REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCII • Septiembre-Octubre • Núm. 757

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 XCII • Septiembre-Octubre 2016 • Núm. 757

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 013296281

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 Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don José Poveda Díaz
Exdecano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

AVIÑÓ BELENGUER, David: «El abuso del derecho en materia de inmisiones en las relaciones de vecindad industrial» / *The abuse of rights in terms of private nuisance in the industrial neighbourly relations* ... 2429

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual» / *Child maintenance in favour of children of legal age and disabled children of legal age in matrimonial proceedings: current situation* 2471

GÓMEZ DÍEZ, Justo: «Renuncia a la propiedad horizontal y a la multipropiedad (resoluciones de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014)» / *Abandonment of an individual unit in Horizontal Property and Timeshare (Resolutions August 30, 2013, and October 21, 2014)*..... 2511

LUCAS ESTEVE, Adolfo: «Posesión, detentación y tenencia. La posesión en el Código Civil de Cataluña» / *Possession, precarious possession and holding: Possession in the Civil Code of Catalonia* 2549

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El ofrecimiento de pago y la consignación, en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria» / *The offering of payment and records in the new Law 15/2015, of July 2, Voluntary Jurisdiction* 2601

Págs.

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

GARCÍA VILA, José Antonio: «Comentario crítico a un reciente trabajo sobre la fuerza de la primera inscripción en la Ley Hipotecaria de 1861» / *A critical commentary to a recent paper on the force of the first entry in the Mortgages Act of 1861* 2651

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

CRESPO MORA, M.ª Carmen: «La cesión de créditos en el contexto europeo. Especial referencia a las propuestas de Derecho contractual europeo» / *The assignment of rights in the European context, with special reference to the proposals for European contract law* 2705

ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Registro de la Propiedad y el Catastro en Cuba» / *Registry of Deeds and the Cadastre in Cuba* 2745

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO 2761

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores» / *Private parent of freedom. Effects respect to minors*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2829

1.2. Derecho de familia:

— «La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)» / *The «renovations» of the guard of fact gives after the Law 26/2015, 28 July of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence (I))*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2845

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria» / *The possession appearing as the owner: a requirement for extraordinary usucaption*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .. 2869

1.4. Sucesiones:

— «Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar» / *Succession heritage and the deceased person's: doctrinal, jurisdictional disputes about the funeral rites and the applicability of the right personal and family intimacy*, por M.ª Fernanda MORETÓN SANZ..... 2884

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria» / *Abusive clauses in real estate purchase,* por Rosana PÉREZ GURREA..... 2920

1.6. Responsabilidad civil:

— «Responsabilidad derivada de daños causados por la actividad eléctrica» / *Liability for damages arising from problems related with the power supply*, por María FUENTES BUESO..... 2933

1.7. Concursal:

— «El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias tras la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad» / *The Code of Good Practice for the viable restructuring of mortgage debts following Law 25/2015 on the second-chance mechanism*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2960

2. MERCANTIL:

— «Demandas de nulidad de cláusulas suelo en contratos entre autónomos o pequeños empresarios y entidades financieras» / *Nullity demands of floor clause in con-*

Págs.

tracts between freelancers or small entrepreneurs and financial institutions, por Alba PAÑOS PÉREZ..... 2984

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

— «La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas» / *Transferring planning use in routine development*, por Vicente LASO BAEZA 2997

4. DERECHO BANCARIO:

— «El caso «Valores Santander». A la espera de la casación tras la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. (II)» / *The Santander securities case. Waiting for the Supreme Court after the contradictory doctrine of provincial appellate courts. (II)*, por Francisco REDONDO TRIGO..... 3005

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 3027

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«La obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto», de GIUSEPPE GRISI (ed), por Elena SÁNCHEZ COLLADO..... 3033

ESTUDIOS

El abuso del derecho en materia de inmisiones en las relaciones de vecindad industrial

The abuse of rights in terms of private nuisance in the industrial neighbourly relations

por
DAVID AVIÑÓ BELENGUER
Doctor en Derecho. Abogado

RESUMEN: Las inmisiones consisten en la invasión de contaminación en un bien inmueble, que siendo transmitidas por elementos del medio ambiente, pueden llegar a afectar, en modo intolerable, los derechos inherentes a la propiedad y a la persona relacionada con aquella de un modo estable. En ocasiones, las industrias causan daños a las personas o a las propiedades vecinas a pesar de haber cumplido con los reglamentos, licencias o autorizaciones. No obstante, quien abusa de un derecho comete una falta en el ejercicio del mismo, en forma de dolo, exceso en el uso de la actividad o en la desproporción de los resultados (daño) con respecto a la utilidad y finalidad del ejercicio del derecho. Junto a los límites legales (o cuantitativos) de los derechos, existen otros límites de orden teleológico, moral o social (cualitativos), por lo que incurre en abuso del derecho el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad.

ABSTRACT: The private nuisance consists of the invasion of pollution on real estate, that being transmitted by elements of the environment, may prejudice, intolerably, the rights attaching to the property and the person related to that of a stable mode. Sometimes industries cause damage to persons or neighboring properties despite having complied with the regulations, licenses or authorizations. However, those who abuse the right commits a foul in the exercise thereof, in the form of tortius intent, excessive use of the activity or the disproportion of the results (damage) with respect to the usefulness and purpose of the right. Along with the legal (or quantitative) limits the rights, there are other limits teleological, moral or social (qualitative), therefore incurs abuse of rights who working under a foreign law and an apparent exercise of their right, actually transcends the limits imposed on it by equity and good faith, with damage to third party or to society.

PALABRAS CLAVE: Inmisiones. Relaciones de vecindad. Criterios de prohibición. Ejercicio del derecho. Dolo. Abuso del derecho. Actos de emulación.

KEY WORDS: Private nuisance. Neighborghood law. Criteres of prohibition. Exercise of a right. Tortius intent. Abuse of rights. Emulation actions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS INMISIONES EN LAS RELACIONES DE VECINDAD INDUSTRIAL. 1. CONCEPTO Y CARACTERES DE INMISIÓN. 2. LAS RELACIONES DE VECINDAD: *A) Concepto en sentido estricto y amplio. B) Evolución de las relaciones de vecindad. C) Naturaleza jurídica de las relaciones de vecindad:* a) La vecindad en sentido estricto. b) La vecindad en sentido amplio. c) Naturaleza mixta de las relaciones de vecindad. 3. CRITERIOS DE PROHIBICIÓN DE LAS INMISIONES. *A) Breve repaso histórico:* a) La teoría romana de la *immissio*. b) Los actos de emulación. c) Reelaboración de la teoría de la *immissio* por la pandectística. d) Las teorías del uso normal y de la normal tolerancia. e) La teoría de la necesidad social. *B) Criterios de prohibición en el derecho civil español.*—III. EL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA DE INMISIONES: 1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL: *A) Subsunción de los actos de emulación en los actos abusivos. B) Etapas en el tratamiento jurisprudencial del abuso del derecho:* a) Del ejercicio del derecho como principio irreductible al abuso del derecho como límite general al ejercicio de los derechos. b) El abuso del derecho como equivalente a la inmoralidad o antisocialidad del acto. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944. c) Concepción subjetiva, objetiva y mixta del abuso del derecho. 2. PLASMACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ARTÍCULO 7.2. DEL CÓDIGO CIVIL: *A) Configuración del abuso del derecho:* a) Concepto y requisitos. b) Me-

didas a solicitar ante un abuso del derecho. c) Finalidad y utilidad de la figura. *B) El abuso del derecho aplicado a las inmisiones vecinales:* a) ¿Aplicación subsidiaria, a falta de norma específica? b) El abuso del derecho como criterio de ilicitud de las inmisiones. Coordinación con el criterio del uso normal y de la normal tolerancia. c) El arbitrio judicial y la teoría de la equidad aplicados al abuso del derecho. d) Causas de justificación. Relación del artículo 7.2 del Código Civil con el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad y de las licencias o autorizaciones.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las industrias producen en el ejercicio de su actividad la emisión o el escape de sustancias nocivas, peligrosas, insalubres o molestas. La contaminación industrial puede provocar *daños civiles por contaminación* —DCC— (también denominados daños *«tradicionales»*), que son los padecidos por los particulares en sus personas, bienes y derechos. La tutela jurídico-privada de defensa frente a los DCC se remite a las relaciones de vecindad (art. 590 del Código Civil); a la responsabilidad civil extracontractual (1902 del Código Civil) o por inmisiones (1908.2 del Código Civil), y al abuso del derecho (7.2 del Código Civil).

> Artículo 7.2 del Código Civil: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

También se utiliza la tutela posesoria frente a perturbaciones posesorias. En las inmisiones en el ámbito domiciliario se suelen utilizar: el artículo 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; o las intromisiones ilegítimas a la intimidad personal y familiar de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A mayor abundamiento, se invoca la tutela sumaria de los derechos fundamentales —integridad física y moral (art. 15 CE), intimidad personal y familiar (art. 18 CE) e inviolabilidad del domicilio (art. 21 CE)—, y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los DCC causados con ocasión de un escape imprevisto por el operador suelen reconducirse al instituto de la responsabilidad civil extracontractual del

artículo 1902 del Código Civil (o la del art. 1908.2), aplicando una responsabilidad *cuasi* objetiva basada en el riesgo intrínseco de la actividad de causar daños al medio ambiente y a las personas, y la aplicación de expedientes técnicos objetivadores de la responsabilidad como el aumento de la diligencia exigible o la inversión de la carga de la prueba. En cambio, los DCC ocasionados por inmisiones (producidas en el ejercicio normal y habitual de la actividad —causadas en el proceso industrial y con efectos generalmente continuos—) se suelen reconducir al artículo 1908.2 del Código Civil (responsabilidad civil por inmisiones) o al artículo 7.2 del Código Civil (abuso del derecho). Aunque en los últimos años se ha venido aplicando por la doctrina con mayor frecuencia el artículo 1908.2 del Código Civil (analiza el exceso en el ejercicio del derecho patentizado en el exceso y nocividad de las inmisiones), no conviene «arrinconar» la doctrina del abuso del derecho en materia de inmisiones, por cuanto llega a completar el régimen jurídico de la responsabilidad civil por inmisiones mediante la aplicación de criterios de equidad y justicia que mejor se adecuen al caso concreto.

II. LAS INMISIONES EN LAS RELACIONES DE VECINDAD INDUSTRIAL

1. Concepto y caracteres de inmisión

La relación entre contaminación e inmisión es prácticamente de causa-efecto, es decir, son los hechos generadores de la contaminación los que pueden conducir a una invasión de la esfera jurídica de los particulares. «Inmisión» es la intromisión en un bien inmueble próximo al área de influencia del emisor, de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y similares, que siendo transmitidas por elementos del medio ambiente (agua, suelo o aire), pueden llegar a afectar, en modo intolerable, los derechos inherentes a la propiedad y a la persona relacionada con aquella de un modo estable. Las inmisiones inocuas o tolerables no se pueden prohibir ni dan lugar a indemnización. No obstante, existen previsiones en algunos ordenamientos (Alemania, Italia, etc.), donde aun existiendo inmisiones que producen perjuicios sustanciales deban ser toleradas por haberse producido por actividades autorizadas o se adecuen al uso normal de la actividad.

De un estudio de la doctrina (ALGARRA PRATS, 2000, 640; ÁLVAREZ LATA, «El daño ambiental…», 2002, 799; AMAT LLARÍ, 1990, 75-76; CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación…*, 1996, 54; DÍAZ BRITO, 1999, 24-29; DÍAZ ROMERO, *La protección…*, 2003, 33; «Defensa frente a inmisiones…», 2003, 356-357; EGEA FERNÁNDEZ, 1994, 76; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2000, 25-26) se pueden extraer los siguientes caracteres de la inmisión: 1) *indirecta*: se separa siempre de su punto de origen, lo que permite su

propagación por medio de factores naturales. Este carácter tiene que ver precisamente con que la contaminación ha de propagarse por el medio natural (medio ambiente). 2) *Material*: tiene una mínima corporeidad, o bien es incorporal. Las injerencias ideales no tienen cabida en materia de inmisiones. 3) *Positiva*: ha de interferir en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad.

Soy de la opinión de añadir el requisito de que proceda de una *emisión* producida en el desarrollo de la actividad (humos de una industria), aunque sin tener en cuenta en este momento si la misma produce inmisiones excesivas o cumple o no con los valores límite de emisión o inmisión. Así, las inmisiones deben tener su origen en el ejercicio de un derecho, como consecuencia del ejercicio de sus facultades de goce o disfrute (DÍAZ ROMERO, *La protección…*, 2003, 33; «La acción negatoria…», 2003, 3704; HERRERA DEL REY, 2008, 57; LORANCA RUILÓPEZ, 2009, 497; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2000, 25). De lo contrario, se estaría en el terreno de las invasiones ocasionadas por escapes no conocidos por el operador, en cuyo caso no sería evaluable desde la perspectiva de las relaciones de vecindad sino desde la responsabilidad civil extracontractual por culpa o riesgo (DÍAZ BRITO, 1999, 25-26).

2. Las relaciones de vecindad

A) Concepto en sentido estricto y en sentido amplio

Las relaciones de vecindad (en un sentido amplio) conforman el ámbito espacial, sociológico y jurídico en el que tienen lugar las inmisiones.

Siguiendo a HERNÁNDEZ GIL (1985, 9-10) el derecho (real) de vecindad se basa en el establecimiento de los requisitos y condiciones jurídicas y fácticas necesarias para el establecimiento de una comunidad cuya convivencia esté en perfecta armonía. Estas relaciones se enmarcan jurídicamente en el ámbito del derecho de propiedad inmobiliaria, delimitando su contenido, sobre la base de la situación de proximidad, estableciendo límites y limitaciones de obligado cumplimiento. Sin embargo, al ser una relación jurídica, no puede prescindirse de las personas, dado que el derecho toma siempre en consideración, de modo directo o indirecto, la conducta humana. Los problemas que suscitan las relaciones de vecindad en sentido amplio se dan principalmente en el plano del ejercicio de los derechos. Asimismo, todo propietario tiene derecho de uso y disfrute y facultades de exclusión respecto de su propiedad, por lo que las relaciones de vecindad lo que pretenden es evitar los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en el ejercicio de estas facultades. Ello significa la exclusión de aquellas injerencias que superan un nivel de tolerancia razonable y el deber de tolerar las que no superen dicho límite, en una serie de límites o limitaciones que configuran el contenido normal de la propiedad (ALGARRA PRATS, 1995, 22-23 y 35-40).

Estoy de acuerdo con GONZÁLEZ-ALEGRE (1967, 9 y 14-15) cuando afirma que las relaciones de vecindad se caracterizan por una triple cualidad: la *relación jurídica*, por cuanto interesa al derecho regular los intereses contrapuestos en juego; la *razón de vecindad*, determinada por la situación de contigüidad o proximidad y de los que las ocupan legalmente (hoy «área de influencia») y una necesaria buena *convivencia vecinal*. Este autor es partidario de una doble perspectiva de las relaciones de vecindad, real y obligacional, el autor las define: «Aquellas relaciones a que da lugar, en la actuación ordinaria de la vida práctica de las personas, el ejercicio de sus derechos o facultades subjetivas que por el hecho de su vecindad o la de sus fundos de los que son propietarios produzcan mutuas y recíprocas invasiones de las esferas de interés personal o patrimonial jurídicamente protegidos o dignos de protección, que hace preciso limitar, mediante su regulación o reglamentación por parte de la Ley en orden al mantenimiento de una necesaria y buena convivencia vecinal, factor esencial, dentro del concierto social». El Derecho de vecindad, objetivamente considerado, contemplando la doble perspectiva real y obligacional, es el «conjunto de normas que regulan las relaciones más ordinarias y generales de las personas en cuanto a su vida en vecindad, compaginando o armonizando, los intereses personales o patrimoniales en posible lucha por este hecho; así como las surgidas entre los propietarios por razón de la continuidad de sus fundos, en cuanto al mantenimiento de una buena vecindad —derecho obligacional o derecho real de vecindad—»; y subjetivamente como: «conjunto de derechos correspondientes a las personas en cuanto a su condición de vecinos, o propietarios de fundos vecinos para hacer valer y respetar sus intereses jurídicamente protegidos o dignos de protección personales o patrimoniales, frente a la actuación de otros vecinos, en cuanto, alteran, perjudican o imposibilitan el mantenimiento de aquella buena vecindad a las que se tiene derecho en la vida en sociedad».

En un sentido parecido ALGARRA PRATS (1995, 53) considera el Derecho de vecindad desde una doble perspectiva: como un «conjunto de normas y principios que disciplinan aquellas relaciones que se producen entre las personas por razón de proximidad o contigüidad de los inmuebles en que habitan o desarrollan sus actividades, a título de dominio o por cualquier otro título fruitivo, con el fin de que en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas». En parecido sentido, GONZÁLEZ-ALEGRE (1967, 66-83) ha apuntado que las relaciones de vecindad establecen limitaciones normales al dominio, pues se requieren límites en ese actuar personal o dominical en la medida que exige el respeto mutuo de los vecinos o a la propiedad del vecino. Y establecen un *contenido obligacional* y *real*, pues las mismas suponen limitaciones recíprocas en el ejercicio de derechos subjetivos, de donde derivan obligaciones y de cuyo incumplimiento surgen acciones personales como la de responsabilidad civil *ex* artículo 1908.2 del Código Civil;

pero también al gravar los bienes inmuebles somete el derecho de propiedad a ciertas configuraciones patrimoniales (carácter real) y de cuyo incumplimiento cabe la acción negatoria o las posesorias, y la imposición de distancias para ciertas construcciones y plantaciones del artículo 590 del Código Civil.

