDEZ DEL POZO, «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por justa causa en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», en *Revista de Derecho de Sociedades.* Editorial Aranzadi, núm. 26, 2006, pág. 282.

(14) BATALLER GRAU, «La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm 231, enero-marzo de 1999, pág. 119.

Supremo, de 15 de noviembre de 2011, es un derecho de separación *ad nutum* pactado en los estatutos sociales, lo que es distinto al reconocimiento *per se* del derecho de desistimiento *ad nutum* en las sociedades de capital, pero sin pacto estatutario.

En este sentido, resulta bastante esclarecedor Álfaro Águila Real (15) en su crítica a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003/6340), cuando razona lo siguiente: «La Resolución y los autores en los que se apoya tendrían razón si lo que tratáramos de sostener es la necesidad de reconocer *ex lege* un derecho de separación *ad nutum* en la sociedad de responsabilidad limitada, esto es, sin pacto contractual al respecto. Al que pretendiera sostener tal cosa, podría objetársele que la voluntad del legislador no ha sido esa, sino justamente la contraria: reconocer un derecho legal de separación *ad nutum* solo en un caso excepcional como es el de que los estatutos sociales prevean la instransmisibilidad absoluta de las participaciones (art. 30.3 LSRL). Pero nadie pretende tal cosa. La pregunta no es la de si los socios de una sociedad limitada tienen un derecho de separación libre. Ya sabemos que la respuesta es negativa. La pregunta es si los socios de una sociedad limitada *pueden pactar* un derecho de separación libre. Y esta pregunta ha de contestarse como todas las que se preguntan por los límites a la libertad contractual: señalando de qué norma imperativa o de qué precepto moral o del orden público se deduce la prohibición de una cláusula semejante. Y en este punto, el artículo 30.3 solo permite extraer un argumento en contra de que se estén franqueando dichos límites cuando se incluye un derecho de separación libre en los estatutos de una sociedad limitada con el consentimiento de todos los socios. El hecho de que el legislador haya exigido que se atribuya tal derecho a los socios en un caso (en lo que ahora interesa es bastante irrelevante en qué caso) es una prueba irrefutable en el sentido de que *el legislador no considera contrario a los límites generales de la autonomía privada* —y, para el caso, a los principios configuradores de la sociedad limitada— *un pacto estatutario semejante*.

Una observación marginal sobre los principios configuradores del tipo a los que se refiere el artículo 12.3 LSRL parece necesaria. Es muy dudoso que sean algo más que una forma de referirse a las normas imperativas que permiten reconocer un *tipo societario*, pero, en todo caso, son principios referidos al tipo societario y no a cada una de las instituciones jurídicas presentes en un tipo societario. Por tanto, limitarán la autonomía privada cuando esta deforme el tipo legal hasta hacerlo irreconocible y no simplemente cuando una cláusula estatutaria parte —aunque sea radicalmente— de la concepción del legislador reflejada en una norma dispositiva reguladora de una institución concreta porque la autonomía privada puede configurar una sociedad limitada de tal forma que se aproxime mucho a

---

(15) Alfaro Aguila Real, «*In dubio, contra libertatem:* cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en la doctrina de la Dirección General de Registros», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 23, 2004, Aranzadi Editorial, págs. 248 y 249.

Vid., también —con carácter general sobre el tema— los trabajos siguientes de este mismo autor: «Modelo de cláusula estatuaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 6, 1996, Aranzadi Editorial; «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Revista de Derecho Mercantil,* 1996, núm. 222, págs. 1079-1141; «La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de "Joint Venture" de duración indeterminada», en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI,* Tomo I, Editorial Temis, 2007.

una sociedad de personas o —en otra dirección— a una sociedad anónima y, una comprensión estricta de los principios configuradores conduce, necesariamente, a impedir tales configuraciones en contra de muchas decisiones expresas del legislador en el sentido de la legitimidad de tales aproximaciones a otros tipos legales».

Asimismo, ECHEBARRÍA SÁENZ (vid., *op. cit.,* pág. 397) en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997/935), es de la opinión que: «…en esta tesitura, se podría concluir que no se admite una cláusula general de libre denuncia *ad nutum,* sin pacto estatutario que lo justifique y que la tipificación de las causas de separación modera el libre juego de los principios generales de la teoría general de los contratos que encuentran concreción expresa en el Derecho de sociedades positivo».

En esta sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997, se falló respecto del derecho de separación voluntaria que aunque la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no reconocía el mismo, este se venía aplicando por aplicación de lo dispuesto en el artículo 225 del Código de Comercio, por remisión al mismo, según la Disposición Final primera de la citada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, lo que permitía su aplicación, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1985 *(RJ* 1985/183), que dispuso lo siguiente: «*Que el origen de las actuaciones de las que trae causa el recurso, es la separación de un socio —actual recurrido— de la sociedad mercantil de responsabilidad limitada que figura como recurrente, supuesto no contemplado en la vigente ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y tres (RCL 1953/909, 1065 y NDL 28559), ni tampoco en los Estatutos sociales de la misma, de trece de septiembre de mil novecientos sesenta y siete —cuyo artículo veintiuno se refiere solamente a la enajenación de participaciones sociales— siendo de aplicar la normativa general del artículo doscientos veinticinco del Código de Comercio, como hicieron los Juzgadores de instancia, aplicación aceptada por las partes litigantes que nada cuestionaron al respecto, ni se debate en casación*».

En sentido análogo, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997, se pronunció del siguiente tenor:

«*No resulta admisible que por la circunstancia de que el derecho de separación voluntaria de un socio no aparezca regulado de manera expresa en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, su aceptación pondría en peligro la existencia y estabilidad del mundo societario, ni admisible, tampoco, la afirmación tajante de no ser supletorio el artículo 225 del Código de Comercio en esa cuestión, toda vez que atendiendo a la Disposición Final primera de la Ley de 17 de julio de 1953 —en las sociedades limitadas que se rijan por disposiciones especiales se aplicarán, con carácter supletorio, las normas de esta Ley, y, en su defecto, las del Código de Comercio, comunes a toda clase de sociedades—, no puede descartarse que el referido precepto pudiera ser aplicable por vía de analogía*».

De igual forma y bajo la aplicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2002 *(RJ* 2002/3673), estimó la validez de una cláusula estatutaria en virtud de la cual los socios podían separarse de la sociedad sin necesidad de justificar causa alguna, transcurrido un periodo de tiempo desde la constitución de la sociedad, razonando al respecto lo siguiente:

«*En el último motivo, y al amparo también del número 4 del artículo 1692 de la LECiv, se denuncia infracción de la sentencia recurrida de los artículos 1256 y*

1261.3 del Código Civil cuando en el contrato de sociedad deja al arbitrio de una de las partes contratantes la validez y cumplimiento del contrato, permitiendo adoptar decisiones sin causa que afectan a la propia validez del contrato.

El motivo ha de desestimarse, en cuanto no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o contra legem *que en un contrato de duración indefinida se fijen en los estatutos sociales, aparte de la obligación de la permanecida en la sociedad durante un plazo o periodo determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separarse alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir, como se sostiene por la parte recurrente, que las disposiciones de los artículos del estatuto faltan, por una parte, a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato, y de otra parte, que esta facultad carece de causa, pero como se ha explicado en el anterior motivo, el fundamento del establecimiento en las normas sociales del ejercicio de la facultad de separarse, siempre que haya transcurrido los tres años desde la constitución de la sociedad y se haya anunciado a la misma en el plazo de seis meses previsto en los Estatutos, es coherente con la duración indefinida pactada».*

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003/22969), pronunciándose sobre el recurso de nulidad de un arbitraje de equidad dispuso que:

«*En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima, siendo el objeto del arbitraje el derecho de reparación de uno de los socios, debiendo entenderse por tal el derecho del accionista a separarse de la sociedad anónima a cambio del reembolso por parte de la sociedad de sus acciones (con la consiguiente reducción del capital social por el valor de las acciones correspondientes al socio separado). Su origen se encuentra en la doctrina italiana, teniendo su fundamento en una remota reminiscencia de la concepción contractualista de la sociedad anónima y siendo un mecanismo de defensa de la minoría contra los excesos de la mayoría. Nada impide que una sociedad anónima adquiera las acciones de las que es titular un accionista, las amortice y reduzca el capital social. Tiene, eso sí, que haber acuerdo del accionista que se separa, de la sociedad anónima y del resto de los accionistas. Y, de no existir ese acuerdo por oponerse la sociedad anónima, es cuando realmente surge el derecho de separación del socio, es decir, el derecho del accionista a imponer a la sociedad anónima el reembolso de sus acciones separándose de la misma. En principio, la regla general en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre* (RCL *1989/2737 y* RCL *1990/206) es que los accionistas de la sociedad anónima no son titulares de un derecho de separación, es decir, que no pueden cuando les venga en gana, les interese o lo consideren imprescindible, imponer a la sociedad el reembolso de sus acciones separándose de la misma. Tan solo excepcionalmente se concede el derecho de separación al accionista cuando concurra alguno de estos tres supuestos: modificación de los estatutos sociales consistente en la sustitución del objeto (art. 147), cambio de domicilio social consistente en transferirlo al extranjero (art. 149, núm. 2) y transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones (art. 225, núms. 2 y 3). Se trata de una regulación de* ius cogens *o derecho necesario, pero solo de mínimos, ya que sería nula la norma estatutaria o el acuerdo societario que privara al socio*

de su derecho de separación o lo redujera respecto a los tres supuestos previstos legalmente. Pero nada impide, sino que, por el contrario, el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas lo permite, que en los estatutos sociales se añadan otras causas que den origen al derecho de separación del accionista además de las recogidas legalmente (aunque referida a una sociedad de responsabilidad limitada y aplicando la vieja y derogada Ley de 17 de julio de 1953 (RCL *1953/909/1065), es de reseñar la sentencia del Tribunal Supremo, número 428/2002, de 3 de mayo de 2002* (RJ *2002/3673) en la que se declara la validez y eficacia de un pacto estatutario que concede a alguno de los socios un derecho de separación de la sociedad una vez transcurrido un plazo de tres años desde su constitución y sin que tenga que concurrir alguna otra circunstancia más que el transcurso del tiempo). De ahí que igualmente sea válida la previsión estatutaria de someter esta materia —derecho de separación del socio— a un arbitraje de equidad. Debe predicarse la arbitrabilidad por la disponibilidad de la materia*».

Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido oportunidad de establecer su doctrina —variante y criticable— sobre la materia. En este sentido, cabe destacar la mencionada *ut supra* Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003/6340), que impidió la inscripción de la siguiente cláusula estatutaria que recogía un derecho de separación en los siguientes términos:

«*Artículo vigésimo quinto: El derecho de separación, en los casos previstos legalmente —y en estos Estatutos—, corresponderá a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo que dé lugar a dicho derecho o cuyo voto fuera en contra, en blanco o nulo, así como a los que no hubieran asistido a la Junta General en que se hubiera adoptado dicho acuerdo. Además, en cualquier momento de la vida de la sociedad, cualquier socio titular de una participación en el capital social superior al quince por ciento e inferior al cincuenta por ciento, podrá solicitar a la sociedad su separación de la compañía. A tal efecto, y para ejercitar su derecho el socio comunicará su intención al órgano de Administración. El órgano de Administración convocará en el plazo de un mes junta general con la finalidad de determinar el valor real de las participaciones del socio que ha solicitado la separación. En el supuesto de no existir acuerdo sobre la valoración de las participaciones del socio que ha solicitado la separación, esa valoración se realizará por la persona elegida voluntariamente por el socio que pretende separarse y la sociedad; y a falta de acuerdo por el que determine un auditor designado por el Registrador Mercantil; la retribución del experto será satisfecha por la sociedad. La separación solicitada por el socio deberá ejecutarse en el plazo de tres meses a contar desde la fecha en la que el experto emita su informe sobre la valoración de la compañía. Si el pago de la totalidad o parte del precio estuviera aplazado será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado*».

Siendo el razonamiento de la meritada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, el siguiente:

«*La cuestión, por tanto, ha de centrarse en el margen de que disponga la autonomía de la voluntad a la hora de configurar esas causas estatutarias de separación. Cabría sostener que no resulta admisible que esa flexibilidad del régimen legal al permitir que la autonomía de la voluntad de los socios pueda conformar el régimen jurídico del derecho de separación a sus específicas necesidades y conveniencias*

llegue al extremo de admitir un ejercicio del mismo absolutamente potestativo, del mismo modo que esa libertad a la hora de conformar el régimen de transmisibilidad de las participaciones por actos inter vivos *topa con la prohibición de su práctica libertad (art. 30.1 de la Ley* [RCL *1995/953]); esa misma limitación, que puede calificarse como uno de los principios configuradores del tipo social, actuaría como límite a la autonomía de la voluntad (cfr. art. 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); chocaría también con la exigencia del propio artículo 96 de establecer "causas de separación", lo que parece implicar la necesidad de determinar qué concretas razones justifican la misma en cuanto derecho excepcional que es, dirigido fundamentalmente a proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad —objeto, plazo de duración, transformación, etc.— bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia —transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.—; tampoco casa esa libertad con las exigencias de la misma norma en lo tocante al necesario desarrollo de los supuestos, sea a la hora de justificar su existencia, forma y plazo de ejercicio; por último, supone un evidente riesgo tanto para los acreedores como para la propia sociedad. Para los primeros por cuanto la garantía que les brinda el artículo 103.1 de la Ley no parece compensarles la que supondría el mantenimiento del patrimonio íntegro de la sociedad, y para esta por cuanto un ejercicio abusivo de ese derecho con la necesaria reducción del capital —el legislador ha ligado indisolublemente la separación o exclusión de socios con la reducción de capital correspondiente (art. 102)— pueden abocarla a la disolución (art. 103. 2), efecto que podría tener como causa la sola voluntad de uno de los socios, quebrantando así uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento (cfr. art. 1256 del CC* [LEG *1889/27]). No faltan, ciertamente, argumentos que aportar a favor de la solución contraria, y así: No parece que el pacto de libre separación rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 1255 y 1258 del CC), pero siempre surgirá el escollo del artículo 12.3 de la Ley especial; el artículo 255 del Código de Comercio* (LEG *1885/21), situado en la rúbrica dedicada a la "disolución y liquidación de Compañías", aplicable a toda clase de sociedades, admite la separación del socio "por su voluntad", si bien impone que no impida la conclusión del modo más conveniente a los intereses comunes de las negociaciones pendientes, solución en línea con la de los artículos 1705 y 1796 del Código Civil para la sociedad civil, pero sobre la que ha de prevalecer la normativa especial del tipo social; el artículo 15.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril* (RCL *1991/1149), de Agrupaciones de Interés Económico, admite que, aparte de en los casos pactados, cabe la separación por justa causa, entendiendo por tal en el caso de haberse constituido por tiempo indefinido la voluntad de hacerlo comunicada a la sociedad con una antelación mínima de tres meses, si bien esta figura asociativa está más próxima en materia de responsabilidad o sustitución de sus miembros a la sociedad colectiva que a la de responsabilidad limitada, y, más en concreto, el artículo 30.3 de la propia Ley especial, con réplica similar en el artículo 9 de la Ley de Sociedades Laborales* (RCL *1997/701/1765), admite la validez de las cláusulas que prohibían la transmisión voluntaria de las participaciones sociales si los estatutos reconocen el derecho de los socios a "separarse de la sociedad en cualquier momento", derecho este que no aparece necesariamente condicionado al establecimiento de aquella prohibición. Forzando la interpretación de las normas, pudiera plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin necesidad de causa específica, pero que habría de ir acompañado de las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos, al modo que las adopta el legislador cuando expresamente lo re-*

conoce, para evitar que con su ejercicio se cause un daño a la sociedad y terceros relacionados con ella sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les pongan a cubierto de sus efectos, algo que en el caso planteado brilla por su ausencia».

Según hemos señalado, destaca el meritorio comentario que de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, hiciera en su día ALFARO ÁGUILA REAL, quien concluye con acierto al respecto y tras una crítica a cada uno de los argumentos de la referida resolución, lo siguiente (16):

«1.ª La cláusula estatutaria que atribuye a uno, varios o todos los socios un derecho de separación libre —sin necesidad de alegar motivos— es perfectamente válida. No hay ninguna norma ni principio configurador de la sociedad limitada que lo prohíba. En particular, el artículo 1256 del Código Civil no tiene nada que ver con una cláusula que permite a un socio salir de la sociedad de duración indefinida sin necesidad de justificar los motivos por los que lo hace. El reconocimiento excepcional de un derecho de separación *ad nutum* por el legislador como requisito de validez del pacto por el que se prohíbe la transmisión de las participaciones de una sociedad limitada es un argumento impecable respecto a la voluntad de la ley de no considerar contrarias al artículo 1255 del Código Civil o al 12.3 LSRL las cláusulas estatutarias que otorguen un derecho de separación libre a los socios.

2.ª La cláusula de separación *ad nutum* protege eficazmente a los socios minoritarios frente a conductas o estrategias expropiatorias por parte de los socios mayoritarios, por lo que su prohibición perjudica a los socios minoritarios de una sociedad limitada. El socio mayoritario siempre puede disolver la sociedad.

3.ª La eventual reducción de capital y —en casos extremos— disolución de la sociedad, no es "daño" inconsentido para los demás socios y, dado que la sociedad no tiene ningún "interés" distinto del de los socios, ninguna autoridad puede sustituir a los propios socios en la valoración de la conveniencia o no de incluir una cláusula semejante. Los terceros no merecen una protección mayor o distinta frente a la reducción de capital resultante del ejercicio del derecho de separación a la que disfrutan de acuerdo con la Ley en todos los demás casos de reducción voluntaria del capital social».

Pese a que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003, negare pues el derecho de separación *ad nutum* en los términos del debate resuelto por la misma, no es menos cierto que con su razonamiento final (17) se pretendía dejar la solución del problema en función de las cautelas que en su caso se adoptasen, lo que permitió la

(16) Vid. ÁLFARO AGUILA REAL, *In dubio, contra libertatem…*, págs. 254 y 255.

(17) (…) *Forzando la interpretación de las normas, pudiera plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin necesidad de causa específica, pero que habría de ir acompañado de las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos, al modo que las adopta el legislador cuando expresamente lo reconoce, para evitar que con su ejercicio se cause un daño a la sociedad y terceros relacionados con ella sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les pongan a cubierto de sus efectos, algo que en el caso planteado brilla por su ausencia.*

admisibilidad de una cláusula estatutaria con dicho fin por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010 *(RJ* 2011/415) (18), donde se analizó la validez de una cláusula «de salida» de los socios que rezaba lo siguiente:

«Los socios que por cualquier causa deseen salir, total o parcialmente, del capital social de la sociedad, podrán vender su participación a la propia sociedad de una o varias veces. La sociedad estará obligada a comprar las participaciones ofrecidas conforme a las siguientes reglas:

a) Las solicitudes de venta deberán notificarse durante el segundo trimestre natural de cada año mediante carta dirigida al Órgano de Administración, indicando claramente las participaciones que desean venderse.

b) Los acuerdos de compra se adoptarán en Junta General de socios convocada al efecto, que se celebrará a lo largo del tercer trimestre natural del mismo año. Si fueran varias las peticiones se acumularán todas ellas y se resolverán conjuntamente.
La adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social conforme a lo establecido en el artículo 40.1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) La Junta General de socios podrá limitar el montante máximo anual de adquisiciones a un cinco (5) por 100 del capital social. Con carácter excepcional, podrá también impedir la amortización cuando concurran razones económicas que objetiva y razonablemente lo justifiquen y siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de, al menos, la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social.

d) Si fueran varias las solicitudes y la suma de todas ellas superara el límite máximo de adquisiciones establecido, la compra correspondiente a cada socio se obtendrá prorrateando las solicitudes formuladas. Los excesos de participación no adquiridos serán considerados, sin necesidad de nueva solicitud, al año siguiente y así sucesivamente hasta que la venta se complete o hasta que el solicitante retire la petición. Igual procedimiento se aplicará en caso de que solo se plantee una solicitud de venta que supere ese límite.

e) Si dentro de un mismo año coincidieran peticiones pendientes de completar provenientes de solicitudes de años anteriores y peticiones del año en curso, deberán prorratearse todas (las nuevas y las viejas) tomándose como valor de la sociedad el de la última valoración.

f) El precio de las participaciones será el que resulte, según la valoración de la empresa, en vigor en el momento de ofertar las participaciones fijado conforme a lo establecido en el apartado 6.1 anterior.

g) Salvo acuerdo contrario entre el Órgano de Administración y los vendedores, el precio de las participaciones vendidas cada año será satisfecho en el

(18) Vid. los comentarios a esta resolución en: Ibáñez Alonso, «Posible admisión de una cláusula de separación *ad nutum* en una SRL y sistema de valoración de las participaciones. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.; Campins Vargas, «¿Puerta abierta a la libre fijación de estatutos del precio de las participaciones? A propósito de la RDGRN de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.

último trimestre del mismo, la escritura pública de compraventa se otorgará en el momento de efectuarse el pago».

El razonamiento aducido para su validez fue precisamente el establecimiento de ciertas cautelas en la cláusula estatutaria, al decirse que:

«*Esta consideración sirve especialmente para enjuiciar la única cuestión a la que debe ceñirse el presente recurso (cfr. el art. 326 de la LH* [RCL *1946/886]), la relativa a la admisibilidad o inadmisibilidad de la cláusula sobre valoración de las participaciones del socio saliente en un caso como el presente, que no puede entenderse incluido en el supuesto normativo del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues en la cláusula estatutaria debatida se configura una especie de separación* ad nutum, *aunque limitada y articulada a través de un derecho del socio a transmitir sus participaciones y el correlativo deber por parte de la sociedad de adquirirlas, si bien con determinadas cautelas para salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución). Por otra parte, se trata de un derecho que se atribuye a los socios además de la facultad de transmitir sus participaciones a otros socios —libremente— o a terceros —con las limitaciones y las disposiciones sobre la valoración de participaciones previstas en los mismos Estatutos, no cuestionadas en este expediente—.*

Por todo ello, no cabe rechazar la inscripción de la cláusula debatida, toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 1255 y 1258 del CC [LEG *1889/27] y 12.3 de la Ley de Responsabilidad Limitada). Asimismo, se trata de una disposición estatutaria cuyo acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del artículo 175.2, letra "b", introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero* (RCL *2007/526). A tal efecto, debe concluirse que dicha cláusula, interpretada en relación con las relativas al régimen estatutario de transmisión* inter vivos *de las participaciones, no menoscaba la razonable posibilidad de transmitirlas; antes bien, comporta para el socio la facultad adicional de imponer potestativamente a la sociedad el deber de adquirirlas por un valor determinable mediante un sistema que no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. arts. 1 y 57 del C. de Co.* (LEG *1885/21) y 7, 1258, 1287 y 1291 del CC—. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias*».