Finalmente, debe interpretarse el marco geográfico en el que se desenvuelve la «vecindad» desde un punto de vista amplio, no asociando necesariamente vecindad con contigüidad o colindancia, sino en la proximidad o cercanía «relativa», marcado por la zona de influencia de las inmisiones (BORDOLI ETCHAMENDI, 2006, 546). Es decir, el ámbito de vecindad alcanza hasta donde alcancen las inmisiones.

B) Evolución de las relaciones de vecindad

El punto de partida de las relaciones de vecindad se encuentra en la existencia del principio «*qui suo iure utitur naeminem laedit*» (quien hace uso de su derecho no daña a otro) que recoge el Digesto y que posteriormente plasman las Partidas mediante la regla XIV del Título XXXIV «*del non face tuerto a otro quien ufa de fu derecho*» (SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil…*, 1995, 33). Las relaciones de vecindad en Roma venían marcadas por la precisa delimitación perimetral de los inmuebles, viéndose superado por la realidad de los conflictos derivados del uso y disfrute de la propiedad y por el criterio de contigüidad. La concepción de la propiedad era individualista y absoluta —*plena in re potestas*—, al hacerse hincapié en la protección de los diversos derechos de propiedad que pudieran entrar en conflicto, en lugar de proteger a la persona. Estos límites tuvieron su traslación en la prohibición del *immittere in alienum* (inmitir en fundo ajeno). Parte de un texto de Ulpiano en el que se establece el principio general de que a cada uno es lícito hacer en su fundo lo que le plazca, con tal de que no se produzca una inmisión en fundo ajeno[1]. Salvo servidumbre constituida, eran ilícitas las inmisiones de sólidos, líquidos o gases.

Será a partir de la Constitución alemana de Weimar de 1919 cuando las modernas Constituciones europeas integran el concepto de función social a la propiedad privada, entre las cuales se encuentra la Constitución Española (art. 33 CE):

> Artículo 33 CE: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

Frente a los viejos esquemas tradicionales, individualistas y absolutos, se abre paso la moderna concepción de la propiedad, más limitada y acentuada en su función social. Así, las limitaciones por razón de vecindad, que tuvieron como causa originaria la utilidad privada y se consideraban restricciones al derecho de cada propietario en la medida en que lo exigiera el ejercicio del derecho de propiedad de los vecinos propietarios, pasan a entenderse como restricciones legales por interés social. Este artículo determina e impregna el carácter del dominio, imponiendo normas de conducta a la ley, si bien no constituye una auténtica norma de conducta, dado que la actividad del propietario no es función, pues actúa en su propio interés. La función social es inherente al concepto mismo de propiedad, por lo que no puede considerarse como un límite. La razón de estos límites puede encontrarse en la función económica y social del derecho, en la necesidad de que se permita una normal explotación de las fincas. En aquellos ordenamientos característicos de la Codificación, en los que se plasmó el derecho de propiedad privada como derecho subjetivo individual, libre, absoluto, e ilimitado en esencia, las limitaciones al dominio se impusieron a través de servidumbres legales, mientras que en aquellos ordenamientos donde la propiedad adquirió un significado básicamente económico se afrontó el dominio desde una concepción subjetiva, determinando las facultades del propietario (vecindad industrial) y definiéndose el poder del propietario de excluir a los demás del goce del bien.

A partir del siglo XVIII, los factores que provocaron la evolución de las relaciones de vecindad son (ALGARRA PRATS, 1995, 32; EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria…*, 2000, 10-14): a) uno *jurídico*, en el que la propiedad se concibe como menos absoluta: b) uno *sociológico*, caracterizado por las concentraciones poblacionales y el aumento de la relación entre propietarios; c) uno *de evolución económica y tecnológica*. Así, junto a la vecindad clásica de naturaleza interindividual o interpredial aparece una vecindad moderna universal y colectiva, industrial y urbana, caracterizada por: a) conformar relaciones personales por el uso y disfrute de la propiedad, a título de dominio o cualquier otro título fruitivo, como conjunto de límites al ejercicio de la propiedad basados en el respeto a los derechos de los demás, con el fin de que no se lesionen en sus respectivos intereses protegidos, asegurando la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas. b) Englobar en el derecho de vecindad una vertiente jurídico-real y otra jurídico-obligacional, lo que da lugar a la aparición, respectivamente, de instrumentos jurídicos de protección con carácter real (acción negatoria de inmisiones) y obligacional (responsabilidad civil). Este derecho vecinal se integra por las disposiciones que delimitan la esfera de derechos y obligaciones recíprocas en relación con las propiedades vecinas, que se regulan como servidumbres legales o consuetudinarias de vecindad (art. 590 del Código Civil), así como por aquellas normas que prevén la solución de los daños derivados de las inmisiones excesivas y nocivas (art. 1908.2 del Código Civil). c) Caracterizarse el marco geográfico de la vecindad por la proximidad o zona de influencia de la inmisión real o potencial.

C) Naturaleza jurídica de las relaciones de vecindad

a) La vecindad en sentido estricto

La vecindad en sentido estricto implica relaciones entre fundos, es decir, entre propietarios, donde la obligación legal y consuetudinaria establece límites o limitaciones al derecho de propiedad, configurándolo, delimitando la esfera de derechos y obligaciones recíprocos en relación con las propiedades. Los derechos y obligaciones dependen del estatuto de la propiedad fundiaria (inmobiliaria) y las acciones y cargas tienen contenido jurídico-real. Asimismo, desde un punto de vista geográfico, exige que las propiedades estén próximas o contiguas. Desde este punto de vista las relaciones de vecindad deben ser objeto de estudio en el Derecho de bienes. El Código Civil organiza las relaciones de vecindad a través de las servidumbres legales y consuetudinarias o directamente como límites o limitaciones del ejercicio del derecho de propiedad fundiaria (ALGARRA PRATS, 1995, 12-13 y 16-18; CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1999, 153-154; DÍAZ ROMERO, «Inmisiones y relaciones de vecindad…», 2007, 365-375; EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria…*, 2000, 12-13; GARCÍA SÁNCHEZ, 1999, 17; MASFERRER DOMINGO, 2011, 1594) ejercitables *erga omnes*. La organización entre propietarios vecinos comporta un conjunto de derechos reales y de obligaciones *propter rem* («a causa de la cosa») que les permite oponerse a las agresiones provenientes de los fundos vecinos susceptibles de comprometer su calidad ambiental.

b) La vecindad en sentido amplio

La vecindad en sentido amplio se da entre particulares independientemente de su cualidad de propietarios, bastando su consideración de vecinos cuando ejerzan facultades de uso y disfrute del inmueble (GONZÁLEZ-ALEGRE, 1967, 10). Implican tanto las obligaciones que surgen tras la realización de un hecho personal culposo u objetivo (responsabilidad civil)[2], o abusivo, como las relaciones donde la obligación consuetudinaria expresa una regla de conducta. Se establecen normas que prevén la solución de conflictos vecinales. Los vecinos no tienen porqué estar contiguos, sino en el área de influencia de la perturbación. Impone unos deberes u obligaciones de no dañar a los demás, limitando para ello el ejercicio de los derechos que puedan repercutir o influenciar las esferas jurídicas de otros. El Derecho obligacional de vecindad establecerá la medida del ejercicio de los derechos, impuesta por aquellas obligaciones, así como la responsabilidad (o abuso) en caso de incumplimiento. Se ha dicho (MACÍAS CASTILLO, 2004, 148-149) que la inmisión es un presupuesto que depende no de la propiedad, sino de la vecindad, pues quien inmite no ejercita su derecho de propiedad, porque

realiza un acto antijurídico y que, por tanto, excede del contenido, limitado o no, de cualquier derecho y, en particular, del derecho de propiedad.

c) Naturaleza mixta de las relaciones de vecindad

Como consecuencia de la concepción amplia de las relaciones de vecindad, el contenido normativo del Derecho de vecindad engloba la vertiente jurídico-real *ex* artículo 590 del Código Civil, y jurídico-obligacional *ex* artículo 1908.2 o 7.2 del Código Civil, lo que da lugar a la aparición de instrumentos de protección con carácter real (acción negatoria) y obligacional (responsabilidad civil o abuso del derecho).

La doctrina *ius privatista* suele apostar por la existencia de esta naturaleza mixta de las relaciones de vecindad. Soy de la opinión de ALGARRA PRATS (1995, 53) cuando dice que el Derecho de vecindad se integra por las disposiciones que delimitan la esfera de derechos y obligaciones recíprocas en relación con las propiedades vecinas, así como por aquellas normas que prevén la solución de conflictos de intereses contrapuestos que resultan de la situación de vecindad. La autora afirma que las relaciones de vecindad deben ser objeto de estudio en el Derecho de bienes, pero sin olvidar su especificidad propia, que obliga a acudir también al Derecho de obligaciones en materia civil, si bien reconociendo que «la vertiente eminentemente real está en todo momento presente, pues la configuración del derecho de propiedad y sus límites, así como las servidumbres, allí encuentran su tratamiento». La perspectiva obligacional surge cuando se superan los límites de la propiedad, aplicándose la responsabilidad civil *ex* artículo 1908 del Código Civil. También entran en juego otros institutos como el del abuso del derecho; normas de aplicación jurídico-públicas; o los valores y principios constitucionales. El objetivo de las relaciones de vecindad consiste en que «en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas».

En mi opinión, la perspectiva obligacional establece límites en el ejercicio de derechos subjetivos y tiene como objetivo reparar los daños producidos por inmisiones que resulten excesivas (o abusivas) y nocivas a las personas o a las propiedades, se haya cumplido o no con lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil. Una perspectiva mixta de las relaciones de vecindad, permite, en virtud del artículo 590 del Código Civil limitar la propiedad (distancias y obras de resguardo) y, en virtud de los artículos 1908.2 ó 7.2. del Código Civil, limitar el ejercicio de la industria (inmisiones excesivas —o abusivas— y nocivas). Las relaciones marcan los límites en el ejercicio de los derechos, sean los de propiedad u otros, para evitar perjuicios injustificados a los vecinos, desde el punto de vista del área de influencia de las inmisiones. En la siguiente tabla se ve reflejado:

	Relaciones de vecindad desde una perspectiva real	**Relaciones de vecindad desde una perspectiva obligacional**
Delimitación y contenido	Conflictos en las relaciones de vecindad entre propietarios vecinos, como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad sobre el fundo.	Conflictos en las relaciones de vecindad entre vecinos, como consecuencia del ejercicio de los derechos de uso y disfrute de sus derechos subjetivos sean o no dominicales.
Objeto de la normativa	Coexistencia dominical pacífica, previniendo conflictos que el ejercicio anormal del derecho de propiedad pudiera ocasionar, limitando las facultades dominicales.	Coexistencia vecinal pacífica, previniendo conflictos que el ejercicio anormal del derecho subjetivo pudiera ocasionar, limitando dicho ejercicio.
Contenido normativa	Límites o limitaciones de las facultades dominicales, que delimitan los derechos de propiedad en cuanto impidan al propietario vecino el ejercicio de su derecho.	Derechos y obligaciones de vecindad, con independencia del derecho de propiedad.
Consecuencias del incumplimiento	Artículo 590 del Código Civil Recoge la esfera preventiva en materia de inmisiones vecinales, con contenido jurídico-real, a través de la acción negatoria de inmisiones.	Artículos 1908.2 ó 7.2 del Código Civil Recogen la esfera resarcitoria y de evitación en materia de inmisiones, con contenido jurídico-obligacional, a través de la responsabilidad civil o el abuso del derecho.

3. Criterios de prohibición de las inmisiones

A) Breve repaso histórico

a) La teoría romana de la immissio

Las inmisiones en las relaciones de vecindad tienen sus orígenes más remotos en el Derecho romano, en el concepto de la *immissio*, concretamente desde las postrimerías de la época republicana, en la que los juristas empezaron a articular soluciones que resolvían determinados conflictos surgidos en las relaciones de vecindad, recogidas más tarde en la compilación justinianea y, en particular, en el Digesto (ALONSO PÉREZ, 1983, 362; LORANCA RUILÓPEZ, 2009, 472-

473; MACÍAS CASTILLO, 2004, 27; MASFERRER DOMINGO, 2011, 1587). El Derecho romano concebía la propiedad como «*plena in re potestas*», esto es, como poder absoluto y exclusivo sobre la cosa (*dominium ex iure Quiritium*), admitiendo limitaciones solo en casos excepcionales y determinados de forma taxativa. Surgieron al objeto de regular, a través de la propiedad y la posesión, el uso de los bienes inmuebles. Los intereses protegidos se situaron en el ámbito privado, a través de mecanismos como la acción negatoria, los interdictos, la *Lex Aquilia*, las sanciones y las prohibiciones (JORDANO FRAGA, 1995, 21).

El fragmento del Digesto D. 8, 5, 8.5 (Ulp. XVII ad Ed)[3] es el punto de partida de la prohibición general del *immitere in alienum* (GARCÍA SÁNCHEZ, 199, 69): *In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum im mittat (*«a cada cual le está permitido proceder como guste en su esfera jurídica, con tal de que no invada de forma intolerable la ajena»)[4]. Se trata de una industria de fabricación de quesos ubicada en los bajos de un edificio que propaga humos «altamente molestos» a los pisos superiores (*fumi autem sicut aquae esse immissionem*), prohibiéndose la injerencia de sustancias desde el fundo propio en la esfera jurídica ajena, salvo que se haya constituido una servidumbre (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum im mittat),* en tanto es lícito hacer cosa alguna en el fundo propio —*in suo*—, mientras no inmita nada en lo ajeno. La prohibición del *immittere in alienum* es una dedución lógica del carácter absoluto que tiene la propiedad, y como tal conlleva la ventaja de establecer una demarcación del uso de las cosas, no bastando que una persona se abstenga de hacer en lo propio si las consecuencias repercuten en lo ajeno. Se examina únicamente si el efecto necesario de una causa actuada por el vecino entra dentro de su ámbito de actuación jurídica, al seguir la línea prohibitiva del *immittere in alienum* proveniente de una acción que si en principio era lícita y estaba realizada en fundo propio (*facere in suo*), se propagaba a los fundos vecinos afectándoles negativamente (SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil*…, 1995, 35). Se ha criticado que la teoría de la *immissio* se centra en los efectos de la actividad (y no en las causas), por lo que no sirve para prevenir los problemas vecinales (GONZÁLEZ-ALEGRE, 1967, 161), ni define los límites de la *immissio*. Dado que lo que se intentaba proteger era el uso y disfrute de la cosa, eran útiles los interdictos posesorios en su defensa, y, al contar con una servidumbre, también podía atacarse mediante la acción negatoria.

b) Los actos de emulación

En la alta Edad Media se produjo un gran cambio socioeconómico caracterizado por la instauración de un sistema feudal que trajo consigo el derrumbamiento del derecho de propiedad y una sociedad poco desarrollada predomi-

nantemente agrícola y rural (ALGARRA PRATS, 1995, 399; ALONSO PÉREZ, 1983, 372; MACÍAS CASTILLO, 2004, 67[5]). Por ello, en esta época hay un resurgir de conflictos entre vecinos causados por actos en el ejercicio de sus derechos que son realizados sin utilidad alguna, sino con el interés exclusivo de dañar al otro. Es la época en la que los glosadores interpretaban las fuentes justinianeas de dónde entresacaron la idea de la emulación de los numerosos supuestos en los que se causaba un daño a otro en el ejercicio de un derecho, entendiendo la idea comúnmente extendida entre ellos de que la intención del autor era la razón por la que se calificaban los actos lícitos o ilícitos[6].

Se han identificado (EVANGELIO LLORCA, *El límite…*, 2000, 859-861; MASFERRER DOMINGO, 2011, 1599) tres criterios que marcan el límite de lo lícito y lo que no lo es en la evolución de los actos de emulación: 1) en un principio, se impuso por los juristas de la época la concepción de *aemulatio* como la intención de quien realiza actos (normalmente incluidos en el ejercicio de un derecho) sin utilidad propia o con utilidad mínima, con el fin de dañar o molestar a otros (*animus nocendi*). El problema principal al que se enfrentaba tanto el primer o segundo criterio fue el de probar el elemento subjetivo del *animus nocendi*. Las críticas a la doctrina se centran sobre todo en el aspecto moral (DEMOLOMBE, 1882, 133 y sigs.) de esta teoría, así como la dificultad en probar que se ha obrado con intención de dañar. Trasladada al campo específico de las inmisiones, esta teoría tampoco ofrece solución a la problemática derivada de las mismas, por cuanto la propagación de las inmisiones por medios naturales vacía el contenido intencional; además, se otorga mayor importancia al elemento intencional que al daño mismo, por lo que supuestos inocuos que se hayan causado con *animus nocendi* se prohibirían y viceversa (ALGARRA PRATS, 1995, 337). 2) Con posterioridad, se asimiló a un *uso extraordinario*, de suerte que se consideraba emulativo el acto que, al perjudicar a un tercero, no reportaba ningún beneficio al autor. Se adoptó por los juristas la presunción del *animus nocendi*, en virtud de la cual era el propietario causante del perjuicio quien debía probar que aquello que hacía sí le suponía un beneficio, de lo contrario se presumía la intención de ocasionar el daño; en estos casos, el acto no respondía a una necesidad económica, sino a una hostilidad deliberada, siempre nociva para el próximo y, a veces, también para el autor. 3) Finalmente, a la *utilidad del agente*, en virtud de la cual se estimaba el acto que, al perjudicar al tercero, no reportaba un beneficio al autor del daño.

La doctrina de los actos de emulación se convierte en la primera gran cláusula prohibitoria de los fenómenos inmisivos (ALONSO PÉREZ, 1983, 370). Las críticas de la teoría de la emulación se centraron en el aspecto moral, pues no se puede juzgar la intención del que daña, al no ofrecer solución a la problemática de las inmisiones, ya que su propagación por medios naturales vacía el contenido intencional. Si bien la prohibición de los actos de emulación encuentra su desarrollo en materia de construcciones y edificaciones, no

se aplica a supuestos de inmisión (ALGARRA PRATS, 1995, 336-337). Esta doctrina se convierte en una posible solución para los conflictos inmisivos y es el inmediato precedente de la doctrina del abuso del derecho, cuya prohibición se recoge en el artículo 7.2 del Código Civil, si bien su invocación en la actualidad es más anecdótica que frecuente (MACÍAS CASTILLO, 2004, 70-72). Los actos de emulación serán el germen de la doctrina del abuso del derecho, así como presentar esta como una mera continuación de aquellos (NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997, 73). Ahora bien, como mínimo los actos por los que hoy día se repelen los actos de emulación se hacen a través de la figura del abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil.

Los actos de emulación fueron admitidos por algunos pandectistas. Estos consideraban, en general, la prohibición de dichos actos como una limitación de todo derecho cuando se actúa con *animus nocendi* de dañar al vecino. No es ilegal el ejercicio de un derecho aunque otro sea dañado, excepto que exista *animus nocendi* (WINSCHEID, 1925, 414). Poco a poco, los pandectistas fueron abandonando la doctrina de los actos de emulación basados en criterios puramente morales y religiosos para acercarlos al criterio de la prueba de la ausencia de utilidad, que pasaría a ser preferente (NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997, 61-64). Por ejemplo, PARDESSUS afirmó que el propietario solo debe sufrir una limitación en su derecho cuando así fuera establecido expresamente por una ley o reglamento, justificando la prohibición de los actos de emulación en un principio de equidad natural según el cual «no está permitido usar el derecho sin utilidad y de una manera dañosa para el otro» y estableciendo la presunción de corrección en el actuar del titular del derecho, por lo que corresponderá a la víctima la prueba del *animus nocendi*. La teoría de la emulación fue duramente criticada por autores de la época (WEREMBERG, 1863, 34; JHERING, 1863, 104-105).

c) Reelaboración de la teoría de la immissio por la pandectística

A comienzos del siglo XIX, debido al auge de la industria, la pandectística alemana elaboró una teoría que dio respuesta a los problemas vecinales, construyendo la propiedad bajo la noción de límite, relegando a un segundo lugar la servidumbre legal como instrumento técnico de conflictos de dominio. Se trató la problemática desde la perspectiva del análisis que permite la *teoría de la immissio* y las enseñanzas de JHERING, entendiendo que las inmisiones deben abordarse como limitación general de la propiedad derivada de la vecindad (ALGARRA PRATS, 1995, 216).

La reelaboración de la doctrina de la *immissio* tiene su origen en las aportaciones de SPANGENBERG (1826, 265) al Derecho de vecindad en un comentario que hizo del Digesto 8, 5, 8, 5-7 en 1826, del cual extraen dos principios:

1) cada uno puede proceder en su propiedad como guste, siempre y cuando no inmita nada en la finca vecina de lo que a uno mismo o al vecino moleste (doctrina original de la *immissio*); y 2) no puede tratarse de molestia con entidad suficiente lo que es resultado del aprovechamiento usual, de la vida ordinaria. Este último principio supone una evolución del principio tradicional de que «quien hace uso de su derecho no provoca daño» (*qui suo iure utitur neminem laedit*), según el cual no se podía reprimir una inmisión cuando fuere consecuencia de una actividad ejercitada en fundo propio. De este modo, serán molestias extraordinarias para el propietario los influjos adversos que se originan en el uso de una especial industria por parte del vecino, aun cuando estos sean solo la consecuencia usual de la industria. Se puede atisbar el germen de la teoría del *uso normal*, si bien limitado a los supuestos de daños a las cosas y no a las personas (ALGARRA PRATS, 1995, 226), propio de una esfera de actividad económico-doméstica, aunque con un incipiente crecimiento industrial.

Asimismo, HESSE (1863, 388-389 y 423) dijo que la protección jurídico-civil en materia de inmisiones solo alcanza a la propiedad como derecho patrimonial, por lo que no puede extenderse a las inmisiones incorporales, incluso aunque sean nocivas para la salud del propietario, por cuanto queda reservada al Derecho de policía. Este autor indicó que el uso normal de la finca es un criterio demasiado relativo e indeterminado dado que nunca hay un aprovechamiento usual de la finca, sino un aprovechamiento individual que obedece a necesidades y condiciones del propietario; por otra parte, tampoco puede considerarse una regla objetiva, por cuanto no puede prescindir de la intención del sujeto actuante. Por su parte, PAGENSTECHER (1857, 120 y sigs.) disoció la propiedad del propietario, considerando que son ilícitas las inmisiones únicamente cuando influyen en la finca, mientras que las que afectan al ocupante, no (olores, ruidos, vibraciones, etc.). Finalmente, WERENBERG (1863, 32-33) señaló que las injerencias indirectas que se propagan al vecino por obra de factores naturales serán ilícitas siempre y cuando pudieran haberse previsto.

d) Las teorías del uso normal y de la normal tolerancia

Se ha indicado con anterioridad que en los albores de la teoría del *uso normal* se conciliaban los dos puntos de vista relativos, por una parte, la teoría de la *immissio*, basada solamente en los efectos, y, por otra, al principio —evolucionado— *qui suo irure utitur neminem laedit*, basada únicamente en la actividad inmitente, llevando a la teoría, ya apuntada por los autores de la pandectística alemana (*v.gr.* SPANGENBERG) de que están prohibidas, además de las inmisiones directas, aquellas indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal, estando permitidas las que derivan de las necesidades de la vida cotidiana. Esto es fruto del tránsito

de una economía doméstica a una incipiente industrialización. JHERING dijo que la pura y simple prohibición de las inmisiones, el principio *in suo hactemus facere licet, cuatenus nihil in alienum in mittat* (en principio, está permitido hacer hasta el punto de que no se inmita en lo ajeno), es un concepto mezquino.

JHERING puso de manifiesto que el concepto de *immissio* era insuficiente desde el punto de vista de las sustancias que la podían producir (no solo corporales), para lo cual sustituyó el criterio de la *immissio* por el de *Eingriff* (influjo, influencia), lo que servía para dotar a este último de un contenido más amplio (por ejemplo el ruido, el vapor, los olores o las vibraciones), y estableció la *prohibición de los influjos indirectos cuando fueran nocivos para la cosa, o molestos para las personas en medida superior a lo tolerable ordinariamente*[7], pues su protección jurídica tiene que venir determinada por los efectos perjudiciales que causan, y no al modo en que se producen. El autor distinguió un plano objetivo (influjos perjudiciales para las cosas), medible según la regla del uso normal —aprovechamiento usual y regular—, y otro subjetivo (influjos perjudiciales a las personas), valorables conforme a la sensibilidad de los sujetos en general —normal tolerancia— (1863, 104-105 y 113). El primer criterio se aplicó más a la conducta y el segundo a los daños (MASFERRER DOMINGO, 2011, 1603). Los influjos indirectos solo deben prohibirse en el caso de que sean nocivos para la cosa, o molestos para las personas en medida superior a la tolerable ordinariamente, ya que en este caso también hay lesión a la propiedad al impedirse el ejercicio del mismo. Ambos criterios han sido los que han sido aplicados por la gran mayoría de la doctrina y los Tribunales (ALGARRA PRATS, 1995, 369 y sigs.; DÍAZ ROMERO, «Inmisiones: relación de causalidad…», 2007, 314; NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997, 232).

e) La teoría de la necesidad social

BONFANTE dijo que la teoría del uso normal era insuficiente para señalar las inmisiones ilícitas, por cuanto las provenientes de la industria se habían convertido en algo «normal» y difícilmente evitable por falta de medios. El autor pretendió llegar a una solución lógica y equitativa que, sin sacrificar la propiedad y la libertad, prestare suficiente atención a las exigencias de la vida social (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1973, 44-45). Las relaciones entre los derechos de los propietarios son, por definición, inviolables y absolutos y solo encuentran como límite la «necesidad social general y absoluta» (BONFANTE, 1932, 67-68 y 112), pues no existe ningún criterio lógico que defienda el beneficio del empresario siempre a costa de un perjuicio al afectado. El criterio de la necesidad social, cotidiana y civil, no industrial, sirve para frenar las «molestias antisociales de la nueva feudalidad de los señores de las fábricas y de los automóviles», si bien permitió elevar al grado de necesidad social el

funcionamiento de centros industriales vitales, lo que generó la duda de si esto establecía una primacía de la gran industria (VISINTINI, 1975, 34). Se ha criticado que el concepto de *necesidad social* es sumamente impreciso (ALONSO PÉREZ, 1994, 369 y 397), por lo que será necesaria la intervención judicial para su aplicación práctica.

B) Criterios de prohibición en el derecho civil español

La regla general en el derecho civil español, o mejor dicho según la jurisprudencia y la doctrina patrias, es la consistente en que no toda inmisión está prohibida y debe ser resarcida (ALGARRA PRATS, 1995, 282). La producción de ciertas inmisiones es hoy en día inevitable y resulta difícil, aunque necesario, encontrar el equilibrio entre el libre ejercicio del derecho y el respeto de los derechos de los demás (AMAT LLARÍ, 1989, 452), compatibilizando los intereses privados con las exigencias inevitables de la industria y de la producción (GONZÁLEZ-ALEGRE, 1967, 240). La ilegitimidad de la inmisión surge de la colisión entre dos derechos legítimos: la libre actividad y la libertad de exclusión, pues son las mismas necesidades sociales y económicas las que obligan al propietario a tolerar los daños no sustanciales, ya que estos se ven compensados por los beneficios generales que la actividad reporta a todos (ALGARRA PRATS, 1995, 272-273; AMAT LLARÍ, 1990, 86-87; CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil…», 1996, 14-15).

Será inmisión ilegítima aquella que alcance cierta entidad o nivel, que excede de las mínimas molestias o incomodidades que toda convivencia impone, que no hay obligación de soportar (ALGARRA PRATS, 1995, 388; ALONSO PÉREZ, 1994, 397 y 409-410; ÁLVAREZ LATA, «Tutela ambiental…», 2002, 1200; AMAT LLARÍ, 1990, 86; CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños…*, 1996, 59; DÍAZ ROMERO, *La protección…*, 2003, 33-35; MACÍAS CASTILLO, 1999, 1232; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, «Las relaciones…», 1995, 2164), basándonos en una tolerabilidad natural del hombre y de su entorno. El exceso de la inmisión es un concepto que determina la ilegitimidad de la misma, y es el equivalente al concepto inglés «*unreasonable*», francés «*excessif*» o al catalán «ilegítima». El juez tendrá en cuenta la costumbre del lugar, el tiempo y duración de la inmisión, y la naturaleza del lugar, las exigencias de la producción y la prioridad en el uso (DE MIGUEL PERALES, *Derecho español…*, 1997, 344), dependiendo de las circunstancias del caso (ALONSO PÉREZ, 1994, 344; AMAT LLARÍ, 1990, 86; ÁLVAREZ LATA, «Tutela ambiental…», 2002, 1200).

Desde el punto de vista de los efectos de la inmisión, serán tolerables aquellos daños o molestias que se refieran a menoscabos patrimoniales de tan poca entidad que, teniendo presentes los gravámenes que se impondrían sobre

el derecho del otro particular para que aquellos desaparecieran, no merecen ser protegidos por el ordenamiento jurídico. La tolerabilidad debe significar en la práctica que lo que debe ser soportado no son daños graves, sino los menos importantes (DE MIGUEL PERALES, *Derecho español…*, 1997, 344-345). Se ha alabado el criterio de la normal tolerancia como uno de los más respetuosos con los derechos de los vecinos, al no tener en cuenta las características de la actividad (NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997, 232).

Desde el punto de vista de la conducta, en Cataluña y Alemania se establece expresamente que las inmisiones serán legítimas siempre que la actividad que las causa se ajuste al uso normal, es decir, no implique un uso anormal o excesivo del derecho del agente causante (ALONSO PÉREZ, 1994, 409-410; CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil…», 1996, 14; HERNÁNDEZ GIL, 1985, 131[8]), o esté autorizada. El problema de este criterio estriba en conocer hasta dónde puede llegar la producción «normal» y por ello tolerable, y cuando, por excederse en la misma, pasa a ser «anormal» y por ello intolerable (GONZÁLEZ-ALEGRE, 1967, 240). El problema en el ordenamiento español es que el artículo 1908.2 del Código Civil se ubica en sede de responsabilidad civil, por lo que cuesta entender que se tenga en cuenta la actividad.

En nuestro país la mayoría de la doctrina aplica el criterio del uso normal y el de la normal tolerancia conjuntamente para determinar la inmisión excesiva (ALGARRA PRATS, 1995, 388 y 394; CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil…», 1996, 18-19; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, «Las relaciones…», 1995, 2164), a la vista de los artículos1908.2 del Código Civil (ALGARRA PRATS, 1995, 388 y 394) o 590 del Código Civil (HERNÁNDEZ GIL, 1985, 131), 1989, 452). Según esta teoría doctrinal, la inmisión excesiva tiene en cuenta, desde el punto de vista pasivo (efectos), la gravedad del daño o normal tolerabilidad del mismo: la intensidad y duración de la inmisión, los valores límite de inmisión, el tipo y la gravedad o entidad de los perjuicios, o el peligro de su causación. Por su parte, desde el punto de vista del sujeto activo (causante); se tiene en cuenta, de una manera genérica, su adecuación al uso habitual en la zona, el cumplimiento de las normas que regulan la actividad, en especial el sometimiento a los valores límite de emisión y el cumplimiento de medidas preventivas exigidas por los reglamentos o los usos del lugar, así como si la invasión excesiva era o no evitable.

No obstante, la prohibición del abuso del derecho ha sido bastante utilizada por la doctrina en materia de inmisiones: en unos casos nace de la propia existencia de un daño grave (AMAT LLARÍ, 1989, 452), al suponer una extralimitación del derecho de propiedad; en otros, en la mera existencia del daño, basado en la vulneración del principio general del *neminem laedere,* al afirmar que el abuso del derecho de una actuación aparentemente lícita por revestir todas las formalidades legales, deviene ilícita por la antisocialidad del acto, que se manifestará a través de la producción de un daño (LUQUÍN BERGA-

RECHE, 2005, 103); otros lo fundamentan en la extralimitación del derecho de propiedad que lesione intereses legítimos (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1990, 93; 1995, 31-49). Finalmente, también hay quien combina el uso razonable con la prohibición del abuso del derecho (AMAT LLARÍ, 1989, 452), aunque sea este último *ad abundantiam*[9]; o quienes compaginan el uso razonable con el criterio de la normal tolerabilidad (CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil…», 1996, 59; 1993, 1965), o con la necesidad social (ALONSO PÉREZ, 1996, 4786).

III. EL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA DE INMISIONES

1. Situación anterior a la entrada en vigor del artículo 7.2 del Código Civil

A) Subsunción de los actos de emulación en los actos abusivos

La doctrina del abuso del derecho fue evolucionando a lo largo del tiempo, alejándose de razones éticas o morales, hacia criterios que tienen en cuenta valores de solidaridad, incluso los derechos que por definición satisfacen intereses particulares, por cuanto atienden de alguna manera a fines sociales «más elevados» (JOSSERAND, 1927, 22 y sigs.), de manera que si se utiliza el derecho de propiedad con fines extraños a su interés legítimo, no le está permitido al titular causar daño a otro, pues el acto será ilícito por la dirección adoptada, el móvil y por la finalidad del propio derecho. Sin perjuicio de que el primero de estos actos inadmisible es el del *animus nocendi*, por cuanto esta conducta es antisocial y antijurídica por definición.

Desde el punto de vista subjetivo de la doctrina de la prohibición del abuso del derecho, la jurisprudencia francesa subsumió los actos emulativos en los actos abusivos a partir de la segunda mitad del siglo XIX, llevando la *aemulatio* (emulación) al terreno del ejercicio del derecho de propiedad, al margen de que exista o no relación vecinal (ALONSO PÉREZ, 1983, 375). De hecho, el abuso del derecho es una categoría más amplia que el de los actos de emulación, por cuanto se refiere también al ejercicio extralimitado o antisocial de un derecho subjetivo con daño para tercero, mientras que las relaciones de vecindad se centran en los titulares de derechos reales que pueden verse afectados por inmisiones (ALONSO PÉREZ, 1983, 394).