Las «cautelas» para los acreedores y la sociedad que la Dirección General de los Registros y del Notariado da por buenas para admitir la separación *ad nutum*, son las siguientes:

«*Entre tales reglas, se dispone: a) Que la adquisición de las participaciones por la propia sociedad se llevará a cabo mediante la correspondiente reducción de capital social; b) Que la Junta General de socios podrá limitar el número máximo anual de adquisiciones a un cinco por ciento del capital social; y c) Que, excepcionalmente, podrá también impedir la amortización cuando concurran razones económicas que*

objetiva y razonablemente lo justifiquen, siempre que se adopte el acuerdo con el voto favorable de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Asimismo, se establece que el precio de las participaciones será el que resulte según la valoración de la empresa que haya de tenerse en cuenta en el momento de la oferta de venta. A tal efecto, se pacta en los mismos Estatutos que, cada dos años, la Junta General aprobará la forma de valorar y una valoración de las participaciones sociales, tomando como base la media de los beneficios obtenidos durante los últimos cuatro ejercicios y el valor de los bienes inmuebles propiedad de la sociedad».

En realidad, en cuanto a la tutela para los acreedores, la Dirección General de los Registros y del Notariado no exige más que la aplicación de los requisitos legales del derecho de separación que de por sí conllevan la necesaria protección de acreedores (art. 347 de la Ley de Sociedades de Capital), es decir, que medie la correspondiente reducción de capital o adquisición derivativa de participaciones sociales (art. 358 de la Ley de Sociedades de Capital). Aunque sí que resultan innovadoras la concreción estatutaria de las cautelas tendentes a la protección de la sociedad para evitar con el mecanismo del derecho de separación *ad nutum*, un ejercicio del referido derecho contrario a la buena fe, como son la limitación del número máximo de adquisiciones dentro de una anualidad y el condicionante del ejercicio a que no existan razones económicas y objetivas que desaconsejen el mismo. Como tendremos ocasión de analizar posteriormente, a nuestro juicio, la exigencia de las referidas cautelas por parte del Centro Directivo suponen, a nuestro juicio, una desnaturalización del derecho de separación *ad nutum*, para acercarlo a un derecho de separación con justos motivos, lo que deja entrever la falta de buena acogida de este tipo de cláusulas en el ámbito registral.

Por último, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2012 *(RJ* 2012/4793), declara la validez de la siguiente cláusula estatutaria sobre la base de la libertad con que el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales regula el derecho de separación. El debate incomprensiblemente —a nuestro juicio— se había suscitado porque el Registrador consideraba que la referida libertad legal no permitía que el derecho de separación pudiera modularse en los estatutos de una sociedad profesional al cumplimiento de un plazo de preaviso de dos meses.

La cláusula estatutaria analizada fue la siguiente:

«*Artículo 17. Separación voluntaria.*

Los socios podrán separarse de la sociedad en cualquier momento. El ejercicio de este derecho deberá realizarse, en todo caso, dentro de los términos de la buena fe y materialmente, mediante comunicación dirigida al Órgano de Administración social que, en caso de Consejo de Administración, se entenderá al Presidente o Secretario del mismo. Este preaviso deberá ser realizado con un plazo no inferior a dos meses, periodo durante el cual, el socio peticionario deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones sociales y profesionales en el seno de la sociedad, salvo dispensa del Órgano de Administración. En los supuestos contemplados en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio podrá separarse inmediatamente sin necesidad de respetar los plazos aquí establecidos.

En dicho supuesto, la sociedad procederá a la adquisición para su amortización, vía reducción de capital, o bien para su colocación entre los restantes socios profesionales o nuevos socios profesionales, debiendo abonar al contado, al socio

separado, el valor teórico contable de sus participaciones sociales, salvo acuerdo mayoritario el Consejo de Administración autorizando otro mayor».

El razonamiento del Centro Directivo para admitir el referido plazo de preaviso, fue: «*Indudablemente, este derecho de separación, legalmente establecido, es de* ius cogens, *pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así —y aparte la previsión legal que contiene el mismo art. 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales de necesario ajuste del ejercicio del derecho de separación a las exigencias de la buena fe—, no debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación* ad nutum *que se establece en interés del socio profesional. En este sentido, no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, ni implica para el socio una vinculación excesiva o abusiva, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. arts. 1 y 57 del C. de Co. y 7, 1258, 1287 y 1291 del CC—*».

En conclusión, esperemos que el reconocimiento que realiza esta sentencia del Tribunal Supremo del derecho de separación *ad nutum* pactado estatutariamente se consolide en un futuro, ya que no supone más que una clara aplicación de lo establecido en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital, viniendo el propio Ordenamiento Jurídico a ofrecer las suficientes garantías al respecto (v. gr., reducción de capital), buena fe y preaviso. Ello implica un claro apoyo a la autonomía organizativa de la sociedad por sus propios socios, lejos del intervencionismo administrativo excesivamente tuitivo al que asistimos en muchos casos en nuestro Derecho de Sociedades.

III. EL TRATAMIENTO GENERALIZADO DE LA CUESTIÓN EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

La problemática relativa a los requisitos de ejercicio del desistimiento unilateral del contrato sin necesidad de alegar justa causa, ha sido tratada en extensión por nuestra doctrina, para cuyo análisis en detenimiento nos remitimos. Basta, por el momento y a estos efectos, exponer tanto doctrinal (19) como jurisprudencialmente ha sido tradicional la exigencia de los requisitos de la buena fe y el carácter tempestivo de la denuncia, con recurso al conocido argumento para su permisión general, por la prohibición de vinculación perpetua existente en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Pese a ello, queremos incidir en lo anterior, buena fe y preaviso como reglas generales en el ejercicio del desistimiento unilateral sin justa causa del contrato, han de ser, a nuestro juicio, los pilares sobre los que ha de construirse la admisibilidad de tal posibilidad, con carácter general, más allá de las especificaciones concretas legislativas que en otros ámbitos pudieren existir.

---

(19) Vid. KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, 1997; con extensión en referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema.

Es decir, los artículos 57 del Código de Comercio y 7 y 1258 del Código Civil nos ofrecen el marco general de contemplación del requisito de la buena fe en esta materia, el cual es objeto de concreción por nuestro legislador en los artículos 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil, que consideramos aplicables al caso enjuiciado por esta sentencia del Tribunal Supremo, bien mediante el llamamiento directo que se realiza en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, bien mediante el recurso al procedimiento analógico previsto en el artículo 4.2 del Código Civil.

Esta buena fe conceptualizada por el legislador en los dictados de los mencionados artículos 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil, tanto en la concepción objetiva como subjetiva de la misma, implica una concreción del supuesto vinculante al órgano judicial decisor, en su caso, del debate propuesto, por mucho que, efectivamente, reconozcamos que la enumeración de los supuestos de mala fe, que realiza el artículo 1706 del Código Civil, lo sea a título ejemplificativo; lo que no quiere decir que al amparo del carácter meramente enumerador del referido artículo 1706 del Código Civil podamos construir un *corpus* casuístico de supuestos que puedan ser considerados de buena o mala fe, si el objetivo de dicha construcción doctrinal fuera la creación de trabas al principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil —mediante la imposición de condicionantes estatutarios a la denuncia— que en este caso tiene su reflejo en el asunto analizado en el permiso que el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital confiere al libre establecimiento estatutario por acuerdo unánime de socios del derecho de separación *ad nutum* en una sociedad de responsabilidad limitada.

Pero quizá nos adelantemos con lo anterior mostrando nuestra opinión al efecto, por lo que consideramos que es mejor en este estadio preferir mostrando como con carácter general tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico, como en los de nuestro entorno, se huye de lo que podríamos llamar «casuística de la buena fe» en cuanto a su entendimiento como presupuesto de ejercicio del desistimiento unilateral *ad nutum* del contrato.

A nuestro juicio y sobre este particular resultan acertadas las reflexiones que en su día hiciera GIRÓN TENA (20) cuando afirmara lo siguiente: «…Desde el punto de vista de fondo, esta causa de disolución no es objeto de ningún requisito positivo. Negativamente el Código de Comercio exige que no haya mala fe y de los dos clásicos ejemplos de la misma —hacer un lucro que no obtendría la continuidad y no estar las cosas íntegras—, recoge solo el primero. El segundo supuesto parece que no se ha estimado, dada la regla de continuidad transitoria, hasta acabar los negocios pendientes que dispone el artículo 225.

Aquellos supuestos provienen del Derecho romano, parece que a través de POTHIER. La tendencia evolutiva ha ido, de una parte, a dejar la regla de buena fe sin ninguna ejemplificación (21) y, de otra, a precisar el tiempo de ejercicio para dar una previsión y seguridad, dada la importancia que para los consocios tiene

---

(20) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*. Tomo I. *Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 635.

(21) GIRÓN TENA se refería (vid. nota núm. 55, pág. 635, *op. cit.*) a dicha tendencia legislativa, diciendo lo siguiente: «En el Derecho alemán desaparece hasta la mención y la trae la doctrina de la regla general, aplicable al ejercicio del derecho de denuncia, en los distintos supuestos que se dan en el Derecho positivo. Vid. HUECK, pág. 363, y WESTERMANN, cit., pág. 400. Igualmente, en el artículo 2285 del Código Civil italiano, dado que las posibilidades de la práctica no son ya los elementales supuestos económico-sociales romanos».

normalmente la vinculación patrimonial del negocio —frecuentemente completa—. Así, se tiende o a un preaviso, o a un periodo —antes del fin de ejercicio o coincidiendo con cada ejercicio y, a veces, amparando el precepto específico con una norma general de que la denuncia no sea intempestiva—. Con los antecedentes expresados creemos que el supuesto de lucro con la denuncia, del artículo 224, es un ejemplo y una presunción, pero no un único caso de mala fe».

En relación con lo anterior, con carácter general en el Derecho de la Contratación, y en el marco del proceso de armonización del Derecho Privado europeo, el artículo 57.2 del Proyecto de Pavía simplemente establece que: «*Si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado término final, cada una de ellas puede poner fin al contrato mediante una comunicación dirigida a la otra parte con un preaviso que sea conforme a la naturaleza del contrato, a la costumbre o la buena fe*» (22).

En el artículo 6:109 PECL, análogamente se dispone que: «*Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso razonable*» (23). Sin embargo, el *Draft Common Frame of Reference* (24) no regula la cuestión.

En los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, donde su artículo 5.1.8 establece que: «*cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable antelación*».

Idéntica inobservancia de cualificaciones o especificaciones del requisito de la buena y del preaviso a los que antes hemos hecho referencia, se observan también en el artículo 2.285 del Código Civil italiano y en el § 723 del BGB, en los casos de denuncia unilateral sin justa causa del contrato de sociedad.

Como también recoge Gálvez Criado (25) en el Derecho francés, el Proyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones (Texto de la Chancellerie), en su artículo 130 establece que: «*A menos que la ley disponga otra cosa, cuando el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido [o por una duración manifiestamente excesiva], puede ser resuelto en todo momento por una y otra parte, salvo reserva de un plazo de preaviso suficiente. Salvo abuso, la resolución unilateral no conlleva la responsabilidad del contratante que ha tomado la iniciativa*». Siendo el artículo 1134.1 del Anteproyecto Catala del siguiente tenor: «*Las partes pueden, en las condiciones de su convención, del uso o de la ley, reservarse la facultad de retractarse o acordarla una de ellas*».

Al hilo de estas corrientes armonizadoras es donde llegamos a la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (26), cuyo artículo 1121.2 dispone que: «*Si las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por*

---

(22) Vid. AA.VV., *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y De los Mozos,* vol. I y II, Dykinson, 2004.

(23) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo.* Partes I y II *(Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual europeo. Edición de Ole Lando y Hugh Beale»,* Colegios Notariales de España, 2003, edición española.

(24) Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR).* Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(25) Gálvez Criado, «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», *en Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, págs. 516 y 517.

(26) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

cualquiera de las partes hecha de buena fe». Sobre el mismo, coincidimos con GÁLVEZ CRIADO (27), que reproduce la opinión de DÍEZ-PICAZO (28), quien razona lo siguiente: «El ejercicio de esta facultad aparece, sin embargo, condicionada por las exigencias de la buena fe y por los usos de los negocios (art. 1258). Tales exigencias impiden, por un lado, una denuncia del contrato que se produzca antes de que transcurra el tiempo mínimo necesario para que la relación produzca los efectos que le son propios. Por otra parte, pueden imponer un preaviso, con un margen razonable anterior a la denuncia o al receso».

En suma, la evolución del Derecho Patrimonial, a la que estamos asistiendo, no ha llevado a introducir otros requisitos a la denuncia unilateral del contrato *ad nutum*, más allá que los que tradicionalmente han venido siendo presupuesto para el mismo, como es la buena fe y el preaviso correspondiente, lo cual, a nuestro juicio, son los verdaderos presupuestos del caso enjuiciado en la presente sentencia del Tribunal Supremo, requisito de la buena fe general conforme con la ejemplificación de los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, así como de los artículos 1705 y 1706 del Código Civil, sin que seamos de la opinión de que sea necesario una construcción estatutaria del derecho de separación *ad nutum* reconocido en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que tal aspiración pudiera suponer desvirtuar propiamente el carácter *ad nutum* de la separación pactada por los socios unánimemente en estatutos para acercarla a una denuncia con justos motivos (art. 1707 del CC).

IV. LOS ANTECEDENTES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN *AD NUTUM* Y LAS PROPUESTAS EXISTENTES AL EFECTO

Como hemos puesto de manifiesto, el problema que ahora nos ocupa, es decir, cómo ha de ejercitarse el derecho de separación *ad nutum* ha sido abordado —por ejemplo, por el Centro Directivo— desde la necesaria adopción de una serie de cautelas con el objeto de que el procedimiento de separación no sea contrario a la buena fe, que con carácter general observamos en los artículos 57 del Código de Comercio y 7 y 1258 del Código Civil.

Pues bien, las características de este procedimiento ya fueron objeto de tratamiento en las Fuentes del Derecho romano, de ahí que una exposición de dicha problemática histórica resulte más que conveniente para poder entender el modelo de ejercicio del reconocido derecho de separación (29).

GAYO, en el Comentario III de las Instituciones [151], nos dice lo siguiente: «*La sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido; pero cuando uno de ellos renuncia a ella, esta se disuelve. Cuando uno renuncia a la sociedad con la intención de lucrarse él solo de alguna ganancia próxima, por ejemplo, si mi consocio en todos los bienes, al ser instituido heredero por otra persona, renuncia a la sociedad para lucrarse el solo con la herencia, está obligado a repartir esta ganancia conmigo, siendo así que si tiene otra ganancia no buscada al hacer la*

(27) Vid. *op. cit.*, pág. 527.

(28) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 368.

(29) Vid., en este sentido, ARANGIO RUIZ, *La societá in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli, 2006, págs. 151 y sigs.; y con carácter general sobre la *actio pro socio*, vid. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica,* Dykinson, 1992, págs. 230 y sigs.

renuncia, le pertenece exclusivamente a él. Yo, en cambio, obtengo para mí solo las ganancias posteriores a la renuncia del consocio» (30).

Como puede observarse, la reserva a la buena fe que GAYO hace para la denuncia del contrato de sociedad es inherente a la propia esencia del mismo, basado en la propia *affectio societatis* de sus integrantes.

Sobre el requisito de la intempestividad en la denuncia, el Digesto 17.2.14 recoge lo siguiente: «*Si se hubiese convenido entre los socios que no se divida la cosa común durante un cierto tiempo, no parece haberse convenido no abandonar la sociedad. Pero que ocurriría si se convino que no se disolviese: ¿valdrá acaso? Elegantemente escribió Pomponio que este convenio sería nulo, pues aunque no se conviniese, si se renuncia intempestivamente a la sociedad, se da la acción de socio, y si se convino en no abandonar la sociedad en cierto tiempo, y se renuncia antes, puede haber una razón para la renuncia, y no está obligado por la acción de socio el que renuncia por el hecho de que no se cumple una cierta condición bajo la cual se ha contraído la sociedad. Pues, ¿qué hacer cuando un socio resulta tan molesto y perjudicial que no sea fácil tolerar? (Ulp. 30 Sab)*».

Igualmente, el Digesto 17.2.64 (3) - (6) prevé que: «*(3) Hemos dicho que la sociedad se extingue por el disenso; esto es así si todos disienten, pero ¿qué ocurre si solo uno renuncia? Escribió Casio que aquel que renunciase a la sociedad libera a sus socios respecto a sí mismo, pero él no se libera de ellos. Lo cual ciertamente ha de ser observado cuando la renuncia ha sido hecha con dolo, como si, habiendo contraído una sociedad de todos los bienes, renunciase después uno de los socios por haber correspondido una herencia; por ello si la herencia hubiera reportado algún perjuicio, afectará este tan solo al que renunció; en cambio el mismo estará obligado por la acción de socio a hacer común la ganancia. Mas si hubiese adquirido algo después de la renuncia, no habrá de ser hecho común, porque entonces tampoco puede cometerse ya el dolo. (4) Asimismo, si contraemos una sociedad para comprar una cosa y después quisieras comprarla tú solo y por ello hubieras renunciado a la sociedad para comprar tú solo, me quedarás obligado en la medida de mi interés; pero si hubieras renunciado por el hecho de no estar conforme con la compra, no quedarás obligado, aunque yo hubiese comprado porque en esto no hay fraude alguno; y así lo aprueba también Juliano. (5) Sin embargo, Labeón, post., escribió que si uno de los socios hubiese renunciado a la sociedad en un momento en el cual interesaba al socio que la sociedad no fuese disuelta, se expone aquel a la acción de socio; porque si compramos unos esclavos después de contraída la sociedad y luego renuncias cuando ya no es fácil vender los esclavos, en este caso quedas obligado por la acción de socio a causa del perjuicio que me has causado. Proculo dice que esto es cierto si no existe un interés común de los socios de que la sociedad se disuelva, pues no siempre debe ser observado lo que interesa particularmente a uno de los socios, sino lo que es más conveniente a la sociedad; esto es así si no se ha convenido nada a este respecto al contraer la sociedad. (6) Asimismo el que contrajo una sociedad por un cierto tiempo, si renuncia a ella antes de tiempo,*

---

(30) Texto original y traducción en Textos de Derecho Romano. RAFAEL DOMINGO (dir.), Editorial Aranzadi, 1998 (pág. 176). «*Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseuerant; at cum aliquis renuntiaterit societati, societas solitur, sed plane si quis in hoc renuntiauerit societati, ut obueniens aliquod lucrum solus habeat, ueluti si mihi totorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiauerit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid uero aliud lucri fecerit, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet, mihi uero, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur*».

libera al socio respecto a él, pero él no se libera respecto al socio; consiguientemente, si hubo alguna ganancia posterior, no tendrá parte en ella, pero si hubo perjuicios responderá igualmente en su parte, salvo que la renuncia se haya hecho por alguna necesidad. Cuando ha concluido el tiempo, el socio es libre para retirarse, porque puede hacerlo sin dolo».

En conclusión, de los textos romanos anteriores puede afirmarse que la denuncia unilateral del contrato de sociedad era libre salvo que la misma se hubiera realizado dolosamente, o bien, de forma intempestiva.

Con posterioridad, POTHIER (31) se hace eco de los requisitos clásicos para admitir la denuncia en la sociedad pactada con duración indefinida y así propone igualmente que la misma sea hecha de buena fe y que no sea intempestiva. POTHIER expone que la denuncia es de mala fe cuando el socio la hace para apropiarse solo los beneficios que los socios esperaban obtener con la sociedad. El ejemplo con el que POTHIER ilustra lo anterior es el siguiente: Si dos libreros se hubiesen asociado para comprar juntos una biblioteca de la que podía sacarse mucha ganancia y antes de haberla comprado por cuenta de la sociedad uno de ellos, a fin de comprarla para sí y reportar solo el beneficio, hubiese intimado al otro que no quería continuar con la sociedad. Esa renuncia es de mala fe y no libra al que la hizo para con su consocio, quien puede pedir su parte en el beneficio. Más si este socio hubiese renunciado a la sociedad por no parecerle bueno el negocio para el que se asociaron, su renuncia será de buena fe y válida, estando la cosa en su integridad: en cuyo caso el otro socio no podrá pretender nada por razón de daños y perjuicios.

Asimismo, POTHIER también reconoce que para que la denuncia sea válida no ha de realizarse intempestivamente, es decir, que no sea hecha cuando las cosas han dejado de hallarse en su integridad, y cuando tiene la sociedad intereses en esperar un tiempo más oportuno para llevar a cabo el negocio para que se contrajo; como si en una sociedad de comercio quisiera un socio separarse, cuando la sociedad tiene intereses en guardar los géneros para venderlos en ocasión más favorable, advirtiendo además que para verificar si la renuncia es intempestiva o no ha de estarse al interés común y no particular del que se opone a ella, a no ser que hubiese en el contrato de sociedad algún pacto que se opusiese a la denuncia.

La influencia de la tradición anterior se observa en nuestro Derecho Histórico y en nuestro Derecho Codificado, tanto en nuestra legislación mercantil como civil.

Así, la Ley 11 del Título 10 de la Partida 5.ª admitía la disolución por renuncia de cualquier socio, hecha saber oportuna y convenientemente, pero distinguía entre las sociedades que tenía señalado término para su duración o que hubieran sido constituidas para un fin determinado de las que no reunían dichas circunstancias, siendo válida en el primer caso la renuncia, y solo lo era en el segundo caso con la condición de que el renunciante abonase a sus compañeros los daños y perjuicios que se le ocasionaran. La Ley 12 del mismo título y Partida, también regulaba la denuncia ejercitada de mala fe, lo que ocurría cuando el que la llevaba a cabo tenía el propósito de hacer suyo el beneficio común, y disponía dicha ley que el socio que fraudulentamente se separase de la sociedad o compañía por esperar una herencia o para obtener mayor ganancia, quedase obligado a dividirla

(31) POTHIER, *Tratado del contrato de sociedad,* traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, págs. 150 y sigs.

con los socios, en el bien entendido supuesto de que las pérdidas o menoscabos ocurridos en el día de la separación solo eran del socio que se separaba, de la misma manera que las ganancias eran suyas exclusivamente.