B) Etapas en el tratamiento jurisprudencial del abuso del derecho

La jurisprudencia española ha seguido cuatro etapas diferenciadas en tratamiento que ha dado al instituto de la prohibición del abuso del derecho: *i)*

inadmisión del principio romano «*qui suo iure utitur naeminem laedit*» («quien hace uso de su derecho no daña a otro»)[10]; *ii)* posteriormente, y relativizando el principio anterior, se produce una admisibilidad indirecta de un abuso en el ejercicio de los derechos en los casos en que se actúe de forma abusiva[11]; *iii)* admisibilidad explícita y directa, a partir de la cual nadie está obligado a soportar las consecuencias lesivas del uso anormal o abusivo del derecho de propiedad —o de cualquier otro derecho—, al reconocer la relatividad de los derechos subjetivos, poniendo los cimientos para la construcción de una teoría del abuso del derecho que sería recogida posteriormente en el artículo 7.2 del Código Civil tras la modificación del Código Civil de 1974[12]; *iv)* finalmente, se produce una actualización y matización de los principios y requisitos básicos que definen el abuso del derecho.

a) Del ejercicio del derecho como principio irreductible al abuso del derecho como límite general al ejercicio de los derechos

Con anterioridad a la STS de 14 de febrero de 1944, el principio de la prohibición del abuso del derecho se trataba como límite general al ejercicio de los derechos, hasta ser definitivamente asumido en dicha sentencia. El Tribunal Supremo no admitía el abuso del derecho, sino que aplicaba estrictamente el principio *qui iure suo itutur neminem laedit*, por el cual no puede incurrir en responsabilidad quien hace uso de su derecho al no causar daño (no se daba el supuesto de hecho del artículo 1902 del Código Civil). Poco a poco fueron viéndose atisbos de relativización de esta postura por el Tribunal Supremo, señalando que en todo caso el ejercicio de un derecho no es suficiente para excluir la indemnización de daños y perjuicios si dicho ejercicio es abusivo.

b) El abuso del derecho como equivalente a la inmoralidad o antisocialidad del acto. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944

A partir de la existencia de la STS de 14 de febrero de 1944[13], se admitió la vigencia y validez del principio de la prohibición del abuso del derecho, atribuyendo carta de naturaleza al ejercicio anormal de un derecho como fuente de responsabilidad civil al amparo del artículo 1902 del Código Civil. Tras la citada sentencia se relativizó el principio *qui iure suo itutur neminem laedit*, construyendo la doctrina y los requisitos del abuso del derecho y otorgando indemnización a los daños causados por el ejercicio abusivo, manifestado en forma objetiva o subjetiva. La doctrina mayoritaria siguió la línea marcada por la sentencia en cuestión, interpretando que el artículo 1902 del Código Civil no exige que el acto u omisión dañoso o culposo sea ilícito, es decir, fuera del ám-

bito de un derecho subjetivo, sino que exige solamente que haya sido realizado con culpa o negligencia, lo que equivaldría a la inmoralidad o antisocialidad en el abuso del derecho. Dice CALVO SOTELO (1917, 156, 173 y sigs.) que los números 2.º y 4.º del artículo 1908 del Código Civil contienen restricciones constitutivas del abuso del derecho por exceso en su ejercicio.

La sentencia estableció los elementos esenciales del abuso del derecho: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva —cuando hay intención de perjudicar o, simplemente, sin un fin serio y legítimo—, o en forma objetiva —cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho—. Esta resolución recondujo el abuso del derecho al artículo 1902 del Código Civil, basándose en que como este artículo no recoge el elemento antijurídico, este pasará a serlo el abuso del derecho. Coincide con el tratamiento que se hizo en el derecho francés de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho en sede de responsabilidad civil extracontractual. Posteriormente se aceptó que las intromisiones son ilegítimas cuando exceden de los límites impuestos por los criterios del *uso normal* del derecho del sujeto inmitente y de la *normal tolerancia* de la injerencia por parte del sujeto afectado (DÍAZ ROMERO, «Inmisiones y relaciones…», 2007, 370-371; ALGARRA PRATS, 1995, 371-374; DÍAZ BRITO, 1999, 71-76), para lo cual habrá que estar a los supuestos de hecho y a la normativa o usos locales de aplicación a cada caso concreto.

c) Concepción subjetiva, objetiva y mixta del abuso del derecho

La concepción subjetiva del abuso del derecho puede basarse en los siguientes criterios: en primer lugar, en la intención (elemento intencional o subjetivo) de perjudicar a otro sujeto (*animus nocendi*); en segundo lugar, en una acción culposa o negligente y, en tercer lugar, en la inexistencia de un interés serio o legítimo en el agente que justifique su actuación. El criterio basado en la culpa o negligencia se recogió en el ordenamiento francés, donde la jurisprudencia partió de la interpretación del artículo 1382 del *Code*, para considerar el ejercicio abusivo de los derechos como generador de responsabilidad civil por un uso excesivo de la propiedad. Se seguía el criterio de la culpa (*faute*) o el de la negligencia del agente causante del perjuicio como motivo de responsabilidad civil. Sin embargo, el problema derivado de las perturbaciones de vecindad (*troubles de voisinage*) pasará a solucionarse posteriormente a través de la solución específica conforme a la cual el propietario es responsable por las perturbaciones que exceden de los inconvenientes normales de vecindad.

CALVO SOTELO (1917, 101) dio cuatro razones de la insuficiencia del criterio subjetivo basado en la culpa: 1) el elemento psicológico es difícil de

probar (queda al arbitrio judicial); 2) parece consagrar que el único móvil de la conducta humana es la intención de dañar; 3) contradice el signo de la evolución socializadora del Derecho Civil, que tiende a desligarse de bases subjetivas; y 4) no ofrece a la labor judicial un referente objetivo de concreción. Por su parte, LUQUÍN BERGARECHE (2005, 193-194) ha indicado que el criterio basado en un interés serio y legítimo, si bien ofrece una mayor objetividad que la mera intencionalidad, deja olvidadas situaciones en las que, si bien no se presenta tal intencionalidad, sí se lesiona el interés de terceras personas o el de la sociedad en su conjunto, con un comportamiento contrario a la moral social, y contrariando fines económico-sociales para los que fue concebido el derecho.

La STS de 14 de febrero de 1944 recogió por primera vez una visión mixta del contenido del abuso del derecho, tanto subjetivo (manifestado en la intención de dañar o en el ejercicio del derecho sin un fin serio o legítimo), como objetivo (manifestado por el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)[14]. Se matiza así la inadmisibilidad característica de la primera fase jurisprudencial, indicando el Tribunal Supremo que no debe darse a esta máxima un alcance demasiado literal y absoluto. La interpretación debe realizarse a la luz de los principios constitucionales de protección de la dignidad de la persona humana, solidaridad y respeto a los derechos e intereses de los demás orientada a la búsqueda de la justicia del caso concreto, de acuerdo con la realidad social del momento en que las normas han de ser aplicadas (art. 3 del Código Civil). Existe una conciencia jurídica colectiva imperante en cada época que debe guiar la razón jurídica de las normas al objeto de adaptarlas a la realidad social. Serán finalmente los jueces los que tengan la labor de aplicar dichos principios al caso concreto al objeto de buscar y encontrar la solución más justa para cada caso concreto, sin que ello suponga una vulneración del principio de seguridad jurídica. La apreciación de este fin serio deberá confiarse a los jueces y tribunales, que deberán comprobar las normas de equidad, buena fe, buenas costumbre, orden público, etc., que mejor se adapten a las transformaciones económicas y sociales (LUQUÍN BERGARECHE, 2005, 224).

Con posterioridad a la STS de 14 de febrero de 1944 nadie estaba obligado a soportar las consecuencias lesivas del uso anormal o abusivo del derecho de propiedad, como fuente de responsabilidad *ex* artículo 1902 del Código Civil Se dijo que este artículo no exige que el acto u omisión dañoso o culposo sea ilícito, sino basta que haya sido realizado con culpa o negligencia, lo que equivaldría a la inmoralidad o antisocialidad en el abuso del derecho o, incluso, al exceso en el ejercicio del derecho (art. 1908.2 del Código Civil). Quien abusa de un derecho comete una falta en el ejercicio del mismo. Esta sentencia dijo que puede hablarse de abuso en el ejercicio de un derecho en varios sentidos: 1) como acto de emulación, es decir, sin utilidad propia y solo para perjudicar a los demás; 2) como forma anormal en cuanto a su intensidad; y 3) conduciendo a formas particularmente incómodas para los terceros, comprometiendo su

normal goce y creando una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias del mismo. Asimismo, se debía determinar si los derechos subjetivos habían de ejercerse guardando la debida concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico (el derecho objetivo). La sentencia considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando es abusivo, pues junto a los límites legales (o cuantitativos) de los derechos, existen otros límites de orden teleológico, moral o social (cualitativos), e incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad (GONZÁLEZ-ALEGRE, 1967, 133). La combinación entre el criterio subjetivo y objetivo del abuso del derecho implica la confrontación de un acto producto de una voluntad jurídica (aspecto subjetivo), con la función social de un derecho (aspecto objetivo): en forma subjetiva, cuando se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo; en forma objetiva, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (ALGARRA PRATS, 1995, 353)[15].

En materia de inmisiones en las relaciones de vecindad acabó imponiéndose la vertiente objetiva del abuso del derecho, basada en la inmisión excesiva, teniendo en cuenta el uso normal (causa) y la normal tolerancia (consecuencia). Entre los autores LUQUÍN BERGARECHE (2005, 193-194) prefiere la concepción objetiva del abuso del derecho, cuya antisocialidad en el ejercicio de los derechos será la causa determinante de la apreciación del abuso del derecho, y viene definida por la «contravención de la moral social» como conjunto de valores, creencias y convicciones compartidas por los miembros de una comunidad en un momento, y jurídicamente se traduce en el principio constitucional de solidaridad, que tiende a proteger los intereses legítimos de los ciudadanos que no pueden protegerse por derechos tipificados Para AMAT LLARÍ (1990, 83-84) la teoría del abuso del derecho se entiende en sentido objetivo como el ejercicio extralimitado de un derecho que proporciona la norma general idónea, por dos razones: la primera es que el libre ejercicio debe limitarse cuando lesiona el derecho de un tercero; la segunda es que prescinde de la culpa[16].

2. Plasmación del abuso del derecho en el artículo 7.2 del Código Civil

A) Configuración del abuso del derecho

a) Concepto y requisitos

En la actualidad, tras la aprobación del artículo 7.2 del Código Civil, la doctrina mayoritaria ha enumerado los requisitos del abuso del derecho en

(EVANGELIO LLORCA, «El límite…», 2000, 878-883; JORDÁ CAPITÁN, 2002, 271-273; LUQUÍN BERGARECHE, 2005, 210 y sigs.; MASFERRER DOMINGO, 2011, 1600-1601):

1) Es un acto inicialmente lícito, consistente en el ejercicio por acción u omisión, de una prerrogativa que el Derecho reconoce como derecho subjetivo (en el supuesto de una omisión siempre que exista una obligación de hacer).

2) La acción ha de sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho (ejercicio anormal del derecho): 2.1) El límite normal de un derecho se establece según las normas y costumbres de cada época, si bien no se refiere al ejercicio normal conforme a la legalidad, sino a la función socio-económica del derecho. 2.2.) «Manifiestamente», en el sentido de que la extralimitación sea patente y de cierta entidad para toda persona razonable, justa y equitativa. 2.3.) Se establecen tres pautas de valoración conforme a las cuales los tribunales deberán proceder a la calificación en cuanto a la posible «anormalidad» en el ejercicio del derecho. En su vertiente subjetiva se determinará por la intención del agente y en la objetiva por el objeto y circunstancias (JORDÁ CAPITÁN, 2002, 277)[17]: 2.3.1) La *intención del autor* (voluntad de perjudicar), bien porque el abutente persiga directamente la causación del perjuicio, bien porque tenga conocimiento de las consecuencias perjudiciales de su conducta, y aún con ello, continúe con su actuación. La intención no deberá confundirse con el dolo o culpa de la responsabilidad civil (EVANGELIO LLORCA, «El límite…», 2000, 879), o la ausencia de un fin legítimo (finalidad político social y función social de los derechos). 2.3.2) El *objeto de la actuación*, que alude bien a la finalidad satisfactoria que el ejerciente persigue, que se da cuando la finalidad del ejerciente no coincide con aquella para la que el derecho ha sido creado, o bien por apurar demasiado las ventajas que aquel es susceptible de proporcionar. 2.3.3) Las *circunstancias* que rodean o acompañan al ejercicio del derecho (en un sentido más o menos amplio, que abarca el lugar, las personas, el ambiente, el tiempo, etc.).

3) Ha de causarse un daño para tercero, un bien o interés protegible no protegido por una específica prerrogativa jurídica, derivado de la naturaleza excepcional del artículo 7.2 del Código Civil (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001, 5258-5269). El resarcimiento obedecerá a una responsabilidad objetiva. Para el cálculo de la indemnización habrá que acudir a los principios generales del Derecho. No obstante, no toda la doctrina se muestra proclive a este requisito, lo que puede otorgar viabilidad a la tutela preventiva del daño (LUQUÍN BERGARECHE, 2005, 215-216)[18] cuando se deduzca un peligro manifiesto en la producción del daño en el supuesto de que no se adopten las medidas adecuadas. No obstante, la acción negatoria o la interdictal también pueden tener efectos preventivos de tutela civil, si bien se le achaca un excesivo anclaje patrimonial. Finalmente, habrá que probar la relación de causalidad entre el abuso y el daño.

b) Medidas a solicitar ante un abuso del derecho

En virtud del artículo 7.2 del Código Civil, las consecuencias del acto abusivo son la indemnización del daño causado y la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Las medidas judiciales se adoptarán mediante resolución judicial con condena a hacer o no hacer. Las medidas administrativas se adoptarán por la autoridad administrativa (el art. 7.2 es de remisión).

La tutela de evitación de ulteriores daños pretende evitar la producción de más daños una vez causado/s, siendo especialmente útil en la evitación de daños a la salud, al ser esta un bien primario de la persona tutelado constitucionalmente (EGEA FERNÁNDEZ, 1996, 331). En esto se diferencia de las medidas preventivas puras, en cuanto estas se aplican para prevenir el daño aun no producido. Es doctrina mayoritaria que la tutela de inhibitoria (acción negatoria) o de evitación es una consecuencia lógica de la reclamación contra un acto dañoso ilícito o antijurídico, pues sería absurdo continuar soportándolo (CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad civil…», 1996, 25-28). De lo contrario, el principio «el que contamina paga», se convertiría en «el que paga contamina» (CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1999, 154).

PARRA LUCÁN (1992, 155) señala que la condena a adoptar estas medidas preventivas de ulteriores daños se funda en la teoría del abuso del derecho. Ello requiere, según el autor, una interpretación correctora del artículo 590 del Código Civil ya que literalmente solo se pueden pedir medidas correctoras cuando se ha incumplido el mismo. Por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ (1999, 154) apoya este tipo de acción en los artículos 590 y 7.2 del Código Civil. No obstante, la tutela de evitación o inhibitoria de futuros daños en sede de inmisiones excesivas y nocivas se ha venido apoyando más en el artículo 1908.2 del Código Civil (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 2000, 152; PARRA LUCÁN, 2008, 867; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, 1992, 894-896) y en el artículo 1902 del Código Civil (ALONSO PÉREZ, 1996, 4794), o en ambos (ALGARRA PRATS, 1995, 418-119 y 439-441; EGEA FERNÁNDEZ, 1994, 22-23), o en el artículo 1106 del Código Civil (SANTOS MORÓN, 2003, 3021), que en la doctrina del abuso del derecho *ex* artículo 7.2 del Código Civil Con base a estos fundamentos, la reparación en forma específica consiste en eliminar la causa del daño, constituyendo la forma natural y primera de indemnización, mediante la adopción de medidas correctoras que hagan cesar la fuente originadora del daño, aminorando o eliminando los efectos nocivos de la fuente causante del daño (ALGARRA PRATS, 1995, 418-119 y 439-441, o reduciéndolas a la normal tolerabilidad (BORDOLI ETCHAMENDI, 2007, 657), con medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones personales o patrimoniales.

c) Finalidad y utilidad de la figura

Con la aplicación de la doctrina del abuso del derecho se busca alcanzar la protección de intereses sociales frente a conductas lesivas producidas como consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo (como ocurre en las relaciones de vecindad). Regula un tipo de conducta que la opinión social preponderante considera no solo dañinas contra las cosas, sino verdaderamente lesivas a la vida humana. MORENO TRUJILLO (1991, 159) lo considera «un instrumento eficaz para la compaginación de las normas jurídicas a los nuevos planteamientos, sociales, económicos, políticos, filosóficos y culturales que impregnan nuestra comunidad».

Asimismo, aparte de la indemnización de los daños causados, podrá solicitarse la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso y la consiguiente producción de nuevos daños (ALGARRA PRATS, 1995, 356; ALONSO PÉREZ, 1994, 416). Además, JORDÁ CAPITÁN (2002, 277-279) entiende que en la vertiente preventiva el abuso del derecho tiene una perfecta aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que no se cuenta con una protección específica del interés o del derecho a un medio ambiente adecuado más allá de la mención al artículo 45.1 CE; si bien no tanto en el caso de que el daño haya acaecido, por cuanto se aplicaría preferentemente la acción de responsabilidad civil. No obstante, creo que no debería entenderse la vertiente «preventiva» en ausencia del daño, sino como se ha indicado, como medidas de evitación de ulteriores daños.

Finalmente, la aplicación de este instituto sirve como principio informador de las relaciones de vecindad, por cuanto aparece configurado como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos, incluido el de propiedad (ALGARRA PRATS, 1995, 356; AMAT LLARÍ, 1990, 83-85). Es de gran utilidad para determinar la ilicitud del acto de la inmisión cuando el mismo sea provocado por actividades que, aun en cumplimiento de lo establecido en la normativa reguladora de la actividad y en las licencias o autorizaciones provoque inmisiones excesivas producto del uso normal de la actividad, e incluso ajustándose al uso normal de la actividad cuando provoque daños que no se tiene el deber jurídico de tolerar, al producir daños desproporcionados según la tolerancia normal. Es decir, la aplicación del artículo 7.2 del Código Civil puede servir para determinar la conducta de la industria que contamina cuando esta cause daños objetivamente desproporcionados, basado en la normal tolerancia en los daños personales y el uso normal en los patrimoniales. La teoría del abuso del derecho, entendida en sentido objetivo, supone un ejercicio extralimitado de un derecho (AMAT LLARÍ, 1990, 83-85). Dado que no existe referencia expresa alguna al límite de la «normal tolerancia» que permita una elaboración doctrinal sistemática del fenómeno de la inmisión, todo acto u omisión dañosa que subjetivamente (por la intención de su autor), u objetivamente (por el objeto o por las circuns-

tancias en que se realice), sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, y no estén previstos por normativa específica aplicable, esconde un manifiesto e implícito abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil (ALONSO PÉREZ, 1983, 393-394; AMAT LLARÍ, 1989, 452; MORENO TRUJILLO, 2006, 483), pues no debe ser soportado un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad derivado de la ley, de las costumbres o del criterio de la tolerancia normal determinado por lo que es normalmente consentido por la conciencia social.

B) El abuso del derecho aplicado a las inmisiones vecinales

a) ¿Aplicación subsidiaria, a falta de norma específica?

Un sector doctrinal opina que a falta de norma específica, la aplicación de la prohibición del abuso del derecho sirve como principio regulador de las inmisiones (AMAT LLARÍ, 1990, 83 y sigs.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001, 184; MACÍAS CASTILLO, 2004, 104; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2000, 17-34; MORENO TRUJILLO, 1991, 142-143; NIETO ALONSO, 2001, 1621; PARRA LUCÁN, 1992, 118 y sigs.). Otros permiten su aplicación a mayor abundamiento (ALONSO PÉREZ, 1996, 4794-4795).

Se ha venido negando la aplicación de la prohibición de abuso del derecho en materia de inmisiones vecinales afirmando que la disciplina de las mismas se regula en los artículos 590 y 1908 del Código Civil (EVANGELIO LLORCA, «El límite…», 2000, 887-888; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ. *La responsabilidad civil…*, 1995, 296-297), basándose en que el abuso del derecho se aplica únicamente a aquellos supuestos en los que el bien o el interés jurídico lesionado no goce de ningún otro tipo de protección específica como la que ofrecen los artículos citados (DÍAZ ROMERO, *La protección*, 2003, 86; PARRA LUCÁN, 2006, 11), así como en aquellos casos en que no pueda darse la obligación de reparar un daño sin que haya habido culpa en el sujeto agente, cosa que no sucede en los daños al medio ambiente, donde se hace abstracción del elemento culposo. Por ejemplo, DE MIGUEL PERALES (*La responsabilidad…*, 1997, 131), dice que en los supuestos de daños al medio ambiente, además de hacerse abstracción del elemento culposo, habrá siempre una norma específica que proteja tales intereses, ya sea a través de los artículos 1902 del Código Civil o 1908, de cualesquiera de las normas ambientales especiales o, en última instancia del artículo 45 CE. Según NAVARRO MENDIZÁBAL (1997, 117 y sigs.) el abuso del derecho no es un principio regulador de las relaciones de vecindad, por cuanto su característica principal es la de servir de defensa de intereses no especialmente protegidos por ninguna prerrogativa jurídica y no contiene en su formulación el dato fundamental de la relación de vecindad. No obstante, dice LUQUÍN BERGARECHE (2005,

179 y 205) que el abuso del derecho deberá posponerse cuando exista otra figura específica que sea aplicable al caso (acción negatoria, antiguos interdictos, etc.), pero en otros casos será la presencia de intereses protegibles (*ex* arts. 24 y 45 CE) y no de derechos patrimoniales (posesión o propiedad), la que requiera la protección del ordenamiento jurídico, no olvidando que en la mayoría de supuesto estos intereses serán difusos y no fácilmente individualizables en las personas, lo cual conllevará a problemas procesales a los que habrá de darse solución. En mi opinión, los daños a las personas están cubiertos por el artículo 1908.2 y el 1902 del Código Civil, pero no recogen legitimación activa colectiva (aunque tampoco lo haga el art. 7.2 del Código Civil).

Dice DÍAZ BRITO (1999, 58-59) que el obstáculo que supone la invocación del abuso del derecho es la escasa nitidez de los contornos de esta figura, pasando por la difícil aplicación de su vertiente subjetiva, en la que hay que demostrar el *animus nocendi*, o en el objetivo, por cuanto su campo de aplicación es mucho más amplio que el criterio del uso normal utilizado en sede de la propiedad fundaria, que los hace incompatibles a pesar de sus semejanzas. Según este autor «el precepto permitiría, de aplicarse al problema de las inmisiones, salvar la ausencia de normativa específica sobre la cuestión, fundamentando la adopción de remedios resarcitorios o inhibitorios».

La STS de 14 de febrero de 1944 aplicó directamente el artículo 1902 del Código Civil, si bien lo hizo ante la inexistencia del tenor actual del artículo 7.2 del Código Civil. Según DE MIGUEL PERALES (*La responsabilidad…*, 1997, 121-124), si bien la sentencia acudió acertadamente al concepto del abuso del derecho para poder imponer el deber de reparar el daño causado, «hoy esto ya no sería necesario, en cuanto que se ha aceptado la existencia de una responsabilidad civil objetiva aplicable a ciertas áreas de la actividad humana». Además, según el autor, desde una perspectiva de política legislativa, al estar prohibido dañar el medio ambiente, la consecuencia legal del daño deberá ser el resarcimiento del daño por la responsabilidad, dado que no se abusa de un derecho que no existe, pues como punto de partida nadie tiene derecho a contaminar. En materia de responsabilidad civil ambiental hay un instituto jurídico que puede aplicarse específicamente a este tipo de daños, cuyo supuesto de hecho y efectos jurídicos se puede asimilar a los del abuso del derecho, al menos en lo que se refiere a los supuestos de responsabilidad objetiva, por lo que no se puede decir, en puridad —dice—, que este tipo de daños no estén regulados por una específica prerrogativa jurídica: la de la responsabilidad civil extracontractual, de aplicación prevalente en este tipo de daños, ya que es inaceptable la admisión de redundancias en nuestro ordenamiento jurídico. Dice el autor que producido un daño habrá que indagar si puede ser reparado en virtud de alguna ley especial o, en su defecto, en virtud del artículo 1902 del Código Civil; si la respuesta es negativa podremos aplicar el artículo 7.2 del Código Civil. En cualquier caso —afirma el autor—, dado que cualquier interés relativo al medio ambiente está

protegido por el artículo 45 CE y por la legislación de desarrollo, el artículo 7.2 del Código Civil no será nunca aplicable, ya que nunca se tratará de un interés jurídicamente desprotegido. Además, el abuso «objetivo» del derecho está cubierto por el artículo 1908 del Código Civil, leyes especiales, así como por la jurisprudencia del TS, que ha creado una teoría objetiva de responsabilidad.

Dice EVANGELIO LLORCA (*La acción negatoria…*, 2000, 65) que el Tribunal Supremo en muy contadas ocasiones aplica la doctrina del abuso del derecho, si bien cuando lo hace es a mayor abundamiento, o incluso como mero adorno jurídico (u *obiter dictum*) por cuanto las consideraciones y consecuencias jurídicas suelen reconducirse a la responsabilidad civil extracontractual u otros institutos jurídicos (por ejemplo, la STS de 19 de julio de 2006). No obstante, la STS de 3 de diciembre de 1987, que trata de la Sociedad «Central Térmica del Foix» cuya actividad, según el juez, sobrepasó manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero (art. 7.2 del Código Civil). Según la sentencia, si la defensa de la relación intervecinal lesionada por inmisiones extralimitadas no encuentra su apoyo en normas concretas puede acudirse como remedio eficaz a la doctrina del abuso del derecho, siempre que las inmisiones propagadas a las fincas vecinas hieran intereses de particulares dignos de tutela por el artículo 7.2 del Código Civil. La SAP de Cuenca de 10 de mayo de 2000, en un asunto de inmisiones inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, asocia la superación de los límites de lo tolerable con el ejercicio anormal del derecho.

b) El abuso del derecho como criterio de ilicitud de las inmisiones. Coordinación con el criterio del uso normal y de la normal tolerancia

Un sector importante de la doctrina relaciona la doctrina del abuso del derecho con el criterio del uso normal de la actividad, incluso también con el criterio de la normal tolerancia, y, en general, para determinar la ilegitimidad de las inmisiones a través de los artículos 590 y 1908.2 del Código Civil. La superación de este límite supondrá la consideración de que la conducta causante del daño es antijurídica. Entre los autores, NIETO ALONSO (2001, 1620-1621) dice que el abuso del derecho podrá aplicarse en defecto de regulación expresa, conjuntamente con los artículos 590 y 1908.2 y 4 del Código Civil para ayudar a determinar el concepto de «humos excesivos» del artículo 1908.2 del Código Civil. Según ALONSO PÉREZ (1994, 416) serán los tribunales los que deberán valorar cuáles son los límites normales en el ejercicio del derecho, para lo que deberán atender a las normas administrativas, a los usos del lugar o a dictámenes periciales (art. 590 del Código Civil). CABANILLAS SÁNCHEZ (1991, 13) dispone que «El carácter antijurídico de las inmisiones que exceden del índice de la normal tolerancia es confirmado por la aplicación del artículo 7.2 del Código Civil sobre

el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (STS de 3 de diciembre de 1987)». Según CÁRCABA FERNÁNDEZ (1999, 153-154), el artículo 7.2 del Código Civil sirve para determinar cuándo las inmisiones son abusivas, es decir, sobrepasan el límite de la tolerabilidad normal —que se encuentra en el espíritu del artículo 590 del Código Civil—, y para decidir si las inmisiones denunciadas entran dentro del concepto de «humos excesivos» del artículo 1908.2 del Código Civil[19]. DÍAZ ROMERO («Inmisiones y relaciones de vecindad…, 2007, 371) ha afirmado que el principio del abuso del derecho permite declarar la ilicitud de intromisiones molestas o insalubres, y tiene su concreción normativa en los artículos 590 y 1908 del Código Civil y en las leyes especiales. El ejercicio de la actividad industrial que produzca inmisiones que lesionen derechos subjetivos o intereses particulares en la medida no tolerable por la normativa vigente o por el uso social, constituyen un claro abuso del derecho. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN (2001, 184) defienden la tesis de acudir a la doctrina de la prohibición del abuso del derecho al señalar que cuando nuestro Código Civil (art. 1908.2.º del Código Civil) señala la obligación de indemnizar el daño causado por razón de «*humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades*» recoge imperfectamente la vieja teoría de las «inmisiones», al no explicar si los humos han de ser solo excesivos respecto a la normal tolerancia o respecto al uso normal del medio. Puede resultar acertado el entronque entre las inmisiones producidas en el marco de los artículos 590 y 1908 del Código Civil con la figura del abuso del Derecho (art. 7.2 del Código Civil), por cuanto a falta de referencias expresas en dichos artículos a criterios como «uso normal», «normal tolerancia» u otros que nos permitan elaborar una elaboración sistemática doctrinal del mismo, se hace necesario que acudamos al abuso del derecho en relación a aquellas inmisiones que excedan los estándares de normal tolerancia (TEJEDOR MUÑOZ, 2008, 1827).

Dice ALGARRA PRATS (1995, 390-391, 395-396) que el análisis del uso normal tiene en cuenta tanto el tipo de uso individual del fundo, como la adecuación del mismo al uso local. Este análisis se realizará comparando el aprovechamiento de la finca con el de otras incluidas en una zona (*Geprägetheorie*) teniendo en cuenta las normas urbanísticas, si bien a modo meramente indicativo, pues en sede judicial civil hay que estar al análisis del estado fáctico de la zona en cuestión, que tendrán en cuenta: 1) la adecuación al uso local de la actividad (modo de utilización), teniendo en cuenta el aprovechamiento parecido al de otras fincas, es decir, que son explotadas de un modo similar; 2) la adecuación de la actividad en cuanto a sus efectos (intensidad), teniendo en cuenta el aprovechamiento de la finca que no provoque inmisiones más intensas.

Siguiendo a NAVARRO MENDIZÁBAL (1997, 111) existe una relación del abuso del derecho en su vertiente objetiva con la doctrina del uso normal, ya que «el abuso es exceso, y este tiene como medida la normalidad», aunque existen diferencias: 1) el criterio del *uso normal* supone una superación de los actos de emulación, puesto que serán ilícitas las inmisiones que, aunque no

supongan intención de dañar, procedan de un uso extraordinario o excedan de las necesidades y la esfera de la vida normal. 2) Cualquier molestia que provenga de un uso anormal es ilegítima, mientras que en el abuso del derecho se requiere que se sobrepase manifiestamente la normalidad, causando un daño intolerable. En toda relación vecinal afectada por inmisiones que exceden de la normal tolerancia se esconde un manifiesto abuso del derecho (CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación…*, 1996, 79-80; MORENO TRUJILLO, 1991, 79-80). 3) El abuso no impone ninguna forma del ejercicio del derecho, mientras que el *uso normal* sí, pues se exige una actuación inocua o, en su defecto, normal.

En parecido sentido, otros autores han afirmado que la ilicitud de las inmisiones se determina a través de la doctrina del abuso del derecho cuando se produce un daño grave, pues en ese momento el ejercicio del derecho es objetivamente abusivo (ALONSO PÉREZ, 1983, 393-394; AMAT LLARÍ, 1989, 452). El daño grave se determinará de forma objetiva, atendiendo a la prolongación y persistencia en el tiempo de las molestias e incomodidades, al alto número de sujetos afectados, a los valores límite de inmisión, y al tipo de daño (YANGUAS MONTERO, 2006, 131).

Por otro lado, hay quien relaciona el principio general del *alterum non laedere* (no causar daño a otro) con el de la prohibición del abuso del derecho, al decir que una inmisión es antijurídica cuando supone una extralimitación del Derecho de propiedad objetivamente abusiva que lesione intereses particulares legítimos (AMAT LLARÍ, 1990, 86; TEJEDOR MUÑOZ, 2008, 1827). Se justifica con base a que cuando al amparo de autorizaciones y normas administrativas una actividad produce un daño, queda puesto de manifiesto la insuficiencia de dichas medidas, por lo que el daño producido no podrá considerarse lícito (CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación…*, 1996, 80; JORDANO FRAGA, 1995, 496-509). Se ha justificado la aplicación de esta regla siempre que las industrias provocan daños intolerables (CÁRCABA FERNÁNDEZ, 1999, 175).

Algunos autores niegan que la doctrina del abuso del derecho aporte, por sí solo, un criterio determinante en materia de inmisiones. Entre estos autores, ALGARRA PRATS (1995, 356-357) cree «que explotar normalmente un establecimiento fabril o industrial no puede considerarse abuso de un derecho, y sin embargo, de una explotación realizada sin excesos (y, por supuesto, sin intención de dañar y con un fin serio y legítimo), sin sobrepasar los límites del ejercicio del derecho, pueden derivarse inmisiones cuya tolerancia o intolerancia, en la ponderación de intereses que ha de hacerse, será necesario juzgar para conceder los oportunos mecanismos de protección en este último caso; en este juicio, el principio de prohibición del abuso del derecho deviene inadecuado y aunque deba presidir en última instancia toda la materia de las relaciones de vecindad, como principio informador e incluso como criterio de solución en algunos casos, la particular disciplina de las inmisiones debe ceder el juego principal —y casi único— a los criterios específicamente formulados a tal efecto, que se concretan fundamentalmente en las teorías del uso

normal y de la normal tolerancia». Asimismo, MACÍAS CASTILLO (2004, 109) critica el peligro que supone legitimar conductas que por sí solas son ilícitas. El autor no cree que «deba partirse de la idea de que exista un derecho a causar inmisiones por encima del límite de tolerabilidad exigible. Esta causación de inmisiones molestas, más que un exceso en el ejercicio de un derecho propio, debe ser considerada, desde la perspectiva de quien lo padece, como una violación de los demás a gozar de un mínimo de tranquilidad y descanso».

c) El arbitrio judicial y la teoría de la equidad aplicados al abuso del derecho

Ante la falta de criterios precisos, el del arbitrio judicial sirve para resolver los conflictos de vecindad en materia de inmisiones (ALGARRA PRATS, 1995, 374), incluido el abuso del derecho, en función de cuales sean las necesidades sociales en cada momento. Desde la perspectiva civil de las relaciones de vecindad no se dispone de un criterio cuantitativo que nos sirva para determinar qué inmisiones deben tolerarse y qué otras pueden hacerse cesar, por lo que el juez normalmente, se guiará por los estándares administrativos contenidos para algunos tipos concretos de inmisiones, en las distintas normas que fijan unos valores límite de emisión e inmisión que facilitan la tarea y pueden servir de indicador respecto de su tolerabilidad, plasmación necesaria de la aproximación del derecho civil y administrativo (EGEA FERNÁNDEZ, 1996, 350).