En nuestro Código de Comercio, el artículo 224 regula lo que se ha venido en denominar denuncia ordinaria o disolución del contrato de sociedad colectiva concertado por tiempo determinado, la cual puede ejercitarse libremente o *ad nutum*, con gran semejanza a lo que con posterioridad haría el artículo 1706 del Código Civil.

De esta forma, el artículo 224 del Código de Comercio establece lo siguiente:

«*Artículo 224.*

En las Compañías colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga.

Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía».

Mientras que los artículos 1705 y 1706 del Código Civil disponen que:

«*Artículo 1705.*

La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios.

Artículo 1706.

Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen facultad para excluirle de la sociedad».

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes.

En el análisis del entendimiento del requisito de la buena fe y con acogimiento de la ejemplificación que hiciera PAZ-ARES (32), resulta muy interesante lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1997 *(RJ* 1997/143), que explica lo anterior del siguiente modo:

«*El hecho de que exista coincidencia entre el artículo 224 del Código de Comercio y el artículo 1706 del Código Civil, hace completamente inútil la larga discusión en que tanto la sentencia del Juzgado de Vera como la de la Audiencia Provincial de Almería se introducen para decidir si la sociedad, para la explotación de una oficina de farmacia, es una sociedad civil o mercantil. La existencia de un lucro no es decisiva, porque el lucro define también la sociedad civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil. Y cuando se trata de sociedad para*

(32) PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 1991, vol. II, pág. 1510; PAZ-ARES, C., Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil,* I, Civitas, 1999, pág. 688.

el ejercicio de una actividad profesional y no mercantil, la sociedad debe calificarse como sociedad civil, aunque el problema es por completo intrascendente en estos momentos. Para el Juzgado de Primera Instancia de Vera la falta de buena fe y la pretensión del apoderamiento del lucro particular estribaría en que el demandado, "pretende que le sea adjudicada en exclusiva la oficina de farmacia en lugar de pedir que se disuelva la sociedad y se liquide el haber social con el resultante de lo obtenido en venta a un tercero ya sea de común acuerdo ambas partes o en subasta judicial". El párrafo entrecomillado es perfectamente inadmisible desde el punto de vista del artículo 224 del Código de Comercio. Naturalmente la necesidad de partir los bienes que se obtengan en la liquidación de la sociedad no tiene nada que ver con buena o mala fe que motiva la denuncia o la facultad de disolver, puesto que, en el lucro obtenido, cada uno lleva su parte y en la disolución, cada uno recibe, también, su parte del haber, sin que ello tenga que producirse, por la venta de los bienes sociales a un tercero puesto que el artículo 1706 del Código Civil es perfectamente claro en el sentido de que la liquidación del haber social se rige por las reglas de la partición hereditaria. En ese sentido, no debe olvidarse que en la sociedad discutida en este pleito lo que estaba en sociedad era la explotación y no la titularidad administrativa que en ningún caso habría formado parte del haber social. Menos convincente es el razonamiento de la Audiencia, pues trata de ligar el hecho de una denuncia que contraviene la regla de la buena fe con el dato de que la disolución se haya pedido al poco tiempo de entrar en funcionamiento la sociedad. Lo que pasa es que esta no es una razón que tenga encaje en el artículo 224 del Código de Comercio, que solamente limita la disolución unilateral a los casos de falta de buena fe. Si una sociedad entre dos socios, porque estos se llevan mal, dura más o menos tiempo, no es un problema que ninguno de los preceptos hasta aquí citado pueda impedir. El precepto legal mencionado, como motivo de casación, ha sido además mal aplicado, porque la consecuencia de una violación de la buena fe en la petición de disolución no es nunca el que la disolución quede impedida. La conclusión que debe extraerse es la que Garrigues extrae del artículo 224 del Código de Comercio, que es la de que se debe excluir la sociedad respecto del socio que pidió la disolución, entregando a este lo que sea su parte en el haber social. Es notorio que esta solución, única que los preceptos citados ligan a la disolución pedida de esta manera, resulta imposible en la sociedad de un solo socio, de manera que tampoco en este caso puede quedar impedida. La cita de la sentencia de 27 de junio de 1985 (RJ *1985/3626), que hace la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vera y que acepta la Audiencia Provincial de Almería, no sirve absolutamente para nada en el punto que a nosotros nos ocupa. C. Paz-Ares, al comentar el artículo 1706 al ilustrar otros supuestos semejantes al que el Código alude (apropiarse para sí solo el lucro que debía ser común) señala lo siguiente: a) Es de mala fe la renuncia hecha con ánimo de perjudicar a los consocios y con absoluta falta de consideración en relación con sus intereses. b) Ha de juzgarse de mala fe la renuncia que, en términos generales, resulte contraria a los actos propios. c) Ha de enjuiciarse rigurosamente la denuncia que pretende ejercitarse en el periodo inicial de la vida de la sociedad, sobre todo cuando aún no ha transcurrido un lapso de tiempo para amortizar o tener la oportunidad de amortizar las inversiones realizadas, aunque parece razonable entender que esta circunstancia no puede ser opuesta por aquel consocio al que se restituyen sus inversiones, pues no puede olvidarse que la disolución, aunque se produzca por la voluntad unilateral, lleva aparejada la liquidación y, como consecuencia de ello, la división del haber social. d) Se considera también de mala fe la denuncia o renuncia cuando se producen circunstancias especiales que la convierten en desleal o abusiva, de los consocios. A conclusiones parecidas conduce la sentencia de 7*

de diciembre de 1988, recaída en el caso que puede llamarse del "Bar Magril's" de Bañolas (Gerona). La sociedad se inició en la Semana Santa de 1980 y el acto de renuncia se produjo en 1983 y fue acogido por el Tribunal que corroboró la disolución al no estimar el recurso de casación. Para esta sentencia, "la buena fe a que alude el Código al tratar de la disolución de la sociedad, no viene a coincidir con la del contenido genérico y generalizado que pudiera recoger algunas otras normas del ordenamiento civil...", sino que tiene un sentido significativo específicamente singular en la disolución de sociedades y dicho sentido tiene un aspecto negativo que destaca el recurrente, esto es, como contrapuesto por exclusión al concepto de mala fe que define el artículo 1706, y conviene señalar, asimismo, que cualquier otra interpretación conduce inevitablemente al absurdo. Pretender que la "apropiación del lucro que debería ser común" de que el precepto habla, se refiere a cualquier lucro que la sociedad pueda producir a lo largo de toda su existencia, es hacer inviable toda pretensión de disolución y convierte a la sociedad en una sociedad perpetua y el socio que quería separarse de ella se verá vinculado durante toda su vida y durante toda la vida de sus herederos, lo que no puede ser admisible. Se comprende así, que el artículo 224 del Código de Comercio y el 1706 del Código Civil solo se puedan aplicar si en un determinado momento la sociedad tenía a la vista operaciones especiales que deberían producir para todos los socios un lucro también especial. Por ello, no puede aplicarse cuando la marcha de la sociedad es la ordinaria y los lucros a obtener son también los ordinarios o comunes».

Recientemente, LORA-TAMAYO VILLACIEROS (vid., *op. cit.*) al comentar la sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa, expone la cuestión del siguiente modo: «El problema es que la regulación legal está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, "buena fe", "conclusión de operaciones pendientes", "ejercicio intempestivo", que habría que concretar al máximo, en una labor preventiva como nos corresponde a los notarios, para evitar la indeterminación y la litigiosidad en el ejercicio de un derecho que, precisamente, lo que pretende es una salida poco traumática y ágil de la sociedad. Por eso habría que poner toda nuestra imaginación y creatividad a trabajar en la redacción de estas cláusulas estatutarias para fijar entre otras cuestiones: 1) Plazos y procedimiento para su ejercicio: prohibición de salida hasta un tiempo después de la constitución o una ampliación de capital y procedimiento análogo al de la transmisión de participaciones o acciones; o preavisos a la sociedad, cuestión esta admitida recientemente por la DGRN en Resolución de 7 de febrero de 2012 para las sociedades profesionales. 2) Reglas de valoración de las participaciones, estableciendo un procedimiento sencillo, ágil y neutral para la determinación del valor razonable, teniendo en cuenta que ya la DGRN en Resolución de 2010 citada admite el carácter dispositivo de las reglas de valoración. 3) Posibilidad de aplazamientos por parte de la sociedad para el reembolso de la cuota del socio separado para evitar descapitalizaciones inmediatas; la posibilidad de salida parcial de la sociedad. En una separación en sentido estricto, parece que no cabría una salida parcial, sino que el derecho de separación debería suponer la salida total del socio. No obstante, podría utilizarse como un mecanismo protector a favor de la sociedad para evitar la descapitalización en caso de que lo solicitara un socio con una participación importante o varios socios simultáneamente, lo que dificultaría a la sociedad atender a la demanda. 4) Causas objetivas que permitan el rechazo de la salida en ese momento: la necesidad de un ofrecimiento previo para la compra al resto de los socios por el valor razonable; la posibilidad de negativa en caso de una coyuntura económica negativa que impidiera el reembolso por parte de la

sociedad, por ejemplo, atendiendo a resultados negativos de ejercicios anteriores o a unos mínimos resultados. 5) Procedimiento de mediación o arbitraje para la resolución de la controversia.

En definitiva, sí al derecho de separación *ad nutum,* pero no como cláusula simple que prevea la puerta abierta al socio sin más, sino con una adecuada concreción estatutaria de su ejercicio».

En nuestra opinión, cautelas como las que propone la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones expuestas, así como la construcción de cláusulas estatutarias con el contenido propuesto y descrito anteriormente, suponen una merma de la autonomía de la voluntad que se infiere no solo del principio establecido en el artículo 1255 del Código Civil, sino de la propia libertad con que queda configurado el derecho de separación *ad nutum* en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital. El establecimiento de las referidas cautelas supondría, a nuestro juicio, causalizar el derecho de separación desnaturalizándolo y acercándolo a la denuncia con justos motivos que recoge el artículo 1707 del Código Civil, máxime si cuando con la lectura del artículo 204 del Reglamento del Registro Mercantil puede mantenerse una posición tan protectora, ya que esta norma reglamentaria solo prescribe a los efectos de inscripción de la cláusula estatuaria en el Registro Mercantil el modo de acreditarse la existencia de la causa (en este caso, por propia decisión unilateral del socio, previo acuerdo unánime de la totalidad de socios a la existencia estatutaria de esta posibilidad), la forma de ejercitar este derecho de separación (procedimiento de notificación, por ejemplo) y el plazo para el ejercicio de este derecho (preaviso).

Otra cosa será el análisis del referido ejercicio del derecho de separación *ad nutum* que haya de realizarse para ver si este se ajusta a las exigencias de la buena fe generales (art. 57 del C. de Co. y arts. 7 y 1258 del CC) y a las especiales previstas para estos casos en nuestro Derecho General de Sociedades (arts. 224 y 225 del C. de Co. y arts. 1705 y 1706 del CC), sin que el referido análisis obligatorio pueda suponer más que lo que propiamente implica, es decir, la corrección en términos de buena fe del ejercicio del derecho y no la creación de un *corpus* casuístico de supuestos o ejemplos de buena o mala fe que se convierta en modelo estatutario para la inscripción de estas cláusulas en el Registro Mercantil, ya que otra vez más y con recurso al conocido tópico de las circunstancias del caso, serán estas las que tengan que ofrecer al intérprete la bondad o no del concreto ejercicio del derecho de separación *ad nutum* que se haya realizado.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

— *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Profesor José Luis de los Mozos y de los Mozos,* vols. I y II, Dykinson, 2004.

— *Textos de Derecho Romano.* Rafael Domingo (dir.), Editorial Aranzadi, 1998.

Alfaro Águila Real: «Modelo de cláusula estatuaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 6, 1996, Aranzadi Editorial.

— «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Revista de Derecho Mercantil,* 1996, núm. 222.

— «*In dubio, contra libertatem:* cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en la doctrina de la Dirección General de Registros», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 23, 2004, Aranzadi Editorial.
— «La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de "Joint Venture" de duración indeterminada», en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI,* Tomo I, Editorial Temis, 2007.
ALONSO ESPINOSA: «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 4, 1995.
ARANGIO RUIZ: *La societá in Diritto Romano,* Jovene Editore, Napoli, 2006.
BATALLER GRAU: «La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 231, enero-marzo de 1999.
BRENES CORTÉS: «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de Sociedades», en *Revista de Sociedades,* núm. 37/2011-2, Editorial Aranzadi.
BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO: «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades,* Aranzadi Editorial, 1998.
CAMPINS VARGAS: «¿Puerta abierta a la libre fijación de estatutos del precio de las participaciones? A propósito de la RDGRN de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.
CARBAJO CASCÓN: «Sociedades de Responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de socios?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 685, 2004.
DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
DE LA CÁMARA: *Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada.* Madrid, 1998.
ECHEBARRÍA SÁENZ: «El derecho de separación del socio en la SRL. Comentario a la STS de 10 de febrero de 1997», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 9, 1997.
FAJARDO GARCÍA: *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada,* Valencia, 1996.
FARRANDO MIGUEL: *El derecho de separación del socio en la Ley de sociedades anónimas y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada,* Madrid, 1998.
FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *Derecho de Sociedades,* vol. II, Valencia, 2010.
FERNÁNDEZ DEL POZO: «La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por justa causa en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», en *Revista de Derecho de Sociedades,* Editorial Aranzadi, núm. 26, 2006.
GÁLVEZ CRIADO: *El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil, Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España.*
GARRIDO PALMA: «El derecho de separación del socio», en *La sociedad de responsabilidad limitada,* AA.VV., Madrid, 1998.
GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades.* Tomo I. *Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias,* Madrid, 1976.
HERNANDO LERA: *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica.* Dykinson, 1992.

IBÁÑEZ ALONSO: «Posible admisión de una cláusula de separación *ad nutum* en una SRL y sistema de valoración de las participaciones. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi, S. A.

KLEIN: *El desistimiento unilateral del contrato.* Editorial Civitas, 1997.

LANDO y BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo.* Partes I y II *(Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo.* Edición Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.

LEÑA FERNÁNDEZ y RUEDA PÉREZ: *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada,* Granada, 1997.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS: «El derecho de separación *ad nutum* a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 42.

LUCEÑO OLIVA: «¿Existe el derecho de separación sin causa en la SRL? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011», en *Diario La Ley,* núm. 7826, Sección Tribuna, 27 de marzo de 2012, año XXXIII.

PAZ-ARES, C.: *Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia, 1991, vol. II.

PAZ-ARES, C., Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil,* I, Civitas, 1999.

POTHIER: *Tratado del contrato de sociedad, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores.* Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841.

REDONDO TRIGO: «Las restricciones a la libre transmisibilidad en las adquisiciones indirectas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 726.

— «La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 730.

RUEDA PÉREZ: «Separación y exclusión de socios», en *La sociedad de responsabilidad limitada,* tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1995.

SOLER DORDA: *Separación y exclusión de socios. La Notaría. La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada,* vol. II, Barcelona, 1995.

SEQUERIA MARTÍN: «Derecho de separación y exclusión del socio», en *Revista de Sociedades,* núm. 36/2011-1, Editorial Aranzadi.

URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN: «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles,* t. XIV, vol. 4.º, Madrid, 2.ª ed, 2007.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1985 *(RJ* 1985/183).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2002 *(RJ* 2002/3673).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1997 *(RJ* 1997/143).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997/935).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012/1492).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003/22969).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de mayo de 2007 (PROV 2007/287763).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003/6340).

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de noviembre de 2010 *(RJ* 2011/415).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2012 *(RJ* 2012/4793).

RESUMEN

DERECHO DE SEPARACIÓN
AD NUTUM
BUENA FE

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2011, se legitima una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que permite el derecho de separación ad nutum; *supuesto que ha de analizarse en cuanto a su ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe, sin la exigencia de cautelas adicionales que pudieran suponer la desnaturalización del derecho para hacerlo próximo a un caso de denuncia contractual con justos motivos.*

ABSTRACT

RIGHT TO DISMISS
AD NUTUM
GOOD FAITH

The Supreme Court's ruling of 15 November 2011 finds that a clause of a private limited company's by-laws allowing the company the right to dismiss ad nutum is lawful. The right must be exercised pursuant to the requirements of good faith, yet additional precautionary measures could denature the right by forcing it into too close a resemblance to justified contract termination.

3. URBANISMO

LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y SUS ALTERNATIVAS A LA VISTA DE LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO Y SUS ORÍGENES.—II. LOS ANTECEDENTES Y MOTIVOS DETERMINANTES DE LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN QUE DIO LUGAR A LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011.—III. LAS CONSIDERACIONES MÁS RELEVANTES CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011 Y LAS POSIBILIDADES DE RECONOCIMIENTO REGISTRAL AUTÓNOMO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 1. Los contornos administrativos del aprovechamiento urbanístico. 2. La configuración civil del aprovechamiento como objeto de derecho y las posibilidades de su reconocimiento y sucesivo reflejo registral.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO Y SUS ORÍGENES

Bajo la expresión de actuaciones asistemáticas en suelo urbano, la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, introdujo en sus artículos 44 a 56 un complejo mecanismo que, íntimamente enlazado con los conceptos de las áreas de reparto y el cálculo del aprovechamiento tipo, pretendió extender al suelo urbano denominado entonces como finalista o, en la terminología legal vigente al uso, consolidado, el siempre ansiado propósito de extender a esta clase y categoría de suelo la consecución de la equidistribución.

La regulación en cuestión, más tarde incorporada al Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de junio de 1992 y, después, anulada por razones de orden meramente competencial por la conocida STC 61/1997, de 20 de marzo, había así de situarse en el contexto histórico de la que, entre otros Planes Generales, fue identificada en el de Madrid de 1985 como reparcelación económica, la cual, sin respaldo legal, según se encargó de hacer saber el Tribunal Supremo en una constante jurisprudencia, tuvo también por finalidad hacer partícipes a los solares situados en el suelo urbano del citado objetivo de la equidistribución al entender que, conforme a los criterios fijados en su normativa, la concesión de licencia de edificación iba ligada a la práctica de una liquidación a favor del Ayuntamiento por el importe por el que la parcela en cuestión había de contribuir en orden a la obtención de los suelos dotacionales que debían ser objeto de obtención en los ámbitos de referencia al efecto establecidos.

Con ello, la Ley 8/1990, de 25 de julio, justamente a lo que aspiró fue a dar respaldo legal suficiente a lo que el planeamiento general citado había buscado dar respuesta sin disponer, sin embargo, de la correspondiente cobertura legal, para lo cual el mecanismo expresado, propio de una cuidadosa y compleja construcción técnica, acabó sin embargo por chocar frontalmente con la realidad de una ciudad ya acabada que hacía materialmente inviable cualquier pretensión de nueva equidistribución sin provocar al mismo tiempo situaciones absolutamente anómalas por sí mismas repudiables.

En este sentido, en otro lugar tuvimos oportunidad de apuntar, por ejemplo, el caso de aquellas normativas en las que la edificabilidad de las parcelas se definía en razón de un fondo máximo edificable y la longitud de fachada, determinante, a su vez, de la altura de la edificación según su relación con la anchura de la calle, supuesto en el cual, por lo tanto, no era la superficie de la parcela la determinante de la edificabilidad final en razón de la aplicación de un índice previo fijado desde el plan, de tal modo que parcelas de una menor superficie localizadas en la esquina de las manzanas accedían a una mayor edificabilidad que aquellas otras que con mayor superficie por el contrario tuvieran una escasa longitud de fachada o un gran fondo si bien superior al edificable.

De ahí, en fin, que la aplicación sobre esos supuestos y otros propios del suelo urbano consolidado en los que la configuración parcelaria era, desde su inicial consideración como suelo urbanizable o urbano no consolidado, la resultante de procesos reparcelatorios precedentes, la aplicación, decimos, de un régimen legal que definía el contenido del derecho en razón de la superficie llevaba irremediablemente a situaciones absurdas en virtud de las cuales los propietarios de los suelos a partir de un nuevo planeamiento que incorporase las nuevas técnicas legales se podían ver beneficiados, además del propio de su

suelo, por un aprovechamiento a materializar en suelo ajeno o, en la otra cara de la moneda, privados de aquel aprovechamiento históricamente reconocido a sus suelos por estar llamado a pertenecer a aquellos otros que estuvieran en situación inversa.

El fracaso de la medida, de alguna forma reconocido de modo indirecto en una diversidad de sentencias referidas al Plan General de Madrid de 1997 que, ante las graves consecuencias prácticas de su puesta en marcha, intentó la búsqueda de fórmulas alternativas pero, en todo caso, al fin, también ilegales, como lo fueron las ideadas en el anterior Plan General de 1985 sin el suficiente respaldo legal, no impidió sin embargo que desde la perspectiva registral y por expreso mandato de la Ley 8/1990, se procediera a su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y que, ya en el orden estrictamente urbanístico, si bien pasado el impacto de la STC 61/1997, de 20 de marzo, no fuera ya así, en el momento inmediato de su publicación los textos legales autonómicos que aparecieron para cubrir el vacío dejado reprodujeran incluso literalmente el texto declarado inconstitucional.

La realidad normativa actual es, por lo tanto, la que se corresponde con un desarrollo reglamentario pleno de las actuaciones asistemáticas en el orden registral, así contenido en los artículos 33 a 43 del Real Decreto 1093/1997, una previsión urbanística de origen autonómico prácticamente nula en esa misma materia aunque no, sin embargo, en situaciones diversas también previstas en dichos artículos de apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico, y, por fin, una posible regulación desde el planeamiento urbanístico, como así ocurre en ocasiones, de situaciones en las que las transferencias quedan expresamente contempladas.

Pues bien, de estas situaciones y de sus requisitos registrales es de lo que da cuenta una prolija Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de junio de 2011 *(BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011), Resolución que da pie a esta colaboración precisamente por cuanto, además de hacer un breve recorrido sobre los perfiles administrativos, civiles y registrales del aprovechamiento, identifica con precisión la técnica en cuestión a la vez que admite alguna complementación en las situaciones singulares de apertura de folio al aprovechamiento ante las cuales no resultan trasladables en su integridad los requisitos exigidos en el caso de las transferencias de aprovechamiento urbanístico.

II. LOS ANTECEDENTES Y MOTIVOS DETERMINANTES DE LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN QUE DIO LUGAR A LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011

Los antecedentes de la Resolución comentada se sitúan en una escritura de compraventa por la que se transmitía «*el pleno dominio de los derechos edificatorios de 693,80 metros cuadrados que ha de ser objeto de transferencia a otro emplazamiento, según resulta del Plan de Mejora Urbana*», haciéndose constar mediante nota marginal en la inscripción 1.ª de la finca que con arreglo al planeamiento, «*los derechos edificatorios de la propiedad de la finca se concretan 'en la cifra de 2.337,70 metros cuadrados de techo máximo sobre rasante y 693,80 metros cuadrados de techo residencial no agotado que será objeto de transferencia a otro emplazamiento mediante el instrumento y procedimiento que corresponda y que fijará el Ayuntamiento'*».