En Navarra, la *racionalidad del uso* se determinará en cada caso concreto en función de las *necesidades de cada finca*, el *uso del lugar* (general y local) y la *equidad,* así como normas de cualquier índole y territorialidad[20]. La *equidad* exige la adaptación del derecho a las circunstancias en que ha de ser ejercitado y el objetivo de la naturaleza, contenido y función propia de cada derecho que enlaza con el Derecho natural y con los criterios éticos que conectan el abuso del derecho con los principios de buena fe y la equidad, enfocado principalmente a la incidencia domiciliaria de quien sufre las inmisiones, el derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito de su domicilio (art. 18 CE), así como la calidad de vida (art. 45), la protección de la salud (art. 43) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47)[21]. El criterio del abuso del derecho aplicado en la equidad atenderá a los efectos de las inmisiones.

d) Causas de justificación. Relación del artículo 7.2 del Código Civil con el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad y las licencias o autorizaciones

Entre las causas de justificación —eliminan la antijuridicidad del obrar— o entre los supuestos de «daño justificado» —desaparecen la «injusticia del

daño»—, se menciona el ejercicio de un derecho (*qui iure suo utitur neminem laedit*), sin perjuicio de otras causas de justificación generales[22]. Según este principio, si el ejercicio es regular (no excesivo o no abusivo), no puede constituir como ilícito ningún acto. Los límites del ejercicio se pueden encontrar en la ley, en los principios generales o en las costumbres. Es decir, el uso del derecho no genera responsabilidad salvo que se convierta en abuso del mismo (art. 7.2 del Código Civil), o que haya colisión de derechos (1908.2 del Código Civil).

Por otra parte, es doctrina consolidada la que afirma que no será obstáculo para la aplicación de los medios de tutela civil el que la actividad se viniera desarrollando con observancia de las normas y medidas administrativas requeridas al efecto (PARRA LUCÁN, 2011, 947), y/o según licencia o autorización, pues el acatamiento y o observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados[23], ni alteran la responsabilidad de quienes las cumplen cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar eventos lesivos[24], ya que si aquellos contemplan intereses públicos sociales esta resguarda el interés privado exigiendo el resarcimiento del daño y, en su caso, la adopción de medidas para ponerle fin[25]. En el caso de que se haya producido un daño efectivo como consecuencia de la inmisión es posible la solicitud de medidas correctoras, de cesación y de abstención de otras futuras independientemente de que el causante haya cumplido con la normativa reguladora de la actividad (EVANGELIO LLORCA, *La acción negatoria…*, 2003, 81-82). El cumplimiento de la normativa administrativa no marca el límite para deducir la responsabilidad *ex* artículo 1908 del Código Civil (SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, «Las relaciones de vecindad…», 1995, 2164 y sigs.). La responsabilidad se fundamenta en la producción de un daño que no hay obligación de tolerar, cuyo cese exige la adopción de las necesarias medidas correctoras para reducir las inmisiones a lo reglamentariamente previsto, sin que ello suponga un control de la legalidad por la vía civil, si bien la acción de cese y/o de imposición de medidas correctoras será posible siempre y cuando el juez no revise la licencia que legitime la actividad. Algún fallo judicial se ha opuesto a este motivo alegando que existen supuestos en los que la causación del daño o perjuicio solo se consigue con el cese o fin de la actividad industrial[26]. El daño injusto no se hace depender del cumplimiento de las normas administrativas, sea por aplicación del principio *alterum non laedere* —en su vertiente más objetiva— o en materia de inmisiones *ex* artículo 1908.2 ó 7.2 del Código Civil. En cambio, en otros ordenamientos (italiano, alemán, catalán, etc.) sí es posible la existencia de inmisiones «lícitas» dañosas.

IV. CONCLUSIONES

I. En ocasiones, las industrias causan daños a las personas o a las propiedades a pesar de haber cumplido con los reglamentos, licencias o autorizaciones. Cuando sucede esto, el derecho surge en defensa de los particulares perjudicados por un daño que no tienen la obligación de soportar, según que la inmisión sea excesiva (art. 1908.2 del Código Civil) o a que la conducta que lo causa sea abusiva (art. 7.2 del Código Civil). Quien abusa de un derecho comete una falta en el ejercicio del mismo, en forma de dolo, exceso en el uso de la actividad o en la desproporción de los resultados con respecto a la utilidad y finalidad del ejercicio del derecho. Junto a los límites legales (o cuantitativos) de los derechos, existen otros límites de orden teleológico, moral o social (cualitativos), por lo que incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad.

II. Se ha apuntado que en materia de inmisiones, el abuso del derecho nace de: la propia existencia de un daño grave, al suponer una extralimitación del derecho de propiedad; la mera existencia del daño, basado en la vulneración del principio general del *neminem laedere,* por la antisocialidad del acto que se manifestará a través de la producción de un daño; la extralimitación del derecho de propiedad que lesione intereses legítimos, basándose en un uso anormal de la propiedad; o incluso en la equidad, dentro del análisis del uso razonable de la conducta. En mi opinión, cualquier fórmula es válida si lo que se trata es de determinar objetivamente la extralimitación del ejercicio del derecho: como forma anormal en cuanto a la intensidad de la inmisión, o como formas particularmente incómodas para los terceros, comprometiendo su normal goce y creando una desproporción objetiva entre la utilidad y uso del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias del mismo.

III. El abuso del derecho en materia de inmisiones cumple con solvencia una triple finalidad. En primer lugar, se consigue la protección de intereses sociales frente a conductas lesivas producidas como consecuencia del ejercicio de un teórico derecho subjetivo, al regular un tipo de conducta que la opinión social preponderante considera dañinas contra las cosas o lesivas a las personas, según los nuevos planteamientos, sociales, económicos, políticos, filosóficos y culturales que impregnan nuestra comunidad, en aras a salvaguardar la calidad de vida, el derecho a un medio ambiente adecuado y la salud de las personas. En segundo lugar, sirve para solicitar la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso y la consiguiente producción de nuevos daños. En tercer lugar, sirve como principio informador de las relaciones de vecindad, por cuanto aparece configurado como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos, incluido el de la propiedad.

IV. En el ámbito de las inmisiones, la prohibición del abuso del derecho ha de servir para determinar el elemento de una correcta vecindad que evite la producción de inmisiones excesivas y daños intolerables. Ya no basta con que la actividad industrial que provoca inmisiones cumpla con las normas administrativas, o incluso con el uso normal de la actividad teniendo en cuenta los usos locales. Es necesario llegar a una situación de equidad entre vecinos, que exige la adaptación del derecho a las circunstancias en que ha de ser ejercitado y el objetivo de la naturaleza, contenido y función propia de cada derecho que enlaza con el Derecho natural y con los criterios éticos que conectan el abuso del derecho con los principios de buena fe y la equidad, enfocado a la incidencia domiciliaria, el derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito de su domicilio (art. 18 CE), así como la calidad de vida (art. 45), la protección de la salud (art. 43) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47).

V. JURISPRUDENCIA

Sala Primera de lo civil del Tribunal Supremo

- STS de 11 de julio de 1908 (Numroj. 201/ 1908), Ponente: Camilo MARÍA GULLÓN.
- STS de 18 de mayo de 1931 (Numroj. 1922/1931), Ponente: José OPPELT GARCÍA.
- STS de 5 de julio de 1929 (Numroj. 1075/1929), Ponente: Luis IBARGUEN.
- STS de 13 de junio de 1942.
- STS de 14 de febrero de 1944 *(RJ* 1944, 293), Ponente: no consta.
- STS de 23 de diciembre de 1952 *(RJ* 1952, 2673), Ponente: no consta.
- STS de 12 de diciembre de 1980 *(RJ* 1980, 4747), Ponente Jaime DE CASTRO GARCÍA.
- STS de 17 de marzo de 1981 *(RJ* 1981, 1009), Ponente: Jaime SANTOS BRIZ.
- STS de 14 de julio de 1982 *(RJ* 1982, 4237), Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS.
- STS de 31 de enero de 1986 *(RJ* 1986, 444), Ponente: Jaime DE CASTRO GARCÍA.
- STS de 3 de diciembre de 1987 *(RJ* 1987, 9176), Ponente: Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGEROA.
- STS de 13 de junio de 1988 *(RJ* 1988, 4872), Ponente: Manuel GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO.
- STS de 16 de enero de 1989 *(RJ* 1989, 101), Ponente: Manuel GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO.

- STS de 27 de octubre de 1990 *(RJ* 1990, 8053), Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.
- STS de 16 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5393), Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA.
- STS de 15 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 2284), Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- STS de 24 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 3727), Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- STS de 7 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 2743), Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- STS de 30 de mayo de 1997 *(RJ* 1997, 4331), Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.
- STS de 2 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 1003), Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.
- STS de 16 de enero de 2002 *(RJ* 2002, 8), Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL.
- STS de 14 de marzo de 2005 *(RJ* 2005, 2236), Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.
- STS de 19 de julio de 2006 *(RJ* 2006, 4731), Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA.
- STS de 2 de noviembre de 2007 *(RJ* 2008, 13); Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS.

SALA DE LO CIVIL Y LO PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 1399), Ponente: D. Ponç FELIU I LLANSA.
- STSJ de Navarra de 3 de mayo de 2004 *(RJ* 2004, 3724), Ponente: D. Fco. Javier FERNÁNDEZ DE URZAINQUI.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 1996 *(AC* 1996, 2258).
- SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2414).
- SAP de Cuenca de 10 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 2554).
- SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 117480).
- SAP de Badajoz de 25 de octubre de 2004 *(AC* 2004, 1895).
- SAP de Islas Baleares de 31 de octubre de 2006 *(AC* 2006, 1907).
- SAP de Principado de Asturias de 8 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008, 67179).

- SAP de Córdoba de 23 de diciembre de 2009 *(JUR* 2009, 200426).
- SAP de Principado de Asturias de 2 de junio de 2011 *(AC* 2011, 1351).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E. (2000). Responsabilidad por daños causados por inmisiones en el Código Civil español y la protección frente a humos, ruidos, olores y similares perturbaciones entre vecinos. En J. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid, Dykinson, pp. 637-644.

— (1995). *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*. Madrid: Mc Graw-Hill.

ALONSO PÉREZ, M. (1996). La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas. En J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Derecho Civil y Derecho público. Madrid, Civitas, pp. 4783-4806.

— (1994). La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas. *Actualidad civil*, núm. 2, 385-427.

— (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 2, 357-395.

ÁLVAREZ LATA, N. (2002). El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I). *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 773-840.

— (2002). Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad. *Actualidad Civil*, núm. 4, 1195-1211.

AMAT LLARÍ, E. (1990). La regulación de las inmisiones en el Código Civil. En *Centenario del Código Civil*, t. I, Asociación de profesores de Derecho Civil. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 73-79.

— (1989). Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989 (Relaciones de vecindad. Industria molesta). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, 449-456.

BONFANTE, P. (1932). *Las relaciones de vecindad*. Madrid: Reus.

BORDOLI ETCHAMENDI, C. R. (2007). Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad, segunda parte. *Anuario de Derecho civil uruguayo*, núm. 38, 649-658.

— (2006). Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad, primera parte. *Anuario de Derecho civil uruguayo*, núm. 37, 545-554.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996). *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi.

— (1996). La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente. *Anuario de Derecho Civil*, vol. núm. 49, núm. 1, 5-74.

— (1995). La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales. El problema de la relación de causalidad. *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 15, 31-52.

— (1993). La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a las sentencias del TS de 15 de marzo de 1993). *Anuario de Derecho Civil*, vol. núm. 46, núm. 4, 1957-1994.

— (1991). *Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*. Madrid: Tecnos.
— (1990). La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil. *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 6, 83-104.
CALVO SOTELO, J. (1917). *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1999). Defensa civil del medio ambiente. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 33, núm. 171, 141-183.
DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2000). Comentario al artículo 1908 del Código Civil. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario al Código Civil, Libro IV, De las Obligaciones y contratos (art. 1903-1976)*. Barcelona, Bosch, pp. 150-171.
DE MIGUEL PERALES, C. (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas.
— (1997). *Derecho español del medio ambiente*. Madrid: Civitas.
DEMOLOMBE, J. C. (1882). *Cours de Code Napoléon, t. XII, Traité des servitudes ou services fondiers*. Paris: L. Hachette, Libraires.
DÍAZ BRITO, F. J. (1999). *El límite de tolerancia en las inmisiones y en las relaciones de vecindad*. Navarra: Cuadernos de Aranzadi Civil.
DÍAZ ROMERO, M.ª DEL R. (2007). Inmisiones y relaciones de vecindad. Régimen de propiedad horizontal: Comentario a la STS de 19 julio 2006 *(RJ* 2006, 4731). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 365-375.
— (2007). Inmisiones: relación de causalidad entre la actividad inmitente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 305-320.
— (2003). *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*. Madrid: Civitas.
— (2003). Defensa frente a inmisiones. Cese y reparación de daños y perjuicios. Acción negatoria: comentario a la STSJ Cataluña de 19 de marzo de 2001 *(RJ* 2002, 1399). *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 10, 347-360.
— (2003). La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad. En A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 3. Madrid, Civitas, 2003, pp. 3699-3721.
EGEA FERNÁNDEZ, J. (1996). Condiciones medioambientales y derechos fundamentales: Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994). *Derecho privado y Constitución*, núm. 9, pp. 323-364.
— (1994). *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*. Madrid: Marcial Pons.
EVANGELIO LLORCA, R. (2000) *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad: (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*. Granada: Comares.
— (2000). El límite entre las inmisiones permitidas y prohibidas: criterios históricos de fijación. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, núm. 3, 855-922.
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1973). *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales: estudios jurídicos*. Madrid: Instituto de Administración local.

GARCÍA SÁNCHEZ, J. (1999). *Teoría de la immissio*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
GONZÁLEZ-ALEGRE, B. M. (1967). *Las relaciones de vecindad*. Barcelona: Nauta.
HERNÁNDEZ GIL, A. (1985). *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
HERRERA DEL REY, J. (2008). *La defensa jurídica contra la contaminación acústica*. Madrid: La Ley.
HESSE (1863). Zur Lehre von den nachbarrechtliche Verhältnissen der Grundeigenthümer. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 6, pp. 378-441.
JHERING, R. (1863). Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn». *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 6, pp. 104-113.
JORDÁ CAPITÁN, E. (2002). *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Navarra: Aranzadi.
JORDANO FRAGA, J. (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch.
JOSSERAND, L. (1927). *De L'Esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* París: Dalloz.
LORANCA RUILÓPEZ, A. (2009). Las relaciones de vecindad y las inmisiones: la inmisión acústica en particular. *Manuales de formación continuada*, núm. 50, 1, pp. 467-650.
LUQUÍN BERGARECHE, R. (2005). *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
MACÍAS CASTILLO, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La Ley.
— (1999). La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio. *Actualidad Civil*, núm. 4, 1227-1245.
MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2000). La protección civil del medio ambiente. *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, 17-34.
MASFERRER DOMÍNGO, A. (2011). Las inmisiones en el Derecho Español (1850-2000). En F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1583-1615.
MORENO TRUJILLO, E. (2006). De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (pros y contras de la unificación europea del régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente). En E. Llamas Pombo, *Estudios de Derecho de Obligaciones, T. II, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Las Rozas (Madrid): La ley, pp. 463-482.
— (1991) *La protección jurídico-privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: Bosch.
NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. (1977). *Las inmisiones y molestias medioambientales: Tutela preventiva civil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
NIETO ALONSO, A. (2001). La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente. *Actualidad Civil*, núm. 4, 2001, 1591-1630.
PAGENSTECHER, E. (1857). *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, Band 1*, Heidelberg.

PARRA LUCÁN, M.ª A. (2011). Responsabilidad por daños causados por animales y cosas. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, pp. 933-950.

— (2008). Responsabilidad civil extracontractual. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, Madrid, pp. 865-882.

— (2006). El derecho civil del medio ambiente. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 4-24.

— (1992). *La protección al medio ambiente: orientaciones de la jurisprudencia civil*. Madrid: Tecnos.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. (1992). La protección indirecta del medio ambiente. *La Ley*, núm. 3, 880-914.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M.ª C. (1995). *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosch.

— (1995). Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 71, núm. 631, 2153-2170.

SANTOS MORÓN, M.ª J. (2003). Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas. En A. Cabanillas Sánchez… (*et. al.*), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II. Madrid: Civitas, pp. 3015-3037.

SERRANO GÓMEZ, E. (2001). La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (A propósito sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de abril de 2000). *Actualidad Civil*, núm. 1, 273-301.

SPANGENBERB (1826). Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. IX, 1826, pp. 265 y sigs.

TEJEDOR MUÑOZ, L. (2008). Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 1825-1833.

VISINTINI, G. (1975). Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano), II L'esperienza italiana. *Rivista di diritto civile*, 1975-I, 29-36.

WERENBERG, W. (1863). Ueber die Kollision der Rechte Verschiedener Grundeigenthümer. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 6, pp. 1-80.

WINDSCHEID, B. (1925). *Diritto delle Pandette*, vol. I, trad. FADDA y BENZA, Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese.

YANGUAS MONTERO, G. (2006). *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Cizur Menor (Navarra): Thompson-Civitas.

NOTAS

[1] *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* —D. 8, 5, 8, 5—.