La compraventa quedaba sujeta a las siguientes condiciones suspensivas que habían de cumplirse conjuntamente: que en un determinado plazo se inscribiera a favor de la compradora «*como finca propia o folio independiente, con total independencia de la finca de procedencia, el aprovechamiento de 693,80 metros cuadrados de techo*» y que por el Ayuntamiento se autorizara en el citado plazo que dichos metros cuadrados se transfirieran a determinada finca propiedad de la compradora.

Presentada la escritura para su inscripción, fue objeto de calificación denegatoria por considerarse necesario que previamente tuviera lugar «*la transferencia de los metros en otra finca registral*», por ser precisa la apertura de «*folio registral específico*», lo que se justifica, al tratarse de una venta y no de una opción de compra o un embargo, por ser «*necesaria la individualización registral del objeto por cualquiera de los medios expresados, de acuerdo con las determinaciones del planeamiento*». Igualmente se expresó que no procedía la apertura de folio registral independiente de los citados 693,80 metros cuadrados «*por no constar incluido en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 39 del citado Real Decreto 1093/1997, que permite la inscripción del aprovechamiento urbanístico como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de hoja independiente*».

A su vez, la Resolución realiza en su Fundamento de Derecho 3 una síntesis de las cuestiones que sucesivamente pasa a abordar, determinantes, al estar íntimamente interrelacionadas y ser interdependientes entre sí, según afirma, de la calificación denegatoria, destacando a tal efecto las siguientes cuestiones:

«*a) si bien el artículo 33 del Real Decreto 1093/1997 permite las transferencias de aprovechamiento urbanístico, lo condiciona a que dicha transferencia sea admitida por la legislación urbanística aplicable, lo que suscita la cuestión de si la transferencia solo será posible cuando el Ayuntamiento de Barcelona lo autorice mediante el procedimiento que corresponda, pero no antes por imperativo del principio hipotecario de especialidad (al ser dicha autorización la que debe confirmar cuál es la finca de destino);*

b) si el hecho de que haga falta la previa aprobación por el Ayuntamiento del correspondiente instrumento y procedimiento urbanístico para hacer la transferencia, admite o no que el negocio contenido en la escritura quede sometido a la condición suspensiva de obtener este instrumento a los efectos de su inscripción registral o de la apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico;

c) si bien la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado ha seguido un criterio amplio en materia de aprovechamiento urbanístico, admitiendo los derechos de opción de compra y embargo y otros negocios de transferencia sobre dicho aprovechamiento, sin embargo se plantea la cuestión de si cabe reflejar solo en el folio de la finca en el cual consta inscrito el dominio, la venta de los derechos de edificación sin que tenga lugar la transferencia a otras fincas (cfr. Resoluciones de 23 de octubre de 2001, 26 de junio de 2006 y 30 de mayo de 2009), o si hasta que no tenga lugar la transferencia o se individualice el aprovechamiento, este solo pueda constar en el folio de la finca de origen como una cualidad y completando el contenido del dominio del cual es una parte integrante (aun en transformación)».

III. LAS CONSIDERACIONES MÁS RELEVANTES CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE JUNIO DE 2011 Y LAS POSIBILIDADES DE RECONOCIMIENTO REGISTRAL AUTÓNOMO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

1. Los contornos administrativos del aprovechamiento urbanístico

La Resolución comentada comienza la fundamentación de su pronunciamiento desestimatorio con una referencia a la regulación que contenía la Ley del Suelo de 1992, en relación con los conceptos de aprovechamiento urbanístico y facultad de edificar, situados, según afirma, «*en el contexto de una legislación urbanística que partía de una concepción de adquisición gradual de facultades urbanísticas en que el denominado* ius aedificandi *se adquiría a través de la licencia ajustada al planeamiento como título constitutivo del mismo*».

Sucesivamente, señala la Resolución la presencia de una proximidad conceptual de los dos conceptos citados acentuada «*una vez superado el citado sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas*», a partir de lo cual, reconduciendo los términos invocados, deja ya de referirse a la facultad de edificar y pasa a hacerlo a los derechos de edificabilidad sujetos a la normativa sobre transferencia de aprovechamientos urbanísticos en cuanto «*resultado final o trasunto del aprovechamiento urbanístico materializable en una finca concreta*», concluyendo finalmente con la definición del derecho al aprovechamiento como «*modalidad de la correlativa facultad de poder edificarla (la parcela)*» y su relación con el concepto de edificabilidad.

Pues bien, de estas primeras consideraciones de la Resolución quizá se deba comenzar por poner en cuestión los términos tajantes según los cuales la nueva legislación habría dado lugar a una suerte de superación del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, posición difícilmente conciliable con la regulación al efecto dispuesta en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el que, después de resaltar el *carácter estatutario* del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, se señala, al modo en que tradicionalmente se ha realizado por la legislación urbanística, que «*la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no se integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo*» y, en términos sorprendentemente idénticos a los que tan criticados fueran de la Ley 8/1990, de 25 de julio, que «*la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada, en todo caso, al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda…*».

A su vez, junto a ello, cabe igualmente puntualizar que la proximidad conceptual de la que trata la Resolución no se sitúa tanto entre los conceptos de aprovechamiento y facultad de edificar como entre los de aprovechamiento y edificabilidad, conceptos, estos últimos, no siempre convenientemente diferenciados y en cualquier caso, respecto del primero, no unívoco sino diverso y por ello mismo necesitado de cierta precisión terminológica.

En este sentido parece oportuna la reiteración de unos significados del concepto aprovechamiento que en la Resolución se dan por conocidos y que, no obstante, facilitan la comprensión de las llamadas transferencias de aprovechamiento mediante las actuaciones asistemáticas en suelo urbano.

Así, como punto de partida, el concepto de aprovechamiento expresado en términos genéricos y de modo aislado no puede nunca ser identificado con la

edificabilidad de una parcela, toda vez que lo que representa no es otra cosa que un valor de síntesis aplicado a cada metro cuadrado del suelo sobre el que se proyecta y cuyo sentido solo cabe descifrarlo por su puesta en relación con el conjunto de factores que desembocan en él, en particular los usos susceptibles de ser implantados, su intensidad, el valor relativo entre ellos y, por fin, la superficie total sobre la que se prevén, a lo cual, en términos de principios aunque no generalmente en la práctica, cabría añadir factores esenciales tales como las dificultades de gestión, los costes de urbanización, la renta de situación, etc.

De ahí que solo de modo muy remoto, salvo que en realidad se estuviera pensando en la técnica de la transferencia, sea válida la expresión contenida en la Resolución, según la cual, «*el aprovechamiento urbanístico, determinado conforme a las especificaciones de los instrumentos de planeamiento, comporta pues, la reorganización de la edificabilidad de un sector concreto y de las fincas que lo integran*». La determinación del aprovechamiento, contenida en el planeamiento, por sí sola no reorganiza nada y nada hace distinto de asignar un coeficiente a partir del cual, por comparación con los otros significados que admite, se puede llegar a determinar el contenido exacto del derecho de propiedad.

Por ello, el aprovechamiento, cuando del suelo urbano finalista se trata, propio de las actuaciones asistemáticas, deber ser contemplado como el real u objetivo susceptible de edificación, entonces sí identificable con la edificabilidad, y como el patrimonializable o subjetivo equivalente a aquel al que tiene derecho el propietario respectivo bajo la técnica de la transferencia de aprovechamiento, bien sobre su parcela cuando es inferior al real, bien sobre parcela ajena en situación inversa por ser superior al real. En esta línea debe entenderse el segundo párrafo del Fundamento de Derecho 7 de la Resolución, significando no obstante que cuando se habla de transferencia de aprovechamiento siempre se está hablando del subjetivo o patrimonializable, nunca del objetivo o real por constituir este una cualidad urbanística atribuida por el planeamiento a la parcela con independencia de cómo haya de tener lugar el proceso de gestión sucesivo hasta permitir la edificación de las parcelas afectadas.

2. La configuración civil del aprovechamiento como objeto de derecho y las posibilidades de su reconocimiento y sucesivo reflejo registral

En este punto, sobradamente tratado por la doctrina con el apoyo obtenido a partir de la conocida sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532), que resaltó el impacto ocasionado por la técnica urbanística por razón de la denominada «*espiritualización, por decir mejor, la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es solo un dato para determinar el contenido del derecho*», nos limitamos a poner de relieve que la Resolución da un paso más y, antes de adentrarse en las exigencias registrales de aplicación, pasa a pronunciarse sobre la configuración civil del aprovechamiento, admitiendo su condición de objeto de derecho, lo que le permite «*ser objeto de negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede*».

Por lo tanto, la Resolución permite distinguir, primero, los negocios que en rigor consisten en una transferencia de aprovechamiento entre fincas del mismo o de distinto propietario por concurrencia de desequilibrios entre los patrimo-

nializables respectivos de las fincas involucradas; en segundo lugar, aquellos otros identificados con los que se relacionan en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que recayendo sobre aprovechamiento urbanístico no llevan consigo, de modo simultáneo ha de entenderse, su desplazamiento a otra finca distinta, y, finalmente, y con base en la Resolución de 30 de mayo de 2009, los que recaigan sobre aprovechamientos que no llegan a estar «*emancipados de la finca de origen*» por «*forma(r) parte del contenido del dominio y por tanto esta(r) implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral*», situación reconocida en el caso de la opción de compra en la Resolución de 23 de octubre de 2001 y en el del embargo en la citada de 30 de mayo de 2009.

En consecuencia, la Resolución limita los posibles negocios jurídicos cuyo objeto se corresponda con el aprovechamiento urbanístico a los dos primeros que acaban de ser señalados, destacando en el caso del primero, el de las transferencias de aprovechamiento *strictu sensu*, la exigencia ineludible de la «*identificación inequívoca y firme de la finca de destino a cuyo aprovechamiento materializable ha de acrecer el sobrante transferido*», omisión que fue finalmente la causante de la confirmación de la calificación recurrida. En este caso la transferencia, que no da lugar a la apertura de folio, se sostiene únicamente respecto del patrimonializable, no por lo tanto del real que se mantiene intacto en cada una de las dos fincas afectadas.

La cuestión que entonces se plantea, más allá del acierto de la Resolución en relación con un acto de transferencia de aprovechamiento que no cumplía las exigencias legales en los términos señalados, es la lectura que cabe dar al artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de tal modo que se pudiera ensanchar el ámbito de supuestos de apertura de folio al aprovechamiento en verdad ya aceptado por el legislador en algún supuesto particular y no poco significativo al que seguidamente nos referimos.

La cuestión no es irrelevante y, además, tiene en alguna medida relación directa con la Resolución comentada ya que, si bien es cierto que el acto de transferencia parece que ha de ser un acto de tracto único e irreversible en el que la identificación de la finca de destino sea un presupuesto necesario mediando también como condición de validez la autorización o constatación administrativa fehaciente de la existencia de un aprovechamiento patrimonializable en exceso en una parcela y la situación inversa de la parcela de destino, no parece sin embargo que debiera existir impedimento para que, en las situaciones efectivas de fincas con aprovechamientos no consumidos pero llamados a materializarse sobre la misma parcela, fuera posible la admisión de negocios jurídicos a partir de los que se pudiera dar lugar a la apertura de folio registral independiente.

Así parece que cabría sobre la base de que, sin perjuicio de los actos civiles de posible división horizontal que pudieran realizarse una vez se accediera a la edificación o sin ella por conversión según la técnica de la subrogación real del derecho al aprovechamiento en cuota en el dominio, en realidad, cumpliendo la exigencia contenida en la Resolución comentada aun referida a la modalidad de las transferencias, la finca de origen cumpliría la condición propia de la finca de destino.

En este sentido, es cierto que el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 contempla una relación aparentemente cerrada de supuestos en los que se prevé la apertura de folio independiente al aprovechamiento refiriéndolo ya al propio de la Administración cuando lo solicite, ya cuando tenga lugar la ocupación directa, ya en los casos de expropiación con pago en fincas futuras pendientes de formación, o, en fin, en los casos de actuaciones sistemáticas cuando se le reconoz-

ca a empresa urbanizadora en pago de la obra de urbanización o por transmisión a tercero, siempre, en estos dos últimos casos, que se produzca con anterioridad a la aprobación del proyecto de equidistribución correspondiente.

Sin embargo, del mismo modo que el Real Decreto admite en su artículo 39.1 la apertura de folio registral independiente al aprovechamiento que por ministerio de la Ley le corresponde a la Administración, de tal modo que, por ejemplo, en el caso admitido por la legislación estatal de su participación en el aprovechamiento también en el suelo urbano consolidado o urbanizado, quedaría la conexión con la finca de que procede a que se refiere el artículo 40 siguiente sin ligarlo aun a finca alguna de destino, no parece que debiera haber obstáculo alguno para que idéntica operación se pudiera realizar desde la consideración de una finca de titularidad privada con un aprovechamiento llamado a consolidarse en ella aunque no todavía materializado.

Es decir, qué razón hay para que la Administración sí pueda ver reconocido el aprovechamiento que le corresponda como entidad hipotecaria autónoma y sin embargo no pueda hacerlo un particular con el propósito de realizar actos de disposición. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de alteraciones de planeamiento que incrementaran el aprovechamiento de parcelas ya edificadas o, en otro sentido, el ya aludido de parcelas igualmente edificadas pero sin haber agotado en toda su extensión el atribuido por el planeamiento. En estas situaciones cabría apuntar un cierto paralelismo entre el reconocimiento registral del derecho de vuelo al amparo del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, aun sin llegar en todo caso a constituir entidad independiente y el aprovechamiento como objeto de derecho en este caso sí dando lugar a la apertura de folio registral, lo que tendría lugar, siguiendo a la resolución comentada, a la vista de que «*nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio jurídico ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados*».

Otra cosa, salvo el caso de la preexistencia de un régimen de cargas que fuera independizable de nuevos aprovechamientos que acrecieran a la finca justificando su reflejo registral autónomo, sería el supuesto de suelos susceptibles de edificación aunque no edificados, en los que lo correcto, cuando no hay posibilidad de división por cumplimiento de las dimensiones de parcela mínima, es que la entrada en el dominio, reservándose el transmitente parte de lo enajenado, se efectúe mediante la asignación de cuotas, en todo caso convertibles en aprovechamiento igualmente si levantada la edificación no resultara agotado el aprovechamiento reconocido por el planeamiento.

Por fin, resulta de interés la cita de la regulación contenida en el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 119.2 se contempla, para el caso de bienes o derechos incluidos en actuaciones de transformación urbanística que mantuvieran su destino a un fin o servicio público, la necesidad de proceder a la desafectación o desadscripción de los aprovechamientos urbanísticos que de ellos procedieran.

Más allá de lo discutible de la exigencia de desafectación o desadscripción de unos aprovechamientos que en cuanto producto de la ordenación urbanística no admiten salvo en un sentido meramente analógico la expresión legal de que *se deriven* de los correspondientes bienes o servicios, de tal modo que por definición, al ser expresión de los usos lucrativos y homogeneizados del ámbito, su naturaleza jurídica de origen es la propia de un bien patrimonial, la previsión

legal citada revela en todo caso el carácter necesariamente abierto que ha de darse a una regulación reglamentaria, la contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que al tiempo que no puede ser restrictivamente interpretada en el sentido de rechazar a su amparo el respaldo registral de supuestos de configuración jurídica autónoma del aprovechamiento susceptibles de ser identificados, ofrece sin embargo una técnica registral que, con el cumplimiento de las exigencias administrativas fundamentalmente situadas en la necesaria acreditación o constatación fehaciente previa de la cuantía de los aprovechamientos cuya inscripción se pretendiera, garantiza también respecto de ellos la seguridad jurídica inherente al acceso a los libros del Registro.

RESUMEN

INSCRIPCIÓN INDEPENDIENTE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO TRANSFERENCIA

La identificación del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho expresada en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2011, que se remonta fundamentalmente a partir de la Ley del Suelo de 1975 y sus previsiones en relación con el suelo urbanizable, recibió carta de naturaleza con la Ley 8/1990, de 25 de julio y su posterior desarrollo en el orden registral mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, norma, esta última, que entre otra diversidad de cuestiones dio respuesta a la técnica de las llamadas actuaciones asistemáticas en suelo urbano y a los casos de su configuración autónoma pendiente de consolidación en suelo de destino a determinar, supuestos que tanto el legislador como la realidad práctica permiten ampliar bajo la premisa, en todo caso, de la fiscalización por la Administración urbanística de su correcta determinación y cuantificación.

ABSTRACT

SEPARATE REGISTRATION PLANNING USE TRANSFER

The Decision of 14 June 2011 of the Directorate General of Registries and Notarial Affairs identifies planning use as an object of law. This view dates back fundamentally to the 1975 Land Act and its terms concerning developable land, but the first real endorsement of planning use as an object of law came in Act 8/1990 of 25 July, implemented in registration much later in Royal Decree 1093/1997 of 4 July. Royal Decree 1093/1997 dealt with a wide variety of issues; one thing it did was to respond to the technique for what was termed "asystematic actions on urban land" and cases of autonomous configuration pending consolidation on land whose purpose is not yet established. Both legislation and practical reality allow these cases to be expanded, but always under the premise of oversight by the land planning administration.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

I. NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 3/2012. 25-7-2012. Autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, firmado en Bruselas el 2-3-2012.

— Ley 3/2012. 6-7-2012. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

— Ley 4/2012. 6-7-2012. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

— Ley 5/2012. 6-7-2012. Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

— Real Decreto-ley 20/2012. 13-7-2012. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 20/2012. 13-7-2012. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Real Decreto-ley 21/2012. 13-7-2012. Medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 21/2012. 13-7-2012. Medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero.

— Real Decreto-ley 22/2012. 20-7-2012. Adopta medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios.

— Real Decreto 1110/2012. 20-7-2012. Nombra Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ a don Gonzalo Moliner Tamborero.

— Real Decreto 1111/2012. 20-7-2012. Cese de don Javier Delgado Barrio como Magistrado del Tribunal Constitucional.

— Real Decreto 1112/2012. 20-7-2012. Cese de don Eugeni Gay Montalvo como Magistrado del Tribunal Constitucional.

— Real Decreto 1113/2012. 20-7-2012. Cese de doña Elisa Pérez Vera como Magistrada del Tribunal Constitucional.

— Real Decreto 1114/2012. 20-7-2012. Cese de don Eugeni Gay Montalvo como Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

— Real Decreto 1115/2012. 20-7-2012. Nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Juan José González Rivas.

— Real Decreto 1116/2012. 20-7-2012. Nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Andrés Ollero Tassara.

— Real Decreto 1117/2012. 20-7-2012. Nombra Magistrada del Tribunal Constitucional a doña Encarnación Roca Trías.

— Real Decreto 1118/2012. 20-7-2012. Nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Fernando Valdés Dal-Ré.

— Real Decreto 1139/2012. 24-7-2012. Nombra Vicepresidente del Tribunal Constitucional a don Ramón Rodríguez Arribas.

— Real Decreto 1140/2012. 25-7-2012. Nombra Presidente del Tribunal de Cuentas a don Ramón Álvarez de Miranda García.

— Corrección de errores. Ley 2/2012. 29-6-2012. Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1119/2012. 20-7-2012. Modificación del Real Decreto 83/2012, de 13-1-2012, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1003/2012. 29-6-2012. Modifica el Real Decreto 997/2003, de 25-7-2003, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

— Real Decreto 1038/2012. 6-7-2012. Modifica el Real Decreto 1367/2007, de 19-10-2007, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17-11-2003, del ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas.

— Real Decreto 1081/2012. 13-7-2012. Establece el procedimiento de regularización en el censo de la flota pesquera operativa y en el registro de buques y empresas navieras.

— Orden 1490/2012. 9-7-2012. Dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16-2-2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 15-6-2012. Aprueba el modelo de contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles para fines empresariales o profesionales, con letras de identificación «L-M», para ser utilizada por la entidad «Mercedes-Benz Financial Services España, EFC».

— Resolución de 3-7-2012. DGRN. Convoca la provisión en concurso ordinario número 285 de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 1082/2012. 13-7-2012. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de instituciones de inversión colectiva.

— Resolución de 6-7-2012. Cumplimiento a lo previsto en la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1736/2010, de 23-12-2010, por el que se modifica el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, aprobado por Real Decreto 1317/2008, de 24-7-2008, en relación con las tablas de mortalidad y supervivencia a utilizar por las entidades aseguradoras y al artículo único de la Orden EHA/69/2011, de 21-1-2011, por la que se prorroga la utilización de las tablas de supervivencia GRM95 y GRF95 y las tablas de fallecimiento GKM95 y GKF95 en el sistema de planes de pensiones.

— Resolución de 10-7-2012. Publican las 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, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012, de 9-3-2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1143/2012. 27-7-2012. Aprueba el Estatuto del organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones.

— Orden 1465/2012. 28-6-2012. Desarrolla el procedimiento y condiciones de retención de la participación en los tributos del Estado de las Entidades Locales que no concierten las operaciones de endeudamiento, y se establece la remisión de información a las Comunidades Autónomas a estos efectos, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24-2-2012, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, y el Real Decreto-ley 7/2012, de 9-3-2012, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

— Orden 1637/2012. 5-7-2012. Regula el Registro Electrónico de Apoderamientos.

— Orden 1677/2012. 14-6-2012. Aprueba el deslinde entre los términos municipales de Hermesinde (Zamora) y A Mezquita (Ourense).

— Resolución de 22-6-2012. Publica la rehabilitación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 22-6-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 16-7-2012. Limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el IS.

— Resolución de 20-7-2012. Modifica la Resolución de 30-4-2008, por la que se aprueba la creación de un fichero automatizado de datos de carácter personal.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Acuerdo 23-7-2012. Prohibición cautelar de realizar operaciones sobre valores e instrumentos financieros que supongan la constitución o incremento de posiciones cortas netas sobre acciones españolas.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 2-7-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 3-7-2012. Publica los tipos de interés de referencia que sirven para la determinación de los depósitos para los que se deben realizar aportaciones adicionales al fondo de garantía de depósitos.

— Resolución de 18-7-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— 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 ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Orden 1487/2012. 19-6-2012. Establece las bases reguladoras y se convocan ayudas económicas para la asistencia jurídica a ciudadanos españoles que afronten condenas de pena de muerte.

— 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, IP y su protocolo, hecho en Madrid el 3-2-2011.

— Entrada en vigor del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV/IOSCO), hecho en Madrid el 23-11-2011.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 999/2012. 29-6-2012. Modifica el Real Decreto 1629/2006, de 29-12-2006, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

— Real Decreto 1000/2012. 29-6-2012. Establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2012-2013 y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21-12-2007, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas.

— Resolución de 14-7-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22-6-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

UNIVERSIDADES

— Resolución de 6-7-2012. Publica el Acuerdo de 13-6-2012, de la Conferencia General de Política Universitaria, por el que se fijan los límites de precios públicos por estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales para el curso 2012-2013.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 1407/2012. 25-6-2012. Modifica el Anexo I del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8-5-2009.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Orden 1624/2012. 16-7-2012. Regula la homologación de placas de matrícula para vehículos de motor y remolques.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 1141/2012. 27-7-2012. Modifica el Real Decreto 35/2010, de 15-1-2010, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

— Orden 1486/2012. 4-7-2012. Modifica la Orden 1158/2010, de 3-5-2010, sobre directrices generales de los planes de estudios de la formación militar general, específica y técnica para el acceso a las diferentes escalas de oficiales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 119/2012. 4-6-2012. Recurso de Amparo 6215-2008. Madrid. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): Mantenimiento de la subrogación forzosa declarada inconstitucional por la STC 128/1994.

— Sentencia 122/2012. 5-6-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1772-2001. Cataluña. Impuesto autonómico con finalidad extrafiscal y cuyo hecho imponible no coincide con el gravado por el Impuesto sobre Actividades Económicas (STC 289/2000).

— Sentencia 137/2012. 19-6-2012. Recurso de inconstitucionalidad 3644-2009. Galicia. Nulidad del precepto legal autonómico que determina limitaciones o servidumbres sobre los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre (STC 87/2012).

— Sentencia 138/2012. 20-6-2012. Recurso de amparo 2891-2011. Vulneración del derecho de asociación, en su vertiente de creación de partidos políticos: ausencia de elementos probatorios sólidos y cualificados que acrediten que el partido político que se pretende constituir viene a continuar o suceder la actividad de las formaciones políticas ilegalizadas y disueltas; relevancia en el momento inicial de los estatutos del nuevo partido político. Votos particulares.

— Sentencia 139/2012. 2-7-2012. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (ejecución), a un proceso con garantías y a la legalidad sancionadora. Resolución judicial dictada en ejecución de una sentencia que no se pronunció sobre la devolución del dinero intervenido en la causa penal ni apuntó un fundamento que pudiera habilitarla.

— Sentencia 140/2012. 2-7-2012. Valencia. Vulneración del derecho a la libertad personal: prórroga de prisión provisional acordada, habiéndose sustituido en la sentencia condenatoria la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

— Sentencia 141/2012. 2-7-2012. Granada. Vulneración del derecho a la libertad personal: resolución judicial tardía, adoptada sin haber informado al interesado de los derechos a la defensa y a la prueba que le asisten, y carente de la motivación exigible a una medida privativa de libertad.

— Sentencia 142/2012. 2-7-2012. Cádiz. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones, proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, presunción de inocencia, a la prueba y a no sufrir indefensión. Acceso a la agenda telefónica de una coimputada que no aportó prueba de cargo relevante; actividad probatoria de cargo desarrollada en la vista oral con las debidas garantías y que fue objeto de adecuada valoración a los efectos de entender acreditados todos los elementos constitutivos de la infracción penal.

— Sentencia 143/2012. 2-7-2012. Cataluña. Competencias sobre legislación civil y mercantil, ordenación general de la economía, procedimiento administrativo y comercio interior: establecimiento del régimen jurídico de Derecho público de la modalidad comercial consistente en la venta ambulante; regulación de aspectos carentes de una incidencia directa y significativa en la actividad económica general y que vulnera las competencias autonómicas.

— Sentencia 144/2012. 2-7-2012. Huelva. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002); elemento subjetivo del injusto apreciado, valorando el testimonio de los acusados y las declaraciones del perjudicado, testigos y peritos.

— Sentencia 145/2012. 2-7-2012. Madrid. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho) y a la legalidad sancionadora. Resolución judicial que aplica una norma legal expresamente declarada contraria al Derecho de la UE por STJUE.

— Sentencia 146/2012. 5-7-2012. Valencia. Derecho a un proceso con todas las garantías. Validez de los preceptos legales que contemplan la posibilidad de que el instructor reciba declaración al menor cuando aquel lo estime pertinente y siempre que lo solicite en plazo la asistencia letrada del menor y que salvaguardan el derecho de este a intervenir en el proceso desde la incoación del expediente.

— Sentencia 147/2012. 5-7-2012. Canarias. Autonomía local de los cabildos insulares: extinción de la cuestión de inconstitucionalidad al haberse derogado el precepto legal objeto de la misma y la disposición reglamentaria controvertida en el proceso contencioso-administrativo en cuyo seno se promovió.

— Sentencia 148/2012. 5-7-2012. Extremadura. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, urbanismo y expropiación forzosa; principio de legalidad sancionadora; potestad tributaria de las Comunidades Autónomas y valoraciones del suelo: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden al agente urbanizador el tratamiento fiscal de las juntas de compensación, establecen el régimen de indemnización en los proyectos de reparcelación de determinados actos de uso del suelo incompatibles con el planeamiento y permiten el pago del justiprecio expropiatorio prescindiendo del acuerdo del expropiado; interpretación conforme con la Constitución de varias disposiciones legales.

— Sentencia 149/2012. 5-7-2012. Andalucía. Competencias sobre aguas, medio ambiente y espacios naturales: Validez de los preceptos legales que atribuyen a la Administración competente para la autorización del plan o proyecto, la realización de la evaluación ambiental de las zonas especiales de conservación (STC 13/1998) y que, al trasponer la Directiva marco del agua, incorporan a la Ley de aguas las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición e introducen la noción de demarcación hidrográfica.

— Sentencia 150/2012. 5-7-2012. Cataluña. Competencias sobre ordenación general de la economía, hacienda general, régimen jurídico de las Administraciones Públicas y gestión de la actividad de fomento: extralimitación en el ejercicio por el Estado de sus competencias básicas (STC 13/1992).

— Sentencia 151/2012. 5-7-2012. País Vasco. Competencias sobre legislación procesal (acción pública en materia ambiental): Extinción de la cuestión de inconstitucionalidad al haber concluido el proceso contencioso-administrativo por desistimiento de la parte actora.

— Recurso de inconstitucionalidad 1345-2012, contra el artículo 1 de la Ley 9/2011, de 5-12-2011, de modificación de la Ley 1/1986, de 2-1-1986, Electoral de Andalucía; la Ley 2/2005, de 8-4-2005, por la que se regula el estatuto de los expresidentes de la Junta de Andalucía, y la Ley 3/2005, de 8-4-2005, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, en cuanto da nueva redacción al artículo 6.2.*c)* de la Ley Electoral de Andalucía.

— Recurso de inconstitucionalidad 3856-2012. Contra la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto-ley 12/2012, de 30-3-2012, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

— Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012, contra el artículo 1. Uno y, por conexión, 1. Dos; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce, y

Disposición Adicional 3.ª y Disposición Transitoria 1.ª del Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

— Recurso de inconstitucionalidad 4217-2012, contra los artículos 3 y 4 y, por conexión, contra la Disposición Final 1.ª del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Recurso de inconstitucionalidad 5119-2003. Contra los artículos 36.3 y 38.3 de la Ley 3/1991, de 8-11-1991, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en la redacción dada por los artículos 11 y 12 de la Ley 3/2003, de 7-5-2003, por la que se modifica la anterior.

— Recurso de inconstitucionalidad 5120-2003. Contra los artículos 11 y 12 y Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 3/2003, de 7-5-2003, del Parlamento Vasco, que modifica los artículos 36.3 y 38.3 de la Ley 3/1991, de 8-11-1991, de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Acuerdo 24-7-2012. Dispone la composición de las Salas y Secciones del Tribunal Constitucional.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 6-7-2012. Declara la nulidad del Real Decreto 253/2011, de 28-2-2011. Se estima el recurso contencioso-administrativo número 288/2011, interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don José Ramón García García, en nombre y representación de don Juan María Díaz Fraile, doña Ana Blanca Fernández-Tresguerres García, don Francisco Javier Gómez Gálligo y don José Carlos Sánchez González, contra el Real Decreto 253/2011, de 28-2-2011.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto-ley 3/2012. 24-7-2012. Modifica el Decreto-ley 1/2012, de 19-6-2012, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, para adaptarlo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Decreto 310/2012. 19-6-2012. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013.

— Decreto 327/2012. 10-7-2012. Modifica diversos Decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios.

— Decreto 334/2012. 17-7-2012. Regulan las entidades colaboradoras en materia de Calidad Ambiental en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Orden 21-6-2012. Establece la distribución de los créditos derivada del Decreto 3/2012, de 5-5-2012, de la Vicepresidencia, y sobre reestructuración de Consejerías.

— Orden 25-7-2012. Fija los importes retributivos del profesorado de la enseñanza concertada al amparo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, y del Decreto-ley 3/2012, de 24-7-2012, por el que se modifica el Decreto-ley 1/2012, de 19-6-2012, así como los importes de los complementos retributivos establecidos por la Comunidad Autónoma correspondientes al año 2012, según Acuerdo de 2-7-2008.

— Orden 26-7-2012. Suspende la convocatoria de las ayudas previstas en la Orden 26-4-2010, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador y trabajadora autónomo en Andalucía.

— Resolución de 21-6-2012. Nombra Notarios para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Resolución de 2-7-2012. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2012, de 19-6-2012, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

— Resolución de 2-7-2012. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 2/2012, de 19-6-2012, por el que se modifica la Ley 9/2007, de 22-10-2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial.

— Recurso de inconstitucionalidad 1345-2012. Contra el artículo 1 de la Ley 9/2011, de 5-12-2011, de modificación de la Ley 1/1986, de 2-1-1986, Electoral de Andalucía, y la Ley 2/2005, de 8-4-2005, por la que se regula el estatuto de los expresidentes de la Junta de Andalucía, y la Ley 3/2005, de 8-4-2005, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, en cuanto da nueva redacción al artículo 6.2.*c)* de la Ley Electoral de Andalucía.

— Corrección de errores. Real Decreto 147/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales.

ARAGÓN

— Ley 5/2012. 7-6-2012. Estabilidad Presupuestaria de Aragón.

— Ley 6/2012. 21-6-2012. Modifica la Ley 6/2001, de 17-5-2001, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón.

— Decreto 181/2012. 17-7-2012. Regula el depósito legal en Aragón.

— Decreto 185/2012. 17-7-2012. Aprueba el Reglamento que regula el Foro de la Inmigración en Aragón.

— Corrección de errores. Ley 3/2012. 8-3-2012. Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 1/2012. 14-6-2012. Autorización del endeudamiento derivado del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

— Ley 2/2012. 26-7-2012. Autorización del endeudamiento para la financiación de créditos de gastos de inversión de los Presupuestos Generales para 2011 prorrogados durante el ejercicio 2012.

— Decreto 164/2012. 18-7-2012. Sustituye para el año 2013 una de las fiestas de ámbito nacional por el día 9 de septiembre, lunes siguiente a la fiesta regional del 8 de septiembre, Día de Asturias.

— Acuerdo de 27-6-2012. Nombra Registradores/as de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el Principado de Asturias.

BALEARES

— Ley 8/2012. 19-7-2012. Turismo de las Illes Balears.

— Ley 9/2012. 19-7-2012. Modificación de la Ley 3/2007, de 27-3-2007, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto-ley 7/2012. 15-6-2012. Medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, y otras actividades.

— Decreto 19/2012. 20-7-2012. Modifica el Decreto 12/2011, de 18-6-2011, del presidente de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 49/2012. 22-6-2012. Aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de subvenciones para la conservación y la mejora del patrimonio arquitectónico de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 66/2012. 27-7-2012. Modificación del Decreto 110/2011, de 25-11-2011, modificado por el Decreto 8/2012, de 3-2-2012, y por el Decreto 14/2012, de 2-3-2012, por el cual se fija el calendario de días inhábiles para el año 2012, a efectos del cómputo de plazos administrativos.

CANARIAS

— Ley 4/2012. 25-6-2012. Medidas administrativas y fiscales.

— Corrección de errores. Ley 4/2012. 25-6-2012. Medidas administrativas y fiscales.

— Decreto 55/2012. 14-6-2012. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio.

— Decreto 62/2012. 11-7-2012. Fijan los precios públicos a satisfacer por la prestación de servicios académicos de carácter universitario para el curso 2012-2013 por las universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 68/2012. 20-7-2012. Modifica puntualmente la relación de puestos de trabajo de la Presidencia del Gobierno.

— Orden 16-7-2012. Crea y regula la sede y registro electrónico del Servicio Canario de Empleo.

CANTABRIA

— 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.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Cantabria.

— Decreto 37/2012. 13-7-2012. Regula el registro, las comunicaciones electrónicas y la sede electrónica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y sus organismos públicos.

— Corrección de errores. Decreto 36/2012. 26-6-2012. Modifica el Decreto 1/2008, de 10-1-2008, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Presidencia del Gobierno y de la Consejería de Presidencia y Justicia y se modifican parcialmente la Estructura Orgánica y la Relación de Puestos de Trabajo de la Consejería de Desarrollo Rural, Ganadería, Pesca y Biodiversidad y las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Presidencia del Gobierno, de la Consejería de Presidencia y Justicia y del Centro de Estudios de la Administración Pública Regional de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Acuerdo 21-6-2012. Nombra Registrador de la Propiedad para una plaza radicada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Acuerdo 28-6-2012. Nombran Notarios para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 3/2012. 5-7-2012. Modificación de la Ley 4/2001, de 4-7-2001, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León.

— Ley 4/2012. 16-7-2012. Medidas Financieras y Administrativas.

— Ley 5/2012. 16-7-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2012.

— Corrección de errores. Ley 5/2012. 16-7-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2012.

— Decreto 27/2012. 19-7-2012. Regulan las condiciones de utilización de la cartografía e información geográfica producida por la Administración de la Comunidad de Castilla y León, y se fijan los precios públicos del servicio para su puesta en soporte físico.

— Orden 438/2012. 7-6-2012. Modifica el Anexo de la Orden 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 585/2012. 9-7-2012. Crean y modifican ficheros de datos de carácter personal.

CATALUÑA

— Ley 7/2012. 15-6-2012. Modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

— Ley 8/2012. 25-6-2012. Modificación de los límites y la denominación de la Reserva Nacional de Caza del Alto Pallars-Arán.

— Ley 9/2012. 25-7-2012. Modificación del TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña.

— Ley 10/2012. 25-7-2012. Publicación de las balanzas fiscales.

— Resolución 1374/2012. 27-6-2012. Publica la parte dispositiva de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, en relación con la Resolución 20/2009, de 14-1-2009, por la que se establecen medidas de regulación de la circulación y el transporte de mercancías por las carreteras de Cataluña para 2009.

— Resolución 1406/2012. 3-7-2012. Convoca el concurso ordinario número 285 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes.

EXTREMADURA

— Ley 2/2012. 28-6-2012. Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego.

— Corrección de errores. Ley 2/2012. 28-6-2012. Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— 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 5/2012. 15-6-2012. Bibliotecas de Galicia.

— Ley 6/2012. 19-6-2012. Juventud de Galicia.

— Ley 7/2012. 28-6-2012. Montes de Galicia.

— Ley 8/2012. 29-6-2012. Vivienda de Galicia.

— Decreto 156/2012. 12-7-2012. Crea la Comisión de Seguimiento de las Directrices de Ordenación del Territorio de Galicia.

— Decreto 157/2012. 5-7-2012. Desarrolla la Ley 11/2007, de 27-7-2007, gallega, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género en lo relativo a los órganos consultivos y de participación.

LA RIOJA

— Ley 2/2012. 20-7-2012. Racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Ley 3/2012. 20-7-2012. Suspende el funcionamiento del Consejo Económico y Social de La Rioja.

— Ley 4/2012. 20-7-2012. Reforma de la Ley 6/2006, de 2-5-2006, del Defensor del Pueblo Riojano.

— Decreto 42/2012. 20-7-2012. Modifica el Decreto 47/2011, de 6-7-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas, Política Local y Territorial y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3-3-2003, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 49/2012. 27-7-2012. Desarrolla la Ley 2/2012, de 20-7-2012, de Racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación a la Agencia del Conocimiento y la Tecnología.

MADRID

— Ley 4/2012. 4-7-2012. Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica.

— Orden 28-6-2012. Nombra Notarios con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 5/2012. 29-6-2012. Ajuste presupuestario y de medidas en materia de Función Pública.

— Ley 6/2012. 29-6-2012. Medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia.

— Ley 7/2012. 20-7-2012. Reguladora de la reedificación por sustitución forzosa para la urgente reconstrucción de Lorca.

— Decreto 93/2012. 6-7-2012. Aprueba el Reglamento de la Inspección General de Servicios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Orden 2-7-2012. Aplicación a lo establecido en el número 2 del artículo único de la Ley 1/2012, de 15-3-2012, para la regulación de un plan de pagos de las deudas pendientes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a 31-12-2012.

NAVARRA

— Ley Foral 10/2012. 15-6-2012. Introducen diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos públicos.

— Ley Foral 11/2012. 21-6-2012. Transparencia y del Gobierno Abierto.

— Ley Foral 12/2012. 21-6-2012. Modifica la Ley Foral 19/1996, de 4-11-1996, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Ley Foral 13/2012. 21-6-2012. Medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Ley Foral 14/2012. 5-7-2012. Modifica la Ley Foral 3/1985, de 25-3-1985, reguladora de la iniciativa legislativa popular, y la Ley Foral 4/1985, de 25-3-1985, reguladora de la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos de Navarra.

— Decreto Foral 11/2012. 22-6-2012. Establece la estructura departamental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Orden Foral 15/2012. 4-7-2012. Aprueba el modelo 250, Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión

de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

PAÍS VASCO

— Ley 11/2012. 14-6-2012. Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Ley 12/2012. 21-6-2012. Contra el Dopaje en el Deporte.

— Ley 13/2012. 28-6-2012. Unibasq-Agencia de Calidad del Sistema Universitario Vasco.

— Ley 14/2012. 28-6-2012. No discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

— Ley 15/2012. 28-6-2012. Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi.

— Ley 16/2012. 28-6-2012. Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco.

— Ley 17/2012. 28-6-2012. Creación del Colegio Vasco de Periodistas.

— Ley 18/2012. 28-6-2012. Unificación Colegial de Economistas y de Titulares Mercantiles en el País Vasco.

— Decreto 110/2012. 19-6-2012. Asistencia Jurídica Gratuita.

— Decreto 123/2012. 3-7-2012. Estándares urbanísticos.

— Decreto 127/2012. 10-7-2012. Desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial.

VALENCIA

— Ley 2/2012. 14-6-2012. Medidas Urgentes de Apoyo a la iniciativa Empresarial y los Emprendedores, Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas de la Comunitat Valenciana.

— Ley 3/2012. 20-7-2012. Estatuto de Radiotelevisión Valenciana.

— Decreto 8/2012. 19-7-2012. Modifica el artículo 11 del Decreto 5/2011, de 21-6-2011, del President de la Generalitat, por el que se determinan las Consellerías en que se organiza la Administración de la Generalitat.

— Decreto 117/2012. 20-7-2012. Modifica el artículo 25 y se suprime el artículo 26 del Decreto 75/2011, de 24-6-2011, del Consell, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Decreto 118/2012. 20-7-2012. Modifica el Decreto 100/2011, de 26-8-2011, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Turismo, Cultura y Deporte.

— Decreto 120/2012. 20-7-2012. Modifica el artículo 146.4 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 4/2003, de 26-2-2003, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, aprobado por el Decreto 52/2010, de 26-3-2010, del Consell.

— Corrección de errores. Decreto 110/2012. 6-7-2012. Fija las tasas a satisfacer por la prestación de servicios académicos universitarios para el curso 2012/2013.

II. Información de actividades

MADRID

Los días 16 al 20 de julio de 2012, tuvo lugar en Aranjuez, el CURSO DE VERANO: *LA DACIÓN EN PAGO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS*, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Director: Javier Gómez Gálligo, Registrador de la Propiedad y profesor asociado URJC.
Secretaria: Rosario Martín Briceño, profesora de Derecho Civil.

La crisis financiera ha provocado mayor morosidad en el cumplimiento de las deudas y ha incrementado el desahucio de muchas personas de sus viviendas. Tratándose de ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, el problema no se soluciona con la entrega de la vivienda al acreedor, ya que nuestra legislación se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda en el momento de la ejecución no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC). Sin embargo, algunas sentencias aisladas generaron un debate sobre la justicia de esta doble acción personal y real de la que dispone el acreedor, entendiendo que su aplicación estricta puede suponer un abuso de derecho, pues las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien, que les debería vincular aunque después se hubiera desvalorizado. Frente a ello, la mayoría de la jurisprudencia mayor se inclina por entender que no estamos ante un ejercicio abusivo del derecho, pues se trata de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico, y que no existe enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera.

Esta cuestión de la dación en pago, dentro de los préstamos hipotecarios, ha sido el objeto del curso de verano desarrollado del 16 al 20 de julio de

2012 en Aranjuez, dentro de los cursos de verano de la Universidad Rey Juan Carlos, que ha contado con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, y que ha sido dirigido por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Inauguró el curso Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Director General de los Registros y del Notariado, quien propuso una nueva regulación que contemple un mecanismo de composición extrajudicial de deudas de deudores, personas físicas, similar a los que existen en todos los países próximos y en que se da cumplimiento a lo previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que encomendaba al gobierno el estudio de «otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias». A tal efecto, propuso una solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza.

El primer día —lunes 19— se enfocó el tema desde el punto de vista general y económico, y contó con la presencia de Carlos TAIBO, profesor de Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Madrid, que hizo una disertación global y crítica sobre el sistema económico actual.

Benito ARRUÑADA, Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra, demostró que el sistema de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada, existente en muy pocos países —once Estados de USA— incentiva la morosidad y genera un efecto indeseado de bajada generalizada en los valores de los inmuebles. En todo caso, advirtió del peligro de toda medida retroactiva y de la conveniencia de que las modificaciones legales en esta materia se afronten desde el prisma de las necesidades productivas, y no como una cuestión de política social o distributiva, que nada tienen que ver.