[2] SSTS de 23 de diciembre de1952, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 14 de julio de 1982, 31 de enero de 1986, 13 de junio de 1988, 16 de enero de 1989, 27 de octubre de 1990, 16 de julio de 1991, 15 de marzo de 1993, 24 de mayo de 1993, 7 de abril

de 1997, 2 de febrero de 2001, 16 de enero de 2002, 14 de marzo de 2005, 2 de noviembre de 2007; SAP Zaragoza de 19 de febrero de 2001.

[3] D. 8, 5, 8, 5: *Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex taberna casaria fumum in superiora aedifica iure immitti posse, nisi ei rei servitutuem talem admittit* (Ulp. Lib. XVII ad Ed.).

[4] Regla formulada por Alfeno Varo (D.8, 5, 8, 5: Ulp. XVII ad Edictum).

[5] Según MACÍAS CASTILLO (2004, 67) «La instauración del sistema feudal trae consigo el derrumbamiento del derecho de propiedad, junto al que (…) se desarrollaba el concepto de la *immissio*».

[6] En el Derecho histórico español aparece recogida la prohibición de los actos de emulación en la Partida III, Título XXXI, Ley XIX, que permite que se abran pozos y fuentes en una heredad, aunque se derive una disminución del agua de las fuentes o pozos del vecino, si bien prohíbe la realización de dichos actos con intención de dañar.

[7] *Firenze*, de 22 de noviembre de 1915 (*Foro italiano*, 1916-I, pp. 20 y sigs.).

[8] Según HERNÁNDEZ GIL (1985, 131) el término «excesivo» recogido en el artículo 1908.2 del Código Civil se refiere al criterio de la normalidad del uso.

[9] SSTS de 12 de diciembre de 1980 y 3 de diciembre de 1987.

[10] SSTS de 11 de julio de 1908 y 18 de mayo de 1931.

[11] STS de 5 de julio de 1929.

[12] La STS de 14 de febrero de 1944 dispone que «los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad».

[13] *Colección Legislativa de Jurisprudencia Civil* (*JC*), vol. V., 1944, núm. 43, pp. 344 y sigs.

[14] La STS de 14 de febrero de 1944 dice que «incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad».

[15] ALGARRA PRATS (1995, 353) critica que seguir únicamente el criterio objetivo acarrearía problemas pues «la conducta podría ser dañosa para tercero, pero no ser anormal o excesivo el ejercicio del derecho». También los causaría seguir solamente el subjetivo, ya que «en muchos casos podía resultar difícil probar la intención dañosa del autor, aparte que ello supondría introducir un elemento moral o intencional».

[16] Dice AMAT LLARÍ (1990, 83-84) que esto es especialmente adecuado «en un momento en el que el peso de la economía se ha desplazado del sector industrial al de los servicios y cuando la calidad de vida ha pasado a ocupar un primer plano».

[17] Dice JORDÁ CAPITÁN (2002, 277) que lo importante es «el resultado que con el ejercicio se haya obtenido en definitiva, con independencia, podríamos decir, de la *forma* en que se haya llegado a él».

[18] Para lo cual LUQUÍN BERGARECHE (2005, 215-216) propone la «entrada de criterios probabilísticos empleados por el juzgador con base en el apoyo de rigurosísimos y contrastados informes periciales de carácter científico que completen su *prudentia iuris*».

[19] En mi opinión, en el artículo 1908.2 del Código Civil se puede fundamentar tanto el criterio de la normal tolerancia como el del uso normal, este último en cuanto a la intensidad de la explotación, si bien con respecto al uso normal deberá complementarse con lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil,

[20] STSJ de Navarra de 25 de abril de 2002.

[21] STSJ de Navarra de 3 de mayo de 2004.

[22] Por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad o el consentimiento de la víctima, etc.

[23] STS de 30 de mayo de 1997; SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997, FD 4.º, Córdoba de 23 de diciembre de 2009, FD 4.º.

[24] SSTS de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 24 de mayo de 1993; SSAP de Badajoz de 25 de octubre de 2004, Islas Baleares de 31 de octubre de 2006, Principado de Asturias de 8 de noviembre de 2007, Córdoba de 23 de diciembre de 2009, Principado de Asturias de 2 de junio de 2011.

[25] STS de 16 de enero de 1989; SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 1996.

[26] STS de 30 de mayo de 1997.

(Trabajo recibido el 30-10-2015 y aceptado para su publicación el 13-11-2015)

Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual

Child maintenance in favour of children of legal age and disabled children of legal age in matrimonial proceedings: current situation

por

TERESA ECHEVARRÍA DE RADA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: Los alimentos que corresponden a los hijos mayores de edad pueden ser fijados en los procesos matrimoniales si conviven en el domicilio familiar y carecen de ingresos, a instancia del progenitor que los tenga a su cargo. En la actualidad, entre las causas de extinción de la pensión alimenticia fijada por ese cauce, destacan la no terminación de la formación académica de los hijos mayores por desinterés o desidia, y la posibilidad de ejercer una profesión o industria y de entrar en el mercado de trabajo, aun cuando se trate de empleos que no respondan a su cualificación y expectativas profesionales. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos mayores de edad no puede vincularse en ningún caso

con la prestación alimenticia prevista en el apartado segundo del artículo 93.2 del Código Civil, sino que habrá de realizarse a tenor del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, y, por tanto, a favor del cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección en función de las circunstancias concurrentes. Si los hijos mayores de edad están afectados por una discapacidad, han de equiparase a los hijos menores en lo que se refiere a la obligación de alimentos y a la atribución de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales.

ABSTRACT: Any support in favour of the offspring of legal age may be determined in a matrimonial proceeding at the request of the custodial parent, provided that they live in the same family home and have no income. At present, grounds for maintenance termination set out in that way include, in particular, the children of legal age failing to complete their formal education due to lack of interest or apathy and the opportunity to practise any profession or trade and enter into the labour market, even in jobs that do not necessarily match their qualification and professional prospects. Assigning the use of the family home for children of legal age may not, under any circumstances, become involved with child maintenance in the sense of Article 93.2 (2) of the Spanish Civil Code, but should be performed under the terms of Article 96 (3) of the Spanish Civil Code, and hence, in favour of the spouse whose interest may require the highest degree of protection in the light of the circumstances. Where children of legal age may suffer from any disability, they will be comparable to minor children in terms of the obligation to provide maintenance and assign the family home throughout a matrionial proceeding.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Alimentos de los hijos mayores de edad. Hijos con discapacidad. Modificación y extinción de los alimentos. Vivienda familiar.

KEY WORDS: Marital crisis. Maintenance of children of legal age. Disabled children. Amendment and termination of child maintenance. Family home.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: 1. Requisitos. 2. Legitimación. 3. Extinción. 4. Atribución de la vivienda familiar.—III. ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD AFECTADOS POR DISCAPACIDAD.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN*

La obligación legal de prestar alimentos aparece contemplada, entre otros[1], en los artículos 142 y siguientes del Código Civil bajo la rúbrica «De los alimentos entre parientes»[2]. Esta obligación alcanza, con carácter recíproco, a los cónyuges, a los ascendientes y descendientes, y a los hermanos (art. 143 del Código Civil); es decir, se basa en vínculos familiares que pueden conllevar o no parentesco. Requiere, además, que exista una situación de necesidad por parte del alimentista, así como la posibilidad de prestación por parte del alimentante. El carácter recíproco de la obligación ha de entenderse en el sentido de que las personas citadas tienen el deber de prestarse alimentos entre sí en el caso de que alguna se encuentre en situación de necesidad[3].

En el supuesto concreto del deber de alimentos que alcanza a los ascendientes y descendientes se distingue la obligación de alimentos, de carácter autónomo y aislado, de los padres respecto a los hijos mayores de edad, del deber de prestar alimentos a los hijos menores que forma parte del contenido de la patria potestad derivado del artículo 154. 1.º del Código Civil, en virtud del cual, los titulares de la patria potestad deben velar por aquellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra[4].

En esta dirección, la STS de 5 de octubre de 1993[5] mantiene que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, obligación que debe incardinarse en la patria potestad que deriva de la relación paternofilial (art. 110 del Código Civil) «no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada para el caso de los hijos mayores de edad o emancipados». El Alto Tribunal añade que, para el caso de hijos menores de edad, «resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación, valorando todas las circunstancias concurrentes»[6]. En definitiva, «la obligación de prestar alimentos a los hijos menores, a diferencia de lo que sucede si se trata de hijos mayores, no debe verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes, procediendo en consecuencia su reconocimiento y mantenimiento con independencia de la concreta situación de necesidad del perceptor».

Por tanto, si se trata de hijos mayores debe concurrir el requisito de la necesidad como presupuesto para el nacimiento de la obligación y para la cuantificación de la prestación debida y, además, constituye el presupuesto final que determina la duración de la obligación. Lo anterior a diferencia de lo que sucede en el caso de hijos menores, que tienen derecho a ser alimentados

* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER2015-64120-R de la Convocatoria 2015 del programa de Proyectos I+D+I Retos (MINECO/FEDER).

por el simple hecho de la generación, sin que la necesidad sea requisito para su exigibilidad[7].

Por esta razón, tradicionalmente se ha mantenido que la obligación no se extingue aunque el menor tenga ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades, porque estos alimentos no resultan afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes. En concreto, la obligación no cesará aunque el alimentista menor de edad dispusiera de medios propios para atender a sus necesidades, porque durante la minoría de edad la obligación existe incondicionalmente.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de octubre de 2008[8], mantiene la procedencia no del cese, sino de la suspensión del pago de alimentos a una menor que recibe una beca deportiva de la Federación Española de Gimnasia, al estimar que es suficiente para cubrir sus necesidades.

El Alto Tribunal, con apoyo en la sentencia de 5 de octubre de 1993, indica que partiendo de que la propia norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda, la Sala «ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil), aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (art. 110 del Código Civil), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 del Código Civil— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación».

Ahora bien, a continuación, la Sala añade que cuando el menor tiene ingresos propios, considerados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción. En el supuesto debatido, el progenitor

no alega ningún tipo de dificultad económica, sino la existencia de ingresos suficientes de la menor para atender a sus necesidades personales.

En conclusión, el hecho de que un hijo sea menor de edad y no esté emancipado no supone *per se* que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarles alimentos cuando, por las razones que fuese, tuviera rentas o patrimonio bastante para atender a sus necesidades[9].

Por su parte, la STS de 12 de febrero de 2015[10] contempla un supuesto en el que, ante la precariedad de la situación económica del progenitor obligado al pago, se opta por fijar una cuantía en concepto de mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para la atención y cuidado del menor. El Tribunal Supremo considera que en el caso de los hijos menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan en principio incondicionales con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento. Ahora bien, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil. En definitiva, lo normal en estos supuestos será fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación.

La solución es otra en el caso contemplado por la STS de 2 de marzo de 2015[11] en el que el alimentante se encuentra en situación extrema de pobreza. El Tribunal Supremo se refiere al interés superior del menor que se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 del Código Civil), y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del Código Civil). Ahora bien, este interés no impide que las personas obligadas legalmente a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades. Para el Alto Tribunal, «La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra las que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 del Código Civil, esta obligación cesa cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza

absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres»[12].

En conclusión, en el caso de hijos menores la obligación alimenticia no dependerá de las posibilidades económicas del deudor en la misma medida en que estas pueden incidir si se trata de hijos mayores, en los que los escasos recursos del alimentante pueden impedir el nacimiento de la obligación o determinar su extinción. No obstante, lo anterior no excluye que si se acredita la total insolvencia del progenitor deudor pueda este ser relevado del cumplimiento de la obligación de pago de la pensión a los hijos menores de edad[13].

Tras las anteriores precisiones, el objeto del presente estudio se centra en el artículo 93.2 del Código Civil, según el cual en los procesos matrimoniales si conviven en el domicilio familiar hijos mayores o emancipados que carecen de ingresos propios, el juez en la misma resolución puede fijar los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

II. ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Antes de la reforma introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, el artículo 93 del Código Civil se refería únicamente a los hijos menores de edad, por lo que los mayores de edad tenían que demandar directamente los alimentos con fundamento en los artículos 142 y siguientes del Código Civil y fuera del proceso matrimonial.

Tras la citada reforma, se añade un nuevo párrafo al artículo 93 en los siguientes términos: «*Si convivieren 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 de este Código*».

Esta posibilidad incorporada por la Ley 11/1990 se ha considerado un verdadero despropósito procesal, dada la imposible legitimación activa de los hijos a los que se refiere en el proceso de nulidad, separación o divorcio, aunque se justifica por razones de economía procesal en cuanto, al poder coincidir hijos menores y mayores, se trata de evitar tener que iniciar otro procedimiento independiente del de la crisis matrimonial sobre alimentos de estos últimos[14].

En este sentido, la SAP de Valencia de 21 de junio de 2006[15] declara que: «El párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil ha sido criticado doctrinalmente por su nula técnica legislativa al incardinar en su seno un precepto procesal dentro

de uno sustantivo o material; en efecto, es obvio, desde un punto sustantivo, que los padres pueden ser condenados a pagar una pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios (art. 143 párrafo 1, núm. 2 del Código Civil), sin embargo desde un punto de vista procesal plantea el problema de que la fijación de esa pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad pueda hacerse en el procedimiento matrimonial de separación, divorcio o nulidad de los progenitores».

Al margen de las críticas anteriores, los objetivos lógicos perseguidos por el legislador con la reforma fueron, por un lado, que en el propio procedimiento se discutieran todas las cuestiones que afectaban a la posterior situación derivada de la crisis matrimonial y, por otro, evitar al hijo mayor de edad su intervención en los procesos matrimoniales de sus progenitores[16].

Lo cierto es que la mayoría de edad civil no implica la mayoría de edad económica y que, aunque se predique un tratamiento jurídico diferente de la obligación alimenticia según sean los hijos menores de edad o mayores, en el caso concreto de alimentos de los hijos mayores en procesos matrimoniales a propósito del artículo 93.2, a pesar de la referencia de este precepto a los artículos 142 y siguientes, tal obligación debe relacionarse no tanto con el Título VI del Libro Primero del Código Civil, como con la más generosa obligación de mantenimiento o asistencia que, derivada de la relación paterno-filial, se enuncia en el artículo 39 CE y se manifiesta normativamente en el artículo 154 del Código Civil. Las actuales circunstancias sociológicas y económicas, que alargan la permanencia de los hijos en el hogar familiar, hacen que no resulte admisible pensar, con una interpretación estricta del artículo 154 del Código Civil, que la extinción de la patria potestad conlleve la desaparición de la obligación de mantenimiento, quedando solo vigente entre padres e hijos el régimen de los artículos 142 y siguientes[17]. En realidad, las diferencias que se predican entre los alimentos a hijos menores del párrafo primero del artículo 93 del Código Civil y los alimentos a favor de los hijos mayores del párrafo segundo del citado precepto son puramente doctrinales o filosóficas y, en la práctica, no inciden en la resolución del juez sobre las necesidades del alimentista[18].

Por lo anterior, tenemos que remitirnos al Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre sobre *Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos*[19], que se refiere únicamente al incumplimiento de pago de alimentos establecidos a favor de los menores de edad. En concreto, su finalidad es «garantizar a los hijos e hijas menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo» (art. 2.2)[20]. No obstante, la Disposición Adicional primera incluye en su ámbito de aplicación a los hijos e hijas mayores de edad discapacitados, cuando el grado de discapacidad sea igual o superior

al 65%, si concurren en ellos las circunstancias previstas por este Real Decreto para los hijos e hijas menores de edad[21].

Como se ha señalado, la exclusión en esta normativa de los hijos mayores de edad no tiene justificación alguna, puesto que si se pretende evitar a los hijos una situación de precariedad derivada del incumplimiento de pago de los alimentos, garantizándoles la percepción de una cuantía económica en concepto de anticipo, tal situación puede afectar a hijos menores y mayores. Así, no hay argumento alguno que pueda justificar que un progenitor con dos hijos a su cargo tras un matrimonio roto, uno de diecisiete y otro de dieciocho años, que no perciben la pensión alimenticia judicialmente fijada por incumplimiento del otro progenitor, solo pueda reclamar el anticipo de los alimentos del hijo menor como único beneficiario, pero no del otro hijo, con una situación similar, pero con un año más[22]. En definitiva, no resulta justificada la exclusión de los mayores de edad como beneficiarios de las oportunas garantías frente al posible incumplimiento del obligado a consecuencia de un proceso matrimonial.

1. Requisitos

Como se deduce del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, la fijación judicial de la pensión alimenticia para los hijos mayores en los supuestos contemplados, requiere que estos convivan en el domicilio familiar y que carezcan de recursos propios[23].

En cuanto al primer requisito, existen situaciones en las que aunque no concurre tal convivencia en el domicilio familiar son asimilables a esta. Así, cuando el hijo mayor convive con uno de los progenitores en un domicilio distinto al familiar, porque lo que aquí interesa es que, por la falta de independencia, el hijo se vea obligado a convivir con uno de los padres.

Por tanto, la referencia al domicilio familiar no se interpreta en el sentido estricto de domicilio que hasta la situación de crisis haya tenido el matrimonio y los hijos, sino en el más amplio de domicilio del progenitor con quien permanezca el hijo necesitado de alimentos, aunque no coincida con aquel[24].

A su vez, el requisito de la convivencia se entiende que concurre también en los supuestos en los que el hijo mayor esté a cargo económicamente de sus progenitores, aunque no conviva diariamente con ellos, como sucede en los casos nada infrecuentes en los que, por razón de sus estudios, se trasladen a vivir a otra ciudad[25].