Fernando MÉNDEZ, Registrador y exdecano del Colegio de Registradores, hizo también una exposición contra el sistema de imposición obligatoria de la dación en pago, y defendió que la mejor solución en Economía es la que beneficia al mayor número, sin que la dación en pago obligatoria lo sea. Propugnó que subsistiera como una posibilidad convencional más al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria y que se fomentaran medidas alternativas, como la anticresis, que permite al acreedor administrar la finca y percibir sus frutos aplicándolos al pago de la deuda. Recordó la aportación de los registradores al rechazo de cláusulas abusivas en la financiación hipotecaria, frente a la interpretación inicial de mera transcripción de cláusulas que había propugnado la Dirección General en la aplicación de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 41/2007.

El segundo día —martes, 20 de julio— el tema se abordó desde la perspectiva civil sustantiva por tres profesoras de Derecho Civil, colaboradoras de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario:* María GOÑI, Teresa JIMÉNEZ y Rosario MAR-

TÍN, esta última secretaria del curso. La primera hizo una exposición de nuestro sistema hipotecario, basada en la accesoriedad de la hipoteca como garantía del crédito, lo que significaba que el pago de la hipoteca no conlleva necesariamente la cancelación de la deuda. Y defendió el sistema de doble acción real y personal en favor del acreedor hipotecario, sin que ello suponga un abuso de derecho.

Teresa JIMÉNEZ defendió, no obstante, que la posibilidad de acudir al embargo de otros bienes del deudor, una vez ejecutada la garantía, se limitara al exceso respecto de la valoración inicial del bien aceptada por la entidad financiera. Entiende que los bancos deberían aceptar la dación en pago, según la tasación inicialmente efectuada de la vivienda, que bastaba para garantizar el importe prestado, pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de la vivienda. Charo MARTÍN, secretaria del curso, distinguió la figura de la dación convencional entre deudor y acreedor, de la adjudicación obligatoria en pago, pues en este debate se confunden ambos conceptos, de manera que el rechazo de la dación obligatoria no significa que no se pueda propiciar la dación convencional, cuya naturaleza como acto debido defendió.

Por la tarde intervino Beatriz CORREDOR, Registradora de la Propiedad y exministra de vivienda, quien también se manifestó en contra de la adjudicación en pago de la vivienda hipotecada como causa de extinción de la obligación garantizada. Expuso las medidas que se adoptaron durante su ministerio, en orden a la promoción pública de viviendas e impulso del mercado de alquiler y rehabilitación. Pero sin llegar nunca a plantearse la dación en pago obligatoria por entender perjudicial para el sistema hipotecario en su conjunto.

El miércoles 21 de julio se analizó la dación en pago de préstamos hipotecarios desde la perspectiva registral por dos registradores de la propiedad, Juan María DÍAZ FRAILE y Ángel VALERO. El primero expuso las medidas que se han ido adoptando legislativamente para proteger al deudor frente al lanzamiento, como es la elevación del mínimo inembargable, al que no se puede extender el artículo 579 de la LEC, y defendió medidas alternativas a la dación en pago obligatoria, como es la dación voluntaria con reserva de arrendamiento con opción de compra en favor del deudor. Ángel VALERO analizó el Real Decreto-ley 6/2012, que ha introducido medidas de reestructuración (novación, quita y en último extremo dación en pago) en favor de determinadas personas incluidas en el umbral de exclusión, y aunque consideró positiva la medida, entendió que era muy restrictiva. A su juicio debería ampliarse el marco de aplicación y extenderse a personas desfavorecidas, aunque tuvieran alguna renta, siempre que esta fuera insuficiente para atender el pago.

El jueves 20 de julio intervinieron los representantes de las entidades financieras, en concreto Rafael SANZ, director de los servicios jurídicos del BBVA, que entendió que la morosidad en viviendas, dentro de la financiación hipotecaria, no era excesiva (en torno al 3 por 100) y que la dación en pago obligatoria no haría sino incrementar esa morosidad. Igual criterio sostuvieron Luis

TEIJEIRO, director de estudios de la CECA, y Santos GONZÁLEZ, presidente de la Asociación Hipotecaria Española, quienes entendieron que cualquier cambio de nuestro marco jurídico perjudicaría nuestras titulizaciones y sería perjudicial para el consumidor, pues se incrementaría el tipo de interés en los préstamos hipotecarios y el *loan to value* exigible al consumidor. Además entienden que tenemos un marco jurídico muy bien diseñado, que ha permitido el acceso a la propiedad de forma masiva, a diferencia de otros países, y que no debemos modificar innecesariamente.

Finalmente, el viernes 21 de julio, intervino el representante de los consumidores, Manuel PARDOS, presidente de ADICAE, quien propuso el incremento de la oferta pública de viviendas en alquiler y propugnó soluciones concursales también para las personas físicas.

Javier GÓMEZ GÁLLIGO, como director del curso, hizo una evolución de la garantía hipotecaria, criticó que se la haya ido mermando en cuanto a su ejecución separada y por la aparición de créditos privilegiados que actúan como hipotecas tácitas, y recordó la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Analizó la reciente jurisprudencia del TJ de la Unión Europea en materia de calificación *ad limine litis* de cláusulas abusivas. Como conclusión del curso entendió que no podía admitirse una adjudicación en pago obligatoria que sería perjudicial para el sistema —aunque observó que existe en materia mobiliaria en el art. 1872 del CC—, pero que había que propugnar medidas de favorecimiento de la dación en pago voluntaria, no solo como producto financiero alternativo, sino en el momento del impago a través de medidas fiscales y sustantivas.

Clausuraron el curso Luis FERNÁNDEZ DEL POZO como director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores, en representación del Decano, y el Rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, quien destacó la calidad del curso, la gran cantidad de alumnos asistentes y el vivo debate que se había suscitado a lo largo de las intervenciones.

En conclusión, macroeconómicamente está demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, y fomenta el abandono del inmueble, por lo que en un entorno de dación en pago se produciría un incremento de los tipos de interés como fórmula de compensación de esos mayores riesgos. Pero no es algo insólito en nuestro Derecho, como hemos visto en materia mobiliaria. Tampoco lo es en materia inmobiliaria, donde la regulación de la hipoteca inversa en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, articula un régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara limitación del principio general del artículo 1911 del Código Civil.

En cualquier caso, la regulación de la dación en pago debe ajustarse a las siguientes líneas, diferenciando el régimen jurídico de la dación en pago voluntaria, de naturaleza contractual, con la adjudicación en pago obligatoria, que participa más de los actos debidos. 1) La regulación de la dación en pago convencional

o voluntaria no plantea problemas, sin perjuicio de los propios que derivan de la inexistencia de un procedimiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca cancelada. Nada impide que pueda pactarse, bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien anticipadamente a través del pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria a la propia finca hipotecada (art. 140 LH). La posibilidad de pactar esta modalidad de hipoteca debería incluirse obligatoriamente en la información precontractual que deben facilitar las entidades financieras, regulada en la actualidad por Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios —que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994—. No obstante, para favorecerla deberían arbitrarse medidas fiscales, como es la no sujeción fiscal de la segunda transmisión —la que realiza el adjudicatario en favor de un tercero— en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en forma análoga a lo dispuesto para las subastas a calidad de ceder en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. En cuanto a las cargas posteriores, se puede evitar que se antepongan a la hipoteca, pactando una retroventa en favor del deudor cedente en pago durante un plazo determinado, que evite la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos —que es lo que determina la anteposición de las cargas—. Otra medida es, fomentando también el alquiler en favor de ese deudor cedente en pago, reconociendo preferencia para el acceso a ayudas públicas a inquilinos, en términos similares a las previstas para las personas que hubieran sido objeto de lanzamiento de su vivienda habitual en virtud de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. 2) Por el contrario, la dación en pago como forma obligatoria de extinción de la obligación garantizada no puede generalizarse ni imponerse como regla general. No tanto porque suponga una quiebra de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque no es la solución más adecuada desde un punto de vista macroeconómico, pues debilita nuestro mercado hipotecario, ni tampoco es lo que más favorece al consumidor, ya que fomenta la elevación de los tipos de interés y el *loan to value* —proporción del valor del inmueble en relación al préstamo— exigible por las entidades financieras. Caso de admitirse excepcionalmente la dación en pago obligatoria debe limitarse a deudores dentro del umbral denominado de «exclusión» y para supuestos de vivienda habitual, como hace el Real Decreto de 9 de marzo de 2012, que aprueba el Código de Buenas Prácticas en esta cuestión. También cabría aceptarlo como excepcional en el concurso de persona física no culpable, como excepción a la regla general que permite la reapertura del concurso, conforme al artículo 179 de la Ley concursal.

Javier Gómez Gálligo

* * *

Los días 23 a 25 de julio de 2012, tuvo lugar en Miraflores de la Sierra, el CURSO DE VERANO: *SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ÚLTIMOS AVANCES*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid.

Dirección:

— Iván Heredia Cervantes, Profesor de Derecho Internacional Privado.
— Palmira Delgado Martín, Notaria, Delegada de Asuntos Internacionales del Consejo General del Notariado.

Día 23:

Inauguración:

— Ángel Llorente Fernández de la Reguera, Director General de Cooperación Jurídica internacional y relaciones con las confesiones.
— Manuel López Pardiñas, Presidente del Consejo General del Notariado.
— Fernando Molina, Decano de la Facultad de Derecho UAM.
— Palmira Delgado, codirectora del Curso.
— Iván Heredia Cervantes, codirector del Curso.

Mesa Redonda: *Las sucesiones internacionales en Europa.*

— Elisa Torralba Mendiola, Profesora de Derecho Internacional Privado UAM.
— Consejera: Gómez Acebo y Pombo.
— Ana Fernández-Tresguerres, Notaria adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado y Registradora en excedencia.
— Andrés García Martínez, Profesor de Derecho Financiero y Tributario UAM.
— Juan María Díaz Fraile, Registrador Adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, Notario en excedencia. Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC).

Mesa Redonda: *Familia y Derecho de la Unión Europea.*

— Palmira Delgado Martín.
— Andrés Rodríguez Benot, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Pablo de Olavide, experto español en la negociación del Reglamento sobre régimen económico-matrimonial.

— Pedro Carrión García de Parada, Notario y Consejero General de la Unión Internacional del Notariado Latino y Delegado para asuntos comunitarios del Consejo de los Notarios de la Unión Europea.
— Mónica Guzmán Zapater, Catedrática de Derecho Internacional Privado UNED, ex presidenta de la Sección Española de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC).

Mesa Redonda: *Insolvencia internacional: problemas actuales.*

— Juan Ferré Falcón, Socio Pluta Abogados.
— Ángel Serrano de Nicolás, Notario de Barcelona.
— Francisco José Garcimartín Alférez, Catedrático de Derecho Internacional Privado UAM, y Of Counsel Freshfields Bruckhaus Deringer.
— Iván Heredia Cervantes.

Taller práctico: *Supuesto práctico de sucesión internacional*, por Juan Gómez Riesgo, Notario.

Día 24:

Mesa Redonda: *Garantías mobiliarias en el tráfico internacional: las aportaciones del legislador comunitario.*

— Iván Heredia Cervantes.
— Nuria Bouza Vidal, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad Pompeu Fabra.
— José Blanco Losada, Notario, Comisionado en la Dirección General de los Registros y del Notariado.
— José María Miquel González, Catedrático de Derecho Civil UAM, Of Counsel Freshfields Bruckhaus Deringer.
— Francisco Javier Gómez Gálligo, Registrador Adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado y Notario en excedencia.

Mesa Redonda: *Alternativas a la Justicia ordinaria.*

— Antonio Sánchez Pedreño, Presidente del Instituto Español para la Mediación.
— Miguel Virgos Soriano, Catedrático de Derecho Internacional Privado UAM, Socio Uría & Menéndez.

— Fernando Rodríguez Prieto, Notario, Patrono de la Fundación Notarial «Signum» para la resolución alternativa de conflictos.
— José Carlos Sánchez, Notario Adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registrador en excedencia.
— Lorenzo Prats Albentosa, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Barcelona.

Mesa Redonda: *La libre circulación de documentos públicos: presupuestos y límites.*

— Enrique Brancós Núñez, Notario, Consejero General de la Unión Internacional del Notariado Latino, Delegado para asuntos comunitarios del Consejo de los Notarios de la Unión Europea.
— Isidoro Calvo Vidal, Notario y Consejero General de la Unión Internacional del Notariado Latino, Delegado para asuntos comunitarios del Consejo de los Notarios de la Unión Europea.
— Pilar Blanco Morales-Limones, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad de Extremadura, ex directora general de los Registros y del Notariado.
— José Manuel García Collantes, Notario de Madrid, Censor del Colegio Notarial de Madrid.

Taller Práctico: *Supuesto de divorcio internacional*, por María del Mar Velázquez Sánchez, Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca.

Día 25:

Mesa Redonda: *Modificaciones estructurales de sociedades en el ámbito intracomunitario.*

— María Ángeles Alcalá, Catedrática habilitada de Derecho Mercantil, Universidad de Castilla-La Mancha, ex directora general de los Registros y del Notariado.
— Francisco José Garcimartín, Catedrático de Derecho Internacional Privado, UAM. Of Counsel Freshfields Bruckhaus Deringer.
— Fernando de la Puente Alfaro, Registrador Mercantil adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, Notario en excedencia.
— Álvaro Lucini Mateo, Notario.

— Jesús RAMOS PRIETO, Profesor de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Pablo de Olavide.

Taller Práctico: *Supuesto de concurso internacional*, por Stefanie ENDRES, Pluta Abogados.

Clausura del Curso:

— Joan CARLES OLLÉ, Vicepresidente del Consejo General del Notariado.
— Palmira DELGADO, Codirectora del Curso.
— Iván HEREDIA CERVANTES, Codirector del Curso.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, y Diego MOLINA REY DE CASTRO, *Diagnóstico del marco jurídico-institucional y administrativo de los sistemas de Registro Civil en América Latina,* Secretaría de Asuntos Políticos de la Organización de los Estados Americanos - Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Washington DC, EE.UU., año 2010, 180 págs. ISBN núm. 978-0-8270-5429-5.

por

RAFAEL DUARTE MARTÍNEZ
Abogado de los Ilustres Colegios de Málaga y Madrid

El libro sobre el que versa este comentario es un libro poco frecuente. Que sepamos, con la excepción, tal vez, de algún documento de la CIEC (Comisión Internacional del Estado Civil), no existen monografías recientes dedicadas a la comparación de los sistemas de Registro Civil entre varios países. Y menos aun cuando la comparación no es únicamente científico-jurídica, o institucional, sino que tiene la pretensión de conformar un diagnóstico de los modelos de Registro Civil de dichos países.

El libro es fruto de la iniciativa de la OEA, que desde 2007 cuenta con un programa específico para promover la universalización del Registro Civil (PUICA: Programa para la Universalización de la Identidad Civil en las Américas). El PUICA, según se deduce de los créditos del libro, está financiado —al menos parcialmente— por el Gobierno español a través de la AECID. Más adelante diremos algo más de la conexión entre España y el PUICA. El libro está editado en los EEUU, pero se encuentra en línea en estos dos enlaces: http://64.150.160.107/cms/wp-content/Diagnostico-Legal-Administrativo.pdf y http://www.oas.org/es/sap/docs/puica/Diagnostico_Legal_s.pdf.

Mencionábamos antes a la CIEC. Y es que la CIEC podría estar como referencia latente o implícita en este libro. La OEA actúa, a través del PUICA, como apoyo y como secretaría ejecutiva del CLARCIEV (Consejo Latinoamericano de Registro Civil y Estadísticas Vitales). El CLARCIEV es un organismo nacido en 2005, que reúne a los responsables de los organismos de Registro Civil de 21 países de las Américas —incluyendo el Caribe—. No es aun un organismo internacional reconocido u homologado por las Naciones Unidas, pero a juzgar por la información disponible en su sitio web (www.clarciev.org), están dándose los pasos necesarios para ello. Y en este futuro más o menos inmediato, el modelo de la CIEC parece estar en el horizonte del CLARCIEV. Porque los orígenes de CIEC y del CLARCIEV son muy similares. Recordemos que la CIEC nació después de la segunda guerra mundial en un modo casi idéntico al nacimiento, mucho más reciente, del CLARCIEV, es decir, como asociación no oficial de los directivos de los Registros Civiles, y al cabo de no mucho tiempo la CIEC

alcanzó el estatuto de organización internacional personificada y con capacidad normativa (tratados y acuerdos internacionales). La aproximación de los países americanos a la CIEC es además una realidad institucional: México es desde 2010 miembro de pleno derecho de la CIEC, y parece que Argentina y Perú tienen o van a tener pronto el estatuto de país observador (el sitio web de CIEC —www.ciec1.org— señala que estos países «participan regularmente en las reuniones»). Así, varios países son a la vez miembros del CLARCIEV y, en distinta medida, de la CIEC, lo cual sin duda representa una intensísima aproximación entre ambas instituciones, y entre ambos hemisferios, que probablemente no solo no tenga vuelta atrás sino que vaya en aumento, en paralelo a la imparable extensión del Derecho del estado civil internacional como consecuencia de la globalización y de los flujos migratorios.

Con esta referencia organizativa implícita, en el ámbito de la CIEC la metodología hubiese sido tal vez otra: no se hubiesen comparado los sistemas organizativos, institucionales, legales o administrativos (de hecho los documentos de CIEC apenas se dedican a ello) sino más bien los elementos del estado civil internacional relacionados con los derechos de la personalidad que resulten afectados por el Derecho internacional o por los procesos de integración política supranacional. ¿Existe alguna razón que explique esta diferente perspectiva? Nos atrevemos a aventurar una posible explicación para ello: la presencia o no del llamado subregistro. El subregistro es el no estar las personas inscritas en el Registro Civil, y se da en Latinoamérica en niveles aproximados entre el 10 y el 13 por 100, según mediciones de UNICEF. Por el contrario, en Europa el subregistro es estadísticamente irrelevante —y de hecho no ha sido objeto de atención específica por los Gobiernos, por la CIEC o por las instituciones de la UE o del Consejo de Europa. Pues bien, a nuestro juicio esta circunstancia hace que el enfoque del estado civil sea distinto en Europa y en Latinoamérica: los europeos damos por sentado el disfrute pleno del estado civil por toda la población, y no nos fijamos tanto en los instrumentos organizativos para garantizarlo, sino en cómo articular el estado civil en un espacio globalizado, de ciudadanía común y sin (apenas) fronteras como es la UE. De ahí la existencia de los 33 convenios internacionales de la CIEC, que conforman una verdadera regulación jurídica del estado civil internacional y que se aplican al margen, independientemente del modelo organizativo de registro de la población. Por el contrario, hoy en las Américas la preocupación es más primaria, y no se refiere —por ejemplo— a los efectos internacionales del divorcio o a modelos unificados de extractos, partidas y certificaciones, sino a cómo conseguir que toda la población figure inscrita en el Registro Civil, y para ello se requieren sistemas organizativos a nivel nacional capaces de asegurar el registro universal y de implementar políticas inclusivas que aproximen el Registro Civil a las minorías étnicas, a las poblaciones desplazadas, etc. Por supuesto, esta distinta perspectiva tenderá a cambiar. A medida en que la tasa de subregistro en las Américas vaya disminuyendo, el centro de interés se irá desplazando hacia otros problemas más parecidos a los que están presentes en Europa, es decir, a la integración de los sistemas y normativas de Registro Civil y a la aplicación de un *corpus* común de Derecho Internacional Privado.

El libro está firmado por Miguel Beltrán de Felipe, catedrático español de la Universidad de Castilla-La Mancha y consultor de la OEA, y por Diego Molina Rey de Castro, especialista peruano de la OEA. Se estructura en dos partes de similar tamaño pero muy distintas: una primera parte (págs. 7 a 70) titulada «Condicionamientos institucionales, legislativos y administrativos que inciden en el funcionamiento del Registro Civil y general subregistro», y una segunda

parte que recopila la información relativa a 17 países de Centro y Sudamérica (excluyendo el Caribe) —págs. 71 a 180—. La primera es el diagnóstico en sí mismo, y representa, como ya dijimos, un esfuerzo prácticamente inédito, nunca hecho hasta el momento con semejante ambición y profundidad. No se trata de la mera recopilación de datos y comparación de modelos, sino de un análisis transversal de las variables políticas, legislativas, institucionales, etc., que inciden sobre los sistemas de Registro Civil de los países latinoamericanos. Estas variables son, entre otras: la suscripción (con las eventuales reservas) de los tratados y acuerdos de derechos humanos a nivel hemisférico y mundial; el reconocimiento o no a nivel constitucional o legislativo de derechos —o deberes— relativos al estado civil; la situación institucional, como por ejemplo el tratarse de un Estado unitario o federal (con transferencia a los Estados, Regiones o Municipios de competencias y funciones sobre Registro Civil), o si el Registro Civil es prestado por el Poder Judicial, por la Administración, o por funcionarios llamados de arancel, o si es prestado —como es habitual en muchos países americanos— por el Poder Electoral. También se tiene en cuenta el régimen sancionador (por ejemplo, multas a los ciudadanos por no registrarse o hacerlo tardíamente), la coordinación del Registro Civil con otros sistemas institucionales de estadísticas vitales (hospitales, identificación y expedición de documentos de identidad), el eventual catálogo de derechos de los ciudadanos en y frente al Registro Civil, la protección de los datos registrales, el aspecto económico (si es gratuito o no, la financiación del sistema), la conexión con otros servicios públicos que requieren algún tipo de identificación (educación, sanidad, registro de la propiedad, notarías, bancos, etc.), los mecanismos de supervisión, los controles de calidad y las homologaciones técnicas (ISO, y otros), el elemento de extranjería (acceso de los no nacionales al Registro Civil) y la organización consular, etc.

Para el lector español no deja de sorprender que, por ejemplo, en Chile el Registro Civil esté integrado en un macro-sistema de registros administrativos que incluye el Catastro, el Registro de la Propiedad, el Registro de vehículos, el Registro de donantes de órganos, el Registro de deudores y quebrados, etc., y que en muchos países dependa del llamado «Poder Electoral», una especie de cuarto poder que no existe en Europa, o finalmente que, como tendencia más reciente, el Registro Civil se encomiende a organismos dotados de cada vez mayor independencia frente al resto de poderes públicos y a los Gobiernos (el RENIEC en el Perú, el RENAP en Guatemala, el Instituto Federal Electoral en México).

Como se puede apreciar, apenas se han dejado fuera del análisis aspectos que puedan tener relevancia para el Registro Civil. Además, la metodología es más que correcta: el estudio recoge la bibliografía más relevante, tiene en cuenta diagnósticos similares (los relativos a la demografía, a la corrupción, al desempeño institucional, etc., en muchos casos realizados por organizaciones internacionales como UNICEF, el BID, la CEPAL, Plan Internacional, y otras). Hay un planteamiento metodológico previo (págs. 5 y 6), que alerta de las dificultades de la comparación y medición de cosas y datos a menudo heterogéneas, de la incidencia de los condicionamientos históricos y culturales (lo que explica que en el libro no se incluyan los países caribeños, cuya tradición de *common law* los hace muy difícilmente comparables con los países del continente), y que previene asimismo frente al simple análisis normativo. Esto nos parece muy relevante (particularmente viniendo de juristas como son Beltrán de Felipe y Molina Rey de Castro): se nos dice que el marco jurídico del Registro Civil no es ni mucho menos el único factor que explica el funcionamiento mejor o peor de los sistemas de Registro Civil y el goce pleno de los derechos del estado civil,

sino que sobre ello se proyectan muy diversos factores como la retribución de los empleados, la descentralización o no del servicio, el prestigio o aceptación social del Registro Civil en función del nivel de corruptelas o de la politización, etc., el coste del mismo para el ciudadano, la cultura de la calidad del servicio, entre otros. Es decir, se atiende a la realidad real y no a la simple realidad normativa.

La finalidad del libro es ofrecer un diagnóstico de los sistemas de Registro Civil. Diagnosticar quiere decir analizar la situación o las características de algo o de alguien, y establecer sus méritos y sus defectos o aspectos mejorables. Pues precisamente esto es lo que hace el libro: nada menos que estudiar los puntos fuertes y —sobre todo— los puntos débiles de muchos sistemas de Registro Civil, con el fin de presentar una especie de «mapa general» de la situación. El libro tiene, pues, un destino práctico, de herramienta de programa internacional, destinado a facilitar la misión política y de cooperación de la OEA y de sentar las bases para una futura integración o aproximación política e institucional de los países americanos. Por cierto, que la OEA es una gran desconocida en España y en Europa, probablemente porque no es comparable con las instituciones de integración de la Unión Europea o del Consejo de Europa, pero libros como este nos recuerdan, de pronto, que la OEA tiene una política de promoción de los derechos fundamentales, de cooperación y, como hemos dicho, de favorecer la paulatina integración política a medio plazo.

Lo que el libro no contiene —por lo menos de manera directa— es un pronóstico, o propuestas de mejora o superación de los puntos débiles diagnosticados: esta tarea, según se nos dice en la obra, se ha realizado por el propio PUICA en otro documento relativo a los criterios y estándares generales de funcionamiento de los sistemas de Registro Civil (gratuidad, universalidad, administrativización *versus* judicialización, perspectiva de derechos, supervisión, publicidad *versus* confidencialidad, etc.). Debe además no perderse de vista que tanto el diagnóstico como los posibles remedios o reformas tienen como razón de ser combatir el subregistro, es decir, están animados —según se dice en el sitio web del PUICA: http://www.oas.org/es/sap/dgpe/puica.asp— por una perspectiva de derechos fundamentales y en concreto de garantía del derecho a la identidad. Y es que cuando una parte de la población no figura en el Registro Civil, no existe a efectos oficiales y legales, no puede ejercer muchos de sus derechos (desde el voto a la educación pasando, en muchos casos, por la herencia). La invisibilidad, la inexistencia para el Derecho es la raíz de muchas discriminaciones e injusticias, y eso es lo que intenta combatir la OEA a través del PUICA.

Decíamos al principio que el libro tiene una conexión muy directa con España. Primero, porque uno de sus autores es español, que ya antes ha publicado trabajos sobre ese derecho tan evanescente como es el derecho a la identidad (Miguel Beltrán de Felipe, «¿Qué es el derecho a la identidad?», en VV.AA., *Robo de identidad y protección de datos* (Artemi Rallo y Luis Arroyo Zapatero, coords.), Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 35 a 63). Segundo, porque el libro está coeditado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), agencia que al parecer fue una de las impulsoras del PUICA y que ha venido realizando actividades relacionadas con el Registro Civil (por ejemplo, un encuentro internacional entre España, Portugal y más de quince países americanos sobre Registro Civil celebrado en Madrid en junio de 2011, con el apoyo del Ministerio de Justicia y en concreto de la Dirección General de los Registros y del Notariado: véase la referencia en http://www.aecid.es/es/noticias/2011/2011-06/2011-06-16-encuentro-oea.html). Y tercero, porque el modelo español anterior a la Ley 20/2011, de Registro Civil, está presente, de manera implícita o como

reflejo lejano, en el análisis comparado, dadas sus peculiaridades (el Registro Civil como singular función esencialmente administrativa desempeñada por los órganos jurisdiccionales). El libro analiza cuestiones que se plantearon igualmente en España con ocasión de la reforma del Registro Civil del año 2011 —y que se venían planteando en los últimos años—. Esta reforma dista bastante de estar cerrada, dado —entre otras cosas— el amplísimo periodo de *vacatio* establecido en la Disposición Final 10.ª, que hace que la Ley 20/2011 no esté operativa en su integridad hasta julio de 2014. Y en esta situación de indefinición y de transición de un sistema a otro, se acaba de plantear (en junio de 2012) la posibilidad de que el cuerpo de Registradores de la Propiedad se encargue de determinados expedientes de nacionalidad, para así hacer frente una situación de atasco que, al parecer, existe en este subsector del Registro Civil.

Este *Diagnóstico del marco jurídico-institucional y administrativo de los sistemas de registro civil en América Latina* es, pues, de una obra que pertenece al género de los informes, estudios o diagnósticos que hacen los Gobiernos o las Organizaciones Internacionales pero que, en este caso, nos parece que trasciende la factura, demasiado habitual, de la mera yuxtaposición de datos. Tiene un interés más allá de la comparación entre países y de tender puentes de conocimiento entre unos y otros países: plantea el germen de la creación de un posible *corpus* de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica y de la construcción de un *estatus* de ciudadanía internacional basada en el estado civil, plantea la imperatividad de la lucha contra el subregistro, plantea la existencia de un tronco común organizativo-institucional que permita la progresiva interconexión de los sistemas de Registro Civil de los países analizados, y plantea —bien es verdad que indirectamente— la aproximación futura del CLARCIEV latinoamericano a la CIEC europea. En definitiva, pone sobre la mesa algunos de los aspectos más importantes del presente y del futuro inmediato de Latinoamérica.

* * *

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona humana,* Editorial Civitas-Thompson Reuters, 2.ª edición, Madrid, 2011, 354 págs.

por

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

Comienzo recordando las palabras con que el Cardenal Rouco respondía a la periodista Mayte Alcaraz (*ABC,* 2-12-2004): «*hay una doctrina sobre el estado democrático de Derecho, que ofrece un marco para las relaciones Iglesia-Estado, pero tanto el principio de la dignidad de la persona humana como el de libertad religiosa, son previos al Estado*». Tan es así, que los ordenamientos jurídicos, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, esa «dignidad» aparece como «mandato», para España, por el artículo 10 de la Constitución. Aunque en nuestra propia realidad hayan que apelar a la idea de BATTAGGLIA, cuando en su obra *Filosofía del trabajo,* sostenía que el hombre, por el trabajo, no se hace solo hombre, sino que le permite su articulación plena en la sociedad política, de ahí que, entre nosotros, se hable de «empleo», o de «parados», a los cinco millones que no tiene empleo en España, en 2012. Cuando debería decirse «personas

trabajadoras sin trabajo». Y, desgraciadamente, se nos presenta como cuestión diferida, o aplazada en la crisis económica. En otro lugar —*Anales de la Real Academia de Doctores de España*—, hemos afirmado que volviendo a las raíces ético-cristianas de la persona y de la sociedad occidental, podremos superarlas. El trabajo no es mercancía, y menos la persona.

Esta primera parte antecede a la información, más que crítica, a la obra del Académico de Número de las Reales de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas, Catedrático de Derecho Administrativo, Registrador de la Propiedad, Jesús González Pérez, titulada *La dignidad de la persona,* 2.ª edición, Editorial Civitas, 2011. Es un libro fácil de leer, de una gran profundidad, sin que las numerosas notas doctrinales nos desvíen de lo que es un estudio riguroso. Tiene su fundamento mucho más lejos que los de la ciencia de la Administración. Están en una concepción más abierta y amplia. Porque la razón y la actualidad de la dignidad de la persona, aunque haya sido sacralizada en numerosos textos, «la realidad —dice el autor— no puede ser más desesperanzadora». Con oportunas citas a don Federico de Castro y don José Castán, grandes civilistas. El texto publicado procede del discurso de ingreso de su autor, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 5 de mayo de 1986, que fuera contestado por su presidente, Antonio Hernández Gil, ocupando la plaza del académico Luis Jordana de Pozas.

El «estudio» debiera convertirse en «manual». Sobre todo para los universitarios, los políticos y los intelectuales. Se analiza tal concepción en el mundo contemporáneo y el ordenamiento jurídico español, tanto en las Leyes Fundamentales como en la Constitución de 1978. Cita el libro los estudios del Libro-Homenaje a José Antonio Primo de Rivera, en que el autor citado y nosotros, participamos especialmente, sobre el pensamiento en relación al «hombre, como portavoz de valores eternos», concepción que al final el Profesor González Pérez recrea y desarrolla de forma concreta, al entender que la dignidad de la persona «*sólo se salvará si el hombre es capaz de recobrar la conciencia del puesto que le ha asignado en el mundo el Creador*». El autor, también del estudio, «Religiosidad, democracia, laicismo», de Carlos Peirena, en el *Libro Homenaje al Notario Garrido de Palma,* Editorial Civitas, 2010.

El libro de González Pérez —354 págs.— tiene un interés no meramente doctrinal. Como gran administrativista, entra a fijar su alcance y sus límites, en base a la jurisprudencia internacional y de nuestro Tribunal Constitucional. A continuación, señala algunas modalidades o situaciones jurídicas especiales, entre ellas, la del «funcionario, la del estudiante, la del preso y la libertad vigilada, la del militar —en la que nosotros hemos trabajado sobre «El Ejército como institución. El artículo 98 de la Constitución Española» (*Anales de la Real Academia de Doctores,* diciembre de 2011). Añadiríamos, a título de ejemplo, la concepción en torno al «tercero protegido» ante el Registro de la Propiedad, como servicio público para la seguridad jurídica. O el derecho de las víctimas del terrorismo «negociado», a veces, al margen de la dignidad de las personas afectadas. Se pudiera plantear si toda norma que fuese en contra de la dignidad de la persona tendría que ser calificada de «nula». Pero este tema tiene una trascendencia superior. Nos llevaría a analizar la naturaleza y situación del poder judicial, entre nosotros poderes del Estado.

Las reflexiones de González Pérez, por eso mismo, gozan de un interés especial, en estos momentos de la vida española. Ya que aun reconocida y valorada por Hernández Gil, la posición del ordenamiento constitucional de la persona. Como está ocurriendo con la enseñanza en español —lengua oficial del Estado— en

Cataluña, declarando vehicular la catalana en contradicción con la Constitución, con el recurso sobre el Estatuto y la sentencia sobre aquel (vid. nuestro trabajo, *El Estatuto de Cataluña. Una meditación sobre España,* 2011).

Otro tanto diríamos sobre la efectividad de la reforma laboral, con relación al Estatuto de los Trabajadores, analizado por González Pérez. Estimamos nosotros que la dignidad de la persona humana se pone a prueba, en muchas situaciones jurídicas, cuando falta la claridad en la norma. Porque, diría Ortega y Gasset: *en el fondo de aquella carencia subyace una injusticia.* La gran virtud de la obra de González Pérez está enriquecida, de seriedad, de rigor, de búsqueda de la verdad y de la naturalidad (lo que no sabemos es si esto resultaría «políticamente correcto» para algunos gobernantes).

* * *

Vivas Tesón, Inmaculada: *Más allá de la capacidad de entender y querer (Un análisis de la figura italiana de la Administración de apoyo y una Propuesta de reforma del sistema tuitivo español).* Observatorio Estatal de la Discapacidad. Olivenza (Badajoz) 2012, 125 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

Es el trabajo ganador de la primera edición del Premio de Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad. La autora, Profesora Titular de Derecho Civil de Sevilla, se ha especializado en el tema (1) y realiza un estudio de la legislación extranjera (en particular, la Ley italiana 6/2004, de 6 de enero), en un delimitado marco comparativo de Derecho Europeo continental (en concreto, francés, austriaco y alemán, pues la referencia inglesa es más bien testimonial), con la finalidad de proyectarlo sobre el Derecho vigente del Código Civil español, aunque presta también atención a los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil catalán. En definitiva, se apoya en el fenómeno de la circulación de modelos tuitivos en el ámbito territorial indicado, con la expresa finalidad de reformar el nuestro. Un correcto y valioso ejemplo de microcomparación. Todo ello de máxima actualidad, pues nuestro país se encuentra inmerso en un procedimiento de adaptación integral de su normativa interna a los principios de la Convención Internacional de Nueva York de 2006, iniciada ya por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, reclamado por la STS (Sala 1.ª), de 29 de abril de 2009, y actualmente intensamente debatido en nuestra doctrina.

Además de exponer los antecedentes de la Ley italiana, observa la autora que esta se ha anticipado propiamente al propósito de la Convención Internacional de 2006, pues siguiendo el ejemplo alemán y austriaco reforma el Derecho vigente en

(1) *La protección económica de la discapacidad* (Barcelona, 2009); *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos* (Madrid, 2010). A lo que deben sumarse artículos de revistas, españolas y extranjeras y colaboraciones en obras colectivas en temas como el patrimonio protegido, las barreras arquitectónicas y la PH, el reconocimiento de la minusvalía y sus efectos civiles, la autotutela, la tutela aquiliana en las relaciones familiares, etc.

el *Codice civile* de 1942 para tener en cuenta, en lo máximo posible, la capacidad del beneficiario, sus deseos y opciones existenciales, asegurándole una protección adecuada, menos drástica e invasiva y ajustada a la concreta necesidad de ayuda de la persona. En concreto, la ley consta de 20 artículos que reestructuran el Título XII del Libro I del Código Civil de 1942, que pasa a denominarse *De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía;* el cual se subdivide, a su vez, en dos capítulos: el primero que lleva por rúbrica *De la administración de apoyo,* y el segundo titulado *De la incapacitación total, de la incapacitación parcial y de la incapacidad natural,* en el cual se acogen, aunque resultan sensiblemente modificados los antiguos artículos 414 a 431 del Código Civil.

La ley conserva las figuras de la *interdizione* (incapacitación judicial total) y la *inhabilitazione* (incapacitación judicial parcial), manteniendo sus denominaciones, realizando breves modificaciones para mitigar su anterior rigidez, como: *a)* se establece el carácter facultativo de la incapacitación judicial; *b)* esta no puede adoptarse con el fin de salvaguardar los intereses de sus familiares o de otras personas; *c)* se amplía la legitimación activa para solicitarla, al propio interesado y al conviviente de hecho; *d)* con un criterio más amplio, el juez elige ahora a la persona más idónea para el cargo, entre los sujetos y con los criterios del artículo 408; y *e)* en la sentencia se puede autorizar al incapacitado realizar válidamente algunos actos, incluso de naturaleza no patrimonial. También se conserva el régimen de la anulabilidad de los actos celebrados por un sujeto incapaz natural (arts. 428 y 1425.2.º CC).

La novedad estrella de la Ley de 2004 es la *amministrazione di sostegno* (administración de apoyo), inspirada, sin duda, en los modelos austríaco y alemán, que constituye un instrumento dúctil, pues consiente al juez tutelar adoptar medidas protectoras de la persona sin privarle de la capacidad general de obrar o, en su caso, afectarle lo menos posible. Así, de una situación generalizada de incapacidad se pasa a una condición general de capacidad, introduciéndose un sistema de protección más elástico y flexible, proporcionado a las condiciones del beneficiario e idóneo para responder a las diversas necesidades que derivan de las distintas situaciones de debilidad y fragilidad; es decir, un traje a medida, no preconfeccionado sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona, que permita al beneficiario vivir la mejor vida posible. Al incardinar su regulación en el cuerpo normativo del Código Civil, le ha otorgado mayor visibilidad que si hubiera optado meramente por una ley especial; y al preceder a los capítulos de la incapacidad total, parcial y natural, es la prueba de su papel preeminente y privilegiado. Aunque el artículo 1.º de la Ley (2) no se haya incorporado al Código Civil, la doctrina considera que no se trata de una norma programática, sino vinculante para el Juez tutelar, y así la ha entendido la sentencia de la *Corte di cassazione* de 12 de junio de 2006 (la primera pronunciada sobre esta figura).

La autora sintetiza así las *novedades principales* de la Ley de 2004 (3): 1) Se dulcifica el lenguaje, percibiéndose, con ello, un cambio de la imagen social y también jurídica de la persona con discapacidad; 2) Se amplía el ámbito de los posibles beneficiarios; 3) Se revalorizan los espacios de autonomía y voluntad

---

(2) *La presente ley tiene por finalidad proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente.*

(3) *Op. cit.,* pág. 56 y sigs.

de las personas, aunque sean reducidos, conduciendo a convertirle en sujeto activo de la sociedad; y 4) Se cuidan de los intereses personales y no solo patrimoniales del beneficiario. Así como los siguientes efectos personales: 1) La regla es que el beneficiario conserva la capacidad de obrar y solo excepcionalmente en los casos determinados por el juez se hace precisa la intervención del administrador de apoyo; 2) El propio interesado puede solicitar el nombramiento de tal administrador; 3) El beneficiario está legitimado para realizar, por sí solo, todos los actos de la vida cotidiana para satisfacer sus propias necesidades; 4) El administrador de apoyo actúa siempre bajo el control del juez tutelar, quedando obligado a observar la diligencia de un buen padre de familia, debiendo rendir cuentas de su gestión respondiendo de los daños causados por culpa o negligencia; 5) El administrador debe informar al beneficiario sobre las actuaciones ya realizadas y las pendientes; 6) Si entre ellos hay discrepancia, el juez tutelar resuelve; 7) Principio fundamental es que el administrador de apoyo debe actuar teniendo en cuenta las exigencias y aspiraciones del beneficiario. Prudentemente concluye la autora (4) que para evitar que la nueva medida se transforme en una simple forma de incapacidad, habrá que superar los viejos esquemas basados en la contraposición capacidad/incapacidad, y confiar en la sensibilidad de los jueces y de cuantos intervienen en su funcionamiento.

La autora profundiza en el *nomen iuris* o denominación de la nueva figura, y expone su opinión personal (5): Considera muy desacertado el uso de la palabra *administración,* pues si bien da la impresión de una medida que protege a la persona sin reprimirla (*melius:* oprimirla) evoca, de inmediato, la idea de gestión de los intereses patrimoniales de la persona necesitada de protección, a modo de *contable,* más que de sus intereses personales, idea de la cual se pretende huir. Tal vez, junto a la palabra *apoyo,* hubieran sido más adecuadas las palabras *asistencia* (como Cataluña, si bien dicho término, tal vez, podría generar algún equívoco con la curatela), *colaboración, acompañamiento, refuerzo, guía, auxilio* (así: *asistente de apoyo, colaborador de apoyo, acompañante de apoyo, refuerzo de apoyo, guía de apoyo, auxiliar de apoyo)* o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica. Por el contrario, el término *apoyo* sí resulta muy adecuado, además de ser utilizado por la Convención de 2006, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí sólo. Responde, por tanto, a la finalidad la visión terapéutica o estimuladora de la persona perseguida por la nueva figura jurídica. Se habla también acertadamente de *beneficiario,* no de *enfermo* ni de *incapaz.* Utilizando una gráfica imagen de CENDON, la administración de apoyo viene a ser el bastón para la persona que se ha torcido el tobillo o la barra para quien quiere viajar tranquilamente en el autobús. Por todo ello resulta lógica la conclusión de que esta figura se encuentra en perfecta sintonía con el espíritu de la Convención de Nueva York, ajustándose al modelo social de discapacidad, cumpliendo el artículo 12.4 de la misma, anticipándose así, incluso, a su promulgación (6), por lo cual, a su juicio, este país ya no tendrá que adaptar su derecho interno a aquella.

En Derecho italiano las principales notas distintivas de la administración de apoyo son, según la autora, las siguientes: 1) Elasticidad y flexibilidad frente a la rigidez y el enjaulamiento (*sic*) de la incapacitación judicial, pues el administrador

(4) *Op. cit.,* pág. 58.
(5) *Op. cit.,* pág. 61.
(6) *Op. cit.,* pág. 62.

de apoyo no tiene poderes predeterminados por la ley como el tutor; 2) Proporcionalidad de la medida, ajustada a las condiciones del beneficiario; 3) Idoneidad y adecuación del remedio; y 4) Protectora de la persona en su integridad y no exclusivamente de su esfera patrimonial.

Unos años de prueba del funcionamiento de la nueva figura le permiten a la autora reconocer, con sano realismo, el difícil trazado de la línea fronteriza entre administración de apoyo e incapacitación judicial, que ha conducido a que el inicial entusiasmo con que se acogió la Ley de 2004 haya decrecido ante la incertidumbre fuertemente sentida por los operadores del derecho ante la opción por una de ellas. Pero ni la doctrina jurídica ni la jurisprudencia han conseguido ofrecer una solución clara y plenamente satisfactoria (7). A la pregunta de cuál es el orden jerárquico entre tales instituciones tuitivas, parece concluirse que queda a la discrecionalidad del juez. En conclusión (8), la autora menciona a título de ejemplo: 1) Un criterio funcional o finalista (así STS de 12 de junio de 2006) atendiendo al tipo de actividad que debe ser realizada en nombre del beneficiario, teniéndose en cuenta el costo y simplicidad del procedimiento, consistencia y entidad del patrimonio a gestionar, complejidad de las operaciones a desarrollar y existencia de una vida social del beneficiario. Así resulta que el riesgo de dañarse a sí mismo o a terceros con independencia del mayor o menor grado de enfermedad o de imposibilidad del sujeto de atender a sus propios intereses, parece ser la línea divisoria entre la administración de apoyo y la incapacitación. 2) Un criterio instrumental (STS de 22 de abril de 2009) que alude a las actividades a desarrollar y también a la idoneidad de la administración de apoyo para realizarlas, teniendo en cuenta no solo la actividad a realizar, sino la actitud del beneficiario en no discutir los resultados obtenidos por el administrador de apoyo. 3) Un criterio cuantitativo, que considera la gravedad y la duración de la enfermedad. Todo ello inspirándose en conservar, en todo o parte, la capacidad de obrar de la persona, valorándose al máximo cada espacio de la autonomía del beneficiario, con exclusión de remedios invasivos, salvaguardando la autodeterminación del sujeto en dificultad, al menos para designar el administrador de apoyo, solicitar la medida e indicar sus concretas necesidades.

En los sujetos beneficiarios de la administración de apoyo han de concurrir las siguientes circunstancias: 1) Enfermedad o minusvalía física o psíquica; 2) Imposibilidad (parcial o total, temporal o permanente) de gestionar autónomamente los propios intereses, personales o patrimoniales; y 3) Mayoría de edad (se incluyen a los menores en el último año de su minoría). Se ha venido a iluminar la anterior zona de sombra en la que anteriormente se encontraban las personas que no sufrían de una enfermedad grave que justificase la incapacitación judicial, pero que no gozaban de buena salud psicofísica como para actuar por sí solas (9). En principio, no se aplica a los extranjeros salvo reenvío de su ley personal o en caso de urgencia (Italia no ha ratificado el Convenio de La Haya de 2000, sobre protección internacional de adultos, aunque es previsible lo haga

---

(7) *Op. cit.,* pág. 65.

(8) *Op. cit.,* pág. 69.

(9) Se aplica a sujetos afectados por cualquier disfuncionalidad o debilidad psíquica y/o motora, como las personas analfabetas, encarceladas, alcohólicas, ludópatas, tóxicodependientes, anoréxicas o bulímicas, depresivas, con síndrome de Down, invidentes, ancianas con patología de tipo degenerativo o, sencillamente, debilitadas por la edad y fácilmente sugestionables por terceros, las personas hospitalizadas por periodos prolongados de tiempo y sin parientes, etc. (*op. cit.,* pág. 76).

próximamente). La doctrina italiana (CENDON, ROSSI) se muestra también partidaria de aplicar la administración de apoyo a las personas que tengan alguna dificultad de relación o de gestión, y, por tanto, a los inmigrantes recién llegados al país con permiso de residencia.

En el decreto de nombramiento judicial del administrador de apoyo se determinará: el tiempo de duración del encargo, el objeto del mismo, los actos que el administrador tiene el poder de cumplir en nombre y por cuenta del beneficiario, los actos que el beneficiario puede realizar sólo con asistencia del administrador, límites, incluso periódicos, de los gastos que el administrador puede realizar utilizando sumas del beneficiario, periodicidad de los informes del administrador sobre la actividad desarrollada y las condiciones de vida personal y social del beneficiario. A juicio de la autora, el artículo 409 muestra que la administración de apoyo es una medida no amputativa sino ortopédica: *El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieren la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. El beneficiario de la administración de apoyo puede, en todo caso, cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana.* Y lo auténticamente novedoso es el diálogo frecuente que debe existir entre el beneficiario y el administrador de apoyo, único modo de atender sus deseos y anhelos vitales, y hacer posible el ejercicio de su libertad y dignidad. El *amministratore di sostegno* suele ser, preferentemente, una persona del entorno familiar, designado por el propio interesado, o por el juez, aunque por razones graves podrá éste elegir a otro. El nombramiento del administrador tiene una duración de diez años, pero si se trata del cónyuge o pareja de hecho dura indefinidamente. Los actos realizados, bien por el administrador de apoyo, bien por el beneficario, infringiendo las normas o las disposiciones contenidas en el decreto de nombramiento, son anulables a instancia del administrador, del MF, del beneficiario o de sus herederos, prescribiendo la acción a los cinco años, a contar desde el cese del régimen de la administración de apoyo. El administrador puede ser suspendido, removido o condenado a una indemnización de daños y perjuicios respecto a las irregularidades o negligencias del administrador de apoyo. Concluye la autora que junto a la nueva lógica respetuosa de la persona y centrada en sus potencialidades y no en su falta de autonomía, el éxito de este nuevo instrumento de protección en Italia radica en un procedimiento judicial para designar el administrador de apoyo muy ágil, rápido e informal, de carácter esencialmente gratuito y con posible exoneración de defensa técnica, completado con el mayor control efectivo por parte de la autoridad judicial para evitar situaciones anómalas o abusivas (10).

En un apartado final que, modestamente, intitula *Atrevidas consideraciones de «lege ferenda» para una reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas* (11), expresa algunas consideraciones conclusivas que pudieran ser útiles para una futura reforma de nuestro sistema tuitivo de las personas no autónomas. Advierte que nuestra normativa no se encuentra tan desfasada como lo estaba la italiana con anterioridad a la Ley de 2004, y persiguiendo su objetivo individualiza las siguientes directrices:

1. Se debería continuar con la dulcificación del lenguaje jurídico, suprimiendo ciertos términos despreciativos y estigmatizantes y acuñando uno único comprensivo de todas las situaciones en las cuales la persona

(10) *Op. cit.,* pág. 81 y sigs.
(11) *Op. cit.,* pág. 85 y sigs.

se encuentra privada de autonomía para gestionar sus propios intereses. Sugiere el de *personas vulnerables o personas privadas de autonomía*.

2. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y protección, poniendo todo el énfasis en la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados.
3. El Derecho ha de cumplir una finalidad terapéutica, partiendo de la capacidad de la persona, que debe valorarse y potenciarse al máximo.
4. Con carácter urgente debe darse debida protección jurídica a aquellas personas cuya vulnerabilidad no entra dentro de la incapacitación judicial, ofreciéndoles un asistente, un *ángel de la guarda*.
5. La reforma del sistema tuitivo debería inspirarse, por un lado, en la máxima personalización, flexibilidad y proporcionalidad de los medios de protección, y, de otro, en la subsidiariedad y residualidad de la incapacitación, si se mantiene.
6. De optar por la coexistencia de múltiples medidas de protección, deben definirse con suma precisión los contornos de cada una de ellas.
7. Si se opta por no introducir nuevas medidas, sería aconsejable asimilar la normativa de la persona judicialmente incapacitada a la de la minoría de edad.
8. Podría regularse la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de adecuada protección a la persona necesitada de ayuda.
9. Propugna una publicidad restringida de las resoluciones judiciales atinentes a la capacidad de las personas.
10. Es necesario dotar a los procedimientos relativos a la capacidad de agilidad y gratuidad, sin detrimento de las máximas cautelas y garantías.

La obra se completa con un triple anexo legislativo, jurisprudencial y bibliográfico.

Como valoración general cabe decir que se trata de una valiosa aportación doctrinal a la tarea pendiente de transponer la Convención de Nueva York de 2006 a nuestro ordenamiento. Sin duda, cabe conjeturar que estará sobre la mesa de trabajo de quienes la realicen, a la vista del papel atribuido al Observatorio Estatal de la Discapacidad por el apartado 12 del artículo 1.º de la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Más aun, animaría a la autora a hacer el seguimiento de la ley italiana de 2004, para que podamos beneficiarnos plenamente de la experiencia del entrañable país transalpino.

Personalmente pienso que el sí o no a la *amministrazione di sostegno* se enmarca en el tema general de la reforma de la tutela en el Código Civil, abarcando tanto la que recae sobre menores como sobre *personas vulnerables* (para seguir la terminología propuesta por la autora) tema sobre el cual hay amplia bibliografía (12). Probablemente no se han logrado culminar los últimos objetivos de la reforma de 1983, que fue precedida, como se sabe, por muy estimables estudios doctrinales. No parecería prudente acometer una nueva reforma sin analizar las

(12) García Cantero, «Estudio comparado de la tutela», publicado en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado* (Valencia, 2003), y recogido en *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pág. 641 y sigs.; García Cantero, *La tutela de menores e incapacitados en Bélgica (un apunte de Derecho Comparado),* «Hom. Puig y Ferriol» (Valencia, 2006), pág. 1367 y sigs. Por razones cronológicas no se incluyen las últimas reformas de Francia e Italia, pero se adicionan los sistemas portugués y suizo.

razones del éxito o fracaso de la normativa vigente (13). Marginalmente, creo difícil atribuir al derecho una finalidad terapéutica, pues ello nos obligaría a replantear las relaciones entre Medicina y Derecho. Quizá cabría sustituirla por la de *no obstaculizar o impedir tal finalidad*.

(13) De la que cabe predicar su *ruptura* con el sistema primitivo del Código Civil, cfr. García Cantero, *Código Civil comentado* (dir.: Ana Cañizares Laso y cols., I, Cizur Menor, 2011), *Comentario al artículo 215,* pág. 2008.

No creo que, en el derecho vigente, pueda contraponerse absolutamente *tutela personae et tutela bonorum,* sino que ambas modalidades se prevén institucionalmente y nunca se prescinde de los aspectos personales de la institución (art. 215, pár. 1.º; 223, pár. 1.º; 232, pár. 2.º, y arts. 267, 268 y 269). El artículo 236-1.º regula con amplitud de criterio el caso de tutela de la persona, identidad de funciones y de categoría jurídica, en relación con el tutor de solo los bienes.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA
Número 12 (2012)

«Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», por Severiano Fernández Ramos, pág. 1457.

«La reforma de los organismos reguladores en España», por Pilar Navarro Rodríguez, pág. 1486.

Número 13-14 (2012)

«La carrera profesional de los funcionarios públicos», por Ángel Cea Ayala, pág. 1606.

«¿Sobran funcionarios?», por José Ignacio Sarmiento Larraurí, pág. 1617.

«La participación en el estado social y democrático de derecho», por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, pág. 1627.

«A vueltas con el régimen singular de Telefónica en las Haciendas Locales. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», por José Manuel Gallego Peragón, pág. 1648.

ACTUALIDAD CIVIL
Número 12 (2012)

«Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea», por Diana Marcos Francisco, pág. 1310.

«El consentimiento informado», por Ángel Luis Campo Izquierdo, pág. 1333.

Número 13-14 (2012)

«El problema de la prescripción extintiva en el ámbito de la propiedad intelectual», por Héctor Ayllón Santiago, pág. 1436.

«Consideraciones sobre la modernización electrónica del Registro Civil mediante la Ley 20/2011, de 21 de julio», por Jesús Flores Rodríguez y Jesús Alberto Messía de la Cerda Ballesteros, pág. 1443.

«La prescripción en el Código Civil de Cataluña», por Judith Solé Resina, pág. 1457.

«Crisis de pareja, mediación familiar y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida», por Isaac Tena Piazuelo, pág. 1469.

«Procedimiento de venta extrajudicial de vivienda habitual hipotecada. Novedades legislativas introducidas por Real Decreto-ley 6/2012», por Carmen Muñoz de Benavides, pág. 1491.

DIARIO LA LEY
Número 7870 (31 de mayo de 2012)

«Consumidor con domicilio desconocido. ¿Hasta dónde llega la protección?», por Beatriz Añoveros Terradas.

Número 7872 (4 de junio de 2012)

«Daños originados por actuación dolosa del asegurado. Doctrina prevalente sobre el dictado de responsabilidad asignable a la compañía aseguradora», por Francisco Soto Nieto.

Número 7873 (5 de junio de 2012)

«La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo: fundamento y deficiencias de una pena de aplicación masiva», por José Ángel Brandariz García.

Número 7874 (6 de junio de 2012)

«El impago de pensiones como delito», por María Lourdes Soto Rodríguez.

Número 7875 (7 de junio de 2012)

«Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», por Francisco J. Alonso Espinosa.

Número 7876 (8 de junio de 2012)

«El valor probatorio de las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente del presunto terrorista», por M.ª Ángeles Catalina Benavente.

Número 7877 (11 de junio de 2012)

«Sociedades públicas: insolvencia y responsabilidades», por Carlos Muñoz Gil.

Número 7878 (12 de junio de 2012)

«La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo», por Rosana Pérez Gurrea.

«Problemática de los artículos 291 y 292 del Código Penal», por Miguel Sáez-Santurtún Prieto.

Número 7879 (13 de junio de 2012)

«La legitimización activa del empresario en los procesos de seguridad social», por Francisco Javier Pozo Moreira.

«El trato justo a la gente de mar en la investigación de accidentes marítimos», por Jaime Rodrigo de Larrucea.

Número 7880 (14 de junio de 2012)

«La Ley Penal del Menor: propuestas para su reforma», por Tomás Montero Hernanz.

Número 7882 (18 de junio de 2012)

«Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima», por M.ª Victoria Petit Lavall.

Número 7883 (19 de junio de 2012)

«Convenio concursal y Registro de la Propiedad», por Ricardo Cabanas Trejo.

Número 7884 (20 de junio de 2012)

«Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos editoriales», por Fernando Carbajo Cascón.

Número 7885 (21 de junio de 2012)

«El Ministerio Fiscal o el juez de instrucción como órgano encargado de la fase de instrucción en el proceso penal», por Juan Antonio Toro Peña.

Número 7886 (22 de junio de 2012)

«El papel del secretario judicial con la nueva Oficina Judicial», por Eduardo Enrique Taléns Visconti.

Número 7888 (26 de junio de 2012)

«La prueba indiciaria o circunstancial en el Derecho Penal. Una prueba esencial para la jurisdicción criminal. Concepto, requisitos y una clasificación de los indicios más relevantes que manifiestan los diferentes tipos delictivos», por Julio Leal Medina.

Número 7890 (28 de junio de 2012)

«La prodigalidad y su problemática jurídica», por Aurelia María Romero Coloma.

Número 7892 (2 de julio de 2012)

«Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial», por Vicente Magro Servet.

Número 7893 (3 de julio de 2012)

«La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus deberes», por T. Montero Hernanz.

Número 7894 (4 de julio de 2012)

«Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», por Eugenio Arribas López.

Número 7895 (5 de julio de 2012)

«El principio de sometimiento al ordenamiento jurídico en la actuación interna del CNI: derechos fundamentales *versus* información clasificada», por Manuel Santaella Alonso.

Número 7896 (6 de julio de 2012)

«La formación de los jueces», por Fernando Galindo Ayuda.

Número 7897 (9 de julio de 2012)

«La necesidad de evitar la reiteración de las declaraciones de las víctimas de malos tratos», por Vicente Magro Servet.

Número 7898 (10 de julio de 2012)

«Progreso tecnológico, nuevos medios de información tecnológica y modelos de utilidad: comentario a la SAP de Madrid 330/2011, de 11 de noviembre», por Ignacio Marqués Jarque y Ariadna Suriol Rafecas.

Número 7899 (11 de julio de 2012)

«La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso», por Fernando Gómez Recio.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA
Número 330 (Julio 2012)

«La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia», por David Ordóñez Solís.

«Análisis económico en la defensa de la competencia: algunas cuestiones recientes», por Inmaculada Gutiérrez Carrizo.

«Abuso de posición de dominio», por Antonio López Miño.

«El principio del inversor privado en una economía de mercado. ¿Quién da más?», por José Antonio Rodríguez Miguez y Eric Gippini Fournier.

«El control de las ayudas de Estado por la Comisión Europea: las normas de procedimiento», por Juan Arpio Santacruz.

«El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», por Fernando Díez Estella.

«Sentencias de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Defensa de la Competencia (2000-2010)», por Mercedes Pedraz Calvo.

«La reforma del régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria y el Tratado de Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria», por Miguel Ángel Martínez Lago.

«La tributación en el IVA de los programas de fidelización de los clientes: La STJUE de 7 de octubre de 2010», por Luis Mochón López.

«La facultad de los Estados miembros de mantener límites y exclusiones del derecho a deducir el IVA soportado y la reacción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el asunto Oasis East», por Saturnina Moreno González.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO
Número 59 (Julio-Diciembre 2011)

«Análisis del futuro desarrollo rural en Europa en el marco de la reforma de la PAC, según la propuesta de reglamento de 2011, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del FEADER», por Pablo Amat Llombart, pág. 7.

«El contrato homologado entre viticultores y bodegueros en el marco de la normativa de la Unión Europea. El caso francés», por Andrés Miguel Cosialls Ubach, pág. 33.

«Uso de productos alimenticios elaborados con OMG (el caso Codacons)», por Juan Carlos González Fernández, pág. 67.

«Régimen tributario de la actividad agraria», por María del Carmen Morón Pérez, pág. 89.

«El desarrollo rural, hoy. Del fracaso estatal a la nueva PAC», por Carlos Vattier Fuenzalida, pág. 119.

«La igualdad de género y su alcance en el sector agrario», por Ana Velasco Arranz, pág. 127.

«La mujer agraria y las diferentes formas contractuales laborales: Especial mención al trabajo a tiempo parcial», por Luisa VICEDO CAÑADA, pág. 151.

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL
Número 126 (Abril-Junio)

«La protección del socio externo en la "operación acordeón", por Luis HERNANDO CEBRIÁ, pág. 7.

«Abuso de mercado: una panorámica de su normativa administrativa y penal vigente», por Jesús IBARRA IRAGÜEN y Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO, pág. 49.

«Evaluación de los requisitos para la emisión de las acciones rescatables», por Miguel Ángel VILLACORTA HERNÁNDEZ, pág. 105.

«Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro Verde sobre Gobierno Corporativo de la Unión Europea», por Luis CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, pág. 131.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 283 (Enero-Marzo 2012)

«La empresa familiar como problema», por Francisco José ALONSO ESPINOSA, pág. 33.

«Problemas de aplicación de la regla proporcional y de la de equidad en el seguro multirriesgo», por María Luisa MUÑOZ PAREDES, pág. 77.

«Los conflictos de intereses en la ejecución del contrato de agencia», por Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL, pág. 121.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
(Mayo-Junio 2012)

«Daños causados por menores: responsabilidad paterna y estándar de diligencia», por María José SANTOS MORÓN, págs. 7 a 32.

«Nuevo régimen legal de limitación de la responsabilidad civil en la auditoría de cuentas», por Yolanda B. BUSTOS MORENO, págs. 33 a 76.

«Los fines en la interpretación contractual y la propuesta del artículo 52 del Código Civil cubano. Reseña crítica», por M. S. C. Arsul José VÁZQUEZ PÉREZ, págs. 77 a 95.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Número 94 (Enero-Abril 2012)

«La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto», por A. V. Bogdandy, págs. 13-28.

«Tribunal Constitucional en Estado plurinacional: el reto constituyente de Bolivia», por B. Clavero, págs. 29-60.

«Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible», por E. Vírgala Foruria, págs. 61-115.

«Derechos fundamentales en la residencia de mayores», por J. M. Rodríguez de Santiago, págs. 117-152.

«El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», por F. Simón Yarza, págs. 153-179.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DA COIMBRA
(2010)

«Mota Pinto: Um Perfil do Homem Público», por Antonio Moreira Barbosa de Melo, pág. 1.

«Autonomía do Direito, Futuro e Responsabilidade Intergeracional: Para uma Teoría do Fernrecht e da Fernverfassung em Diálogo com Castanheira Neves», por Joao Carlos Loureiro, pág. 15.

«Direito de Autor e Licença Compulsória - Um Olhar Luso-Brasileiro», por J. P. Remédio Marques, pág. 49.

«Contrato de Sociedade: Vicios e Invalidade», por Alexandre de Soveral Martins, pág. 119.

«Intellectual Property, Jurisdiction and Applicable Law in Portugal: An Overwiew», por Alexandre Libório Dias Pereira, pág. 149.

«A Delegaçao Administrativa do Poder Regulamentar em Entidades Privadas. (Algumas Questoes)», por Ana Raquel Gonçalves Moniz, pág. 209.

«Conceito e Validade do Direito. O Direito dos juízes», por Eduardo de Melo Lucas Coelho, pág. 259.

«Em Torno da Margem de Apreciaçao dos Estados na Aplicaçao da Convençao Europeia dos Direitos do Homem», por Jorge Rosas de Castro, pág. 281.

REVISTA DE DIRITTO AGRARIO
(Octubre-Diciembre 2011)

«I diritti della terra», por Michele TAMPONI, pág. 481.

«II diritto all'educazione del consumatore di alimenti», por Eleonora SIRSI, pág. 496.

REVISTA DE DIRITTO CIVILE
(Marzo-Abril 2012)

«Non c'è quiete dopo la tempesta. II danno alia persona alia ricerca di uno statuto risarcitorio», por Francesco DONATO BUSNELLI, pag. 129.

«Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica», por Stefano DELLE MONACHE, pág. 147.

«L'errore di diritto nel contralto: storia e sistematica di una nozione nella riflessione dottrinale», por Luca BARCHIESI, pág. 167.

«Societá di capitali e diritti dell'uomo», por Giuseppe CARRARO, pág. 205.

«Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoleón nella prospettiva del giurista italiano», por Matilde GIROLAMI, pág. 243.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY
Número 97 (Enero-Junio 2011)

«Introducción al derecho de acceso a la información pública», por Adriana María CAMPOS DELL, pág. 45.

«Derechos a la información y las nuevas leyes en la materia en Uruguay. Derechos humanos y función notarial», por Aída NOBLÍA, pág. 69.

«Gobierno electrónico en el Uruguay. Algunos ajustes. La Ley de presupuesto 18.719, de 27 de diciembre de 2010. Normas relativas al Derecho informático», por Aída NOBLÍA, pág. 121.

«Seguridad de la información en el Uruguay: políticas de Estado en la Administración Pública», por María Claudia PEREIRO ALONSO, pág. 137.

«Análisis de un concubinato concretado en el extranjero y la sucesión de uno de los concubinos en trámite en Uruguay», por Rubén SANTOS BELANDRO, pág. 157.

«La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional», por Rubén SANTOS BELANDRO, pág. 163.

«Función notarial en el ciberespacio, ¿seguridad jurídica *versus* seguridad informática?», por Javier WORTMAN, pág. 185.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL (Enero-Marzo 2012)

«Contre le réalisme: les apports de l'esthétique au savoir juridique Approche interdisciplinaire», por François COLONNA D'ISTRIA, pág. 1.

L'acte personnel de la personne vulnérable», por Stéphanie MORACCHINI-ZEIDENBERG, pág. 21.

RIVISTA DELLE SOCIETÀ (Marzo-Junio 2012)

«La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive», por Massimo MIOLA, pág. 237.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE Número 2 (Junio 2012)

«Per un ripensamento del diritto intertemporale», por Nicoló LIPARI, pág. 369.

«Diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione», por Paolo MONTALENTI, pág. 379.

«Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attivitá privata funzionale tra libertà e discrezionalità», por Enrico DEL PRATO, pág. 403.

«L'onere come figura processuale», por Michele TARUFFO, pág. 425.

«La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo», por María ACIERNO, pág. 437.

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 stribución 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.