Sin embargo, no puede entenderse que exista convivencia, aunque el hijo viva con uno de los progenitores, cuando ocupa una dependencia dotada de los servicios mínimos de habitación, y aquel no ejerza en realidad las funciones de dirección y organización de la convivencia familiar, manteniendo ambos vidas personales y económicas independientes [26].

Tampoco puede apreciarse concurrencia del requisito de la convivencia en los supuestos en los que el hijo, en cuyo favor se estableció la pensión alimenticia en un proceso matrimonial, una vez alcanzada la mayoría de edad deja de convivir con el progenitor al que le fue adjudicada la custodia, formando su propia familia y rompiendo con ello el vínculo de convivencia y dependencia económica. La ruptura posterior de la relación y regreso al domicilio anterior no significa la recuperación de la situación que permitía el mantenimiento de la pensión dentro del proceso matrimonial[27].

Por otra parte, la fecha determinante de la convivencia es la de la reclamación, de forma que, si en el proceso matrimonial no concurría esa circunstancia y no procedió fijar pensión, si el hijo mayor desea volver al domicilio familiar no se podrán solicitar los alimentos del artículo 93 del Código Civil *ex novo* a través de una modificación de medidas, sino que habrá que acudir al proceso de alimentos correspondiente[28].

En cuanto al requisito de la ausencia de ingresos propios, no debe entenderse en el sentido de que el hijo mayor carezca por completo de tales ingresos, sino que es suficiente la mera ausencia de los necesarios para atender a sus necesidades. Esa falta de independencia económica debe considerarse compatible con la realización de trabajos esporádicos o con la percepción de algunas retribuciones.

A su vez, como se verá, no se trata aquí de atender a la capacidad subjetiva para ejercer una profesión u oficio, sino a la posibilidad real y concreta de acceso al mercado de trabajo, respecto a lo cual habrá de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso[29].

2. Legitimación

En los casos en los que el hijo mayor de edad conviva en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, entendidos ambos requisitos en el sentido expuesto, es posible la reclamación de alimentos a su favor en el mismo procedimiento matrimonial y serán fijados por el juez en la resolución que ponga fin al proceso de que se trate. Ahora bien, el artículo 93.2 del Código Civil no determina si los alimentos han de ser solicitados o no[30], ni, en su caso, quién tiene la legitimación para reclamarlos dentro del proceso matrimonial.

Lo anterior, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil de Cataluña, que contempla ambas cuestiones en el artículo 233-4 al declarar que «la autoridad judicial, a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, puede acordar alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 237-1, y que estos alimentos se mantengan hasta que dichos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos». También, el artículo 10.4 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, del País

Vasco[31], contempla expresamente la legitimación de los progenitores en esos casos, al declarar que «Si convivieran en el domicilio familiar hijos e hijas mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a la normativa en vigor».

Volviendo al Código Civil, en cuanto a la primera cuestión, esto es, si la fijación de la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores puede tener lugar de oficio o si exige petición de parte, ha de señalarse que está sujeta al principio de justicia rogada, de forma que el juez no tiene facultades para fijarla de oficio si no ha sido solicitada[32] La atenuación del principio dispositivo que se produce respecto a los alimentos de los hijos menores, por haber connotaciones de orden público, no puede predicarse respecto a la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad.

En este sentido, la SAP de Pontevedra de 19 de octubre de 2006[33] declara que «a diferencia de lo que acontece en materia de menores, donde es sabido que no rige el principio dispositivo, dado que prevalece el interés del menor y por ello quedaría en libertad el juez para otorgar lo que considerara más adecuado para una mejor protección del mismo, cuando, como es el caso, se trata de mayores, el principio de rogación exige que la petición se haga de forma expresa». Este criterio, añade la Sala, aparece avalado por la utilización del término «exclusivamente» en los artículos 748.4 y 770.6 de la LEC[34].

La segunda cuestión que se plantea es quién está legitimado para reclamar dichos alimentos en el proceso matrimonial. Sobre el particular encontramos posiciones doctrinales y jurisprudenciales que mantienen tesis totalmente opuestas, tal y como señala la SAP de Valencia de 21 de junio de 2006[35]. La Sala destaca que la técnica legislativa empleada por el legislador «ha dado lugar a que se planteen doctrinal y jurisprudencialmente tesis absolutamente contradictorias respecto de quien ostenta la legitimación activa para reclamar los alimentos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil que van desde la tesis del levantamiento de las cargas del matrimonio, que otorga legitimación tanto procesal como material al cónyuge que permanece en el domicilio familiar en compañía de los hijos mayores de edad no independientes económicamente, a la tesis alimentista[36], completamente opuesta, que solo otorga legitimación al hijo mayor de edad para reclamarlos, exigiendo su personación en el pleito matrimonial, pasando finalmente por la tesis intermedia que mantiene como único titular del derecho a alimentos al hijo mayor de edad, mas salvando el obstáculo que comporta el no poder ser parte en el proceso matrimonial, posibilita el que el hijo pueda facultar a cualquiera de sus progenitores para el ejercicio del referido derecho en el pleito matrimonial, debiendo constar dicho consentimiento acreditado en autos de modo expreso e indubitado». No obstante, la Sala opta por la primera de las tesis citadas, legitimación del cónyuge con el que convive el hijo mayor para reclamar alimentos en su nombre, que coincide

con la mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 24 de abril de 2000 que, ante tal disparidad de criterios, vino a unificar doctrina.

En efecto, el Tribunal Supremo en esta sentencia, dictada en interés de ley y por ello vinculante para los órganos judiciales inferiores, considera que la sentencia recurrida, que desestima la pretensión de reclamación de alimentos para los hijos mayores de edad en el proceso matrimonial por falta de legitimación activa del cónyuge con el que conviven, «funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil, en su remisión a los artículos 142 y siguientes del mismo Código, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a la mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los artículos 142 y siguientes (remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de esos artículos al caso de que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio artículo 9.3, párrafo 2.º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados «efectos civiles», entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien estos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia. El artículo 24.1 de la Constitución establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» y en similares términos se manifiesta el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo entre los «intereses legítimos», tanto los individuales como los colectivos. Resulta evidente que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción no solo para demandar la tutela de los derechos de que es titular el demandante de tutela judicial, sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos».

Para el Alto Tribunal «del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial

el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad 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».

Conforme a lo expuesto, el Tribunal Supremo concluye «que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de este a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores», legitimación que no es extensible a otros supuestos de petición de alimentos que no se enmarquen en este tipo de procesos[37].

Por tanto, procesalmente, el progenitor con el que convive el hijo mayor tendrá que solicitar la pensión cuando intervenga como demandante y, a su vez, en el caso de ser demandado no podrá solicitarla en la contestación a la demanda, sino que deberá introducir tal pretensión a través de la reconvención, que ha de ser expresa (art. 770.2.ª LEC)[38].

De igual forma que en los procesos matrimoniales solo se admite para reclamar alimentos para los hijos mayores la legitimación activa del progenitor con quien aquellos conviven, es también este progenitor el único legitimado para soportar, en el lado pasivo de la relación jurídico-procesal, el ejercicio de la acción judicial. Por tanto, si se pretende la modificación de las medidas adoptadas en relación con los alimentos a favor de los hijos mayores[39], la solicitud debe dirigirse al cónyuge que convive con ellos, que tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en defender en juicio el mantenimiento de la contribución del otro progenitor a estos fines. En definitiva, solo los progenitores tienen legitimación para promover la modificación de medidas y, en consecuencia, para oponerse como demandados a la modificación interesada por el otro[40].

Lo anterior no significa en ningún caso que se produzca indefensión de los hijos mayores, en cuanto están protegidos por la actuación del progenitor con quien conviven y que es, en definitiva, instrumento de la asignación económica,

pues esta no se confiere directamente a los hijos, aunque estos sean los verdaderos titulares del derecho de alimentos[41].

A su vez, si el hijo mayor no tiene legitimación para ser parte procesal legítima en los procesos de nulidad, separación o divorcio y, por tanto, para ejercitar acciones accesorias a efectos civiles, entre las que se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores, tampoco la tiene para interponer recursos conforme establece el artículo 448.1 LEC[42].

Por lo que se refiere a los supuestos en los que proceda la devolución de las cantidades pagadas indebidamente en concepto de alimentos, la reclamación debe dirigirse al progenitor conviviente, y no a los hijos. En este sentido se pronuncia la SAP de Sevilla de 14 de diciembre de 2005[43], en un caso en el que el padre alimentante reclama a la madre la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos de una hija común, que ya había contraído matrimonio. La madre interpone recurso de apelación en el que invoca las excepciones de litisconsorcio pasivo necesario, al considerar que se tenía que haber demandado a la hija, y de falta de legitimación pasiva, al tratarse de una pensión alimenticia a favor de la hija. La Sala reconoce la legitimación pasiva de la madre y rechaza las excepciones planteadas «porque se trata de una cuestión derivada del proceso matrimonial que, aun cuando afecta a todos los integrantes de la familia, solo pueden ser parte los cónyuges, ya que se tratan de medidas accesorias a la ruptura matrimonial».

Supuesto distinto es el contemplado en la SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2004[44], en el que el hijo mayor, que ya estaba percibiendo una pensión alimenticia fijada en un proceso matrimonial anterior, reclama frente a ambos padres que la cantidad que su padre viene entregando a su madre, que según él no atiende debidamente sus necesidades, se le entregue a él directamente, y que su madre por su parte cubra sus necesidades de vivienda, alimentos estrictos y gastos médicos. La Sala considera que no «parece que pueda impedirse a una persona mayor de edad ejercitar en juicio las facultades que a todos los hijos les confiere el ordenamiento jurídico, pues tal cosa incluso podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Una vez que una persona es mayor de edad y goza del pleno uso de sus derechos civiles puede ejercitar ante los tribunales las facultades que considere le corresponden en relación con los alimentos, aunque esa cuestión hubiese sido ya regulada en un proceso matrimonial seguido antes entre sus padres. Ninguna norma legal permite aplazar dicho derecho al momento en que el hijo alcance la independencia económica y puede sostenerse fundadamente, como argumenta el recurrente, que la propia circunstancia de solicitar él los alimentos ya entraña que lo establecido al respecto en el proceso matrimonial anterior queda sin efecto, evidentemente sin necesidad de entablar un pleito modificatorio, ya que aquí se trata de un supuesto en el que el propio hijo titular material del derecho de alimentos ejerce por sí el derecho, en la forma que considera oportuno y, siendo así, ya no puede tener efecto, o no

puede tenerlo plenamente (dependiendo de cómo se resuelva el litigio al final), lo que en consideración al hijo se estableció en la sentencia matrimonial por el concepto de alimentos».

Si bien la argumentación en cuanto a la legitimación del hijo se ha considerado impecable, también se ha destacado que en el supuesto contemplado lo que en realidad se estaba debatiendo no era un conflicto de intereses entre el hijo y su padre o madre, sino entre los progenitores. En realidad, el padre, de acuerdo con el hijo, utilizó el derecho de alimentos del hijo para modificar los términos del pronunciamiento alimenticio de una resolución anterior[45].

Por último, considero conveniente destacar que en la actualidad, conforme al artículo. 82.1 del Código Civil, modificado por la ley 15//2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria[46], «los cónyuges podrán acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario…». En estos casos, como novedad, los hijos mayores o menores emancipados tienen que otorgar su consentimiento ante las citadas personas «respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar». A su vez, la referencia al secretario judicial debe entenderse hecha al letrado de la administración de justicia, en virtud de la reforma operada por la ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de ley orgánica del poder judicial (disposición adicional primera)[47].

3. Extinción

La pensión alimenticia a favor de hijos mayores fijada conforme al artículo 93.2 del Código Civil se extinguirá por cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 152 del Código Civil.

Tanto el fallecimiento del progenitor obligado a prestar alimentos, como del hijo con derecho a ellos, pone fin a la relación obligatoria por su naturaleza estrictamente personal. También se producirá la extinción en caso de adopción, al romperse los vínculos del adoptado con sus padres biológicos —salvo en los casos del artículo 178.2 del Código Civil—, así como cuando mediante sentencia estimatoria recaída en un proceso de impugnación se deje sin efecto la filiación legalmente determinada.

Igualmente, la imposibilidad económica del alimentante[48] y la desaparición de la necesidad del hijo alimentista son causas de extinción de la obligación alimenticia. En este último caso se incluyen tanto los supuestos en los que se haya producido la superación real de la necesidad del alimentista, como aquellos en los que exista la posibilidad de superarla.

Junto a los anteriores, el Código Civil contempla como causa de extinción de la obligación el hecho de que el alimentista, sea heredero forzoso o no, hubiese

cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación[49], así como que su necesidad provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo[50].

A la luz del artículo 93.2 del Código Civil, en relación con el artículo 152, procedemos a examinar las causas que con mayor frecuencia determinan la extinción de los alimentos de los hijos mayores de edad fijados en procesos matrimoniales.

A) No terminación de la formación por desinterés del alimentista

La educación e instrucción del alimentista es una faceta más del contenido de la obligación alimenticia cuando no haya terminado su formación académica por causas que no le sean imputables. Ahora bien, es necesario que el hijo emplee la debida diligencia en su formación, pues, en otro caso, concurrirá la causa de cese de la obligación de alimentos prevista en el artículo 152.5 del Código Civil. Por ello, son frecuentes los supuestos en los que se contempla la falta de rendimiento académico para determinar el cese de la obligación[51].

A la exigencia de un rendimiento regular se refiere expresamente el artículo 237-1 del Código Civil de Cataluña en los siguientes términos: «Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular»[52].

A su vez, por rendimiento regular ha de entenderse un rendimiento medio, no excelente, sino que basta con que el aprovechamiento sea razonable. En este sentido, la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2016[53] declara que el «El artículo 237.1 CCC exige para justificar la obligación de completar la formación de un hijo mayor de edad que la necesidad de la continuidad de la formación no sea imputable al hijo alimentista, lo que equivale a exonerar de dicha obligación cuando sea imputable, con clara referencia al estudiante irresponsable, despreocupado o negligente que se comporta de forma abusiva. La finalidad es precisamente esta última, la de evitar abusos»[54].

Sin embargo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015[55] contempla un supuesto en el que el alimentante solicita la extinción de la pensión alimenticia establecida en su día a favor de su hijo, que ahora cuenta con 19 años, que presenta escaso interés por su formación y tampoco trabaja. La Audiencia considera que si bien la actitud del hijo dice bastante poco de su esfuerzo por lograr una formación integral que amplíe sus expectativas como adulto, «también es cierto que se trata de un joven de 19 años y, por ende, apenas cumplida la mayoría de edad y que suele corresponder a una época de inestabilidad emocional y cuestionamiento generalizado de los paradigmas, lo

que desde luego no justifica, pero si explica, la pasividad en la actitud y el escaso interés por lo que suponga un mínimo esfuerzo, máxime en una sociedad como la actual en la que la sobreprotección familiar y social, la ausencia de pautas claras, la idea del bienestar como sustancial a la condición humana y derecho adquirido…, tiene frecuentemente consecuencias muy negativas en la formación de la personalidad (incapacidad de ponerse metas concretas y cumplirlas, personalidad débil e inconstante, falta de motivación, conformismo…), que terminan repercutiendo en el proceso de madurez».

También, en relación con la no terminación de la formación por causa no imputable al alimentista, nuestros Tribunales han tenido en cuenta en algún supuesto la incidencia de la propia crisis matrimonial en la falta de aprovechamiento académico de los hijos, como sucede en el supuesto contemplado en la SAP de Teruel, de 28 de enero de 2009[56], en el que el Tribunal considera que la decisión de una adolescente de 16 años de abandonar los estudios tomada en un marco de crisis familiar, rota la convivencia familiar y viviendo en compañía de su padre, con cambio de domicilio a ciudad completamente distinta, no puede considerarse vinculante para determinar que la menor posee capacidad para sustentarse desde entonces y ahora en su mayoría de edad, por haber poseído en el intervalo un puesto de trabajo. Para la Sala, sería muy riguroso «elevar a la categoría de determinante y definitiva para el futuro, la decisión de abandonar los estudios, en momento tan delicado para la evolución de la persona, como es la adolescencia, en la que los menores no saben lo que les conviene, siendo menor la capacidad de discernimiento cuando se trata de una persona intensamente involucrada en una grave situación de crisis familiar, que le supone el desarraigo de su lugar de origen, emprendiendo una nueva vida en una ciudad que nada tiene que ver con el lugar de su establecimiento anterior». El Tribunal considera que imputar a la hija la responsabilidad de no terminar sus estudios en el momento oportuno, sería, en esas circunstancias, un castigo inmerecido[57]. En el supuesto debatido, la hija, al cumplir los diecinueve años, había decidido regresar a su lugar de origen y reemprender los estudios[58].

Siguiendo con la cuestión, en otras ocasiones, el bajo rendimiento académico se tiene en cuenta para someter a un límite temporal la prestación de alimentos, calculando el tiempo en el que prudencialmente debe finalizar un hijo sus estudios y estar en disposición de desempeñar un trabajo. Así, se considera que no es admisible que la obligación de alimentos que viene establecida por el artículo 93.2.º del Código Civil quede sin efecto por el hecho de que los hijos no rindan en sus estudios lo que sería de desear, pero sí lo es que se limite la prestación de alimentos a un tiempo prudencial, al término del cual los hijos habrán finalizado ya los estudios, y estarán en disposición de desempeñar algún trabajo[59]. En definitiva, el alimentista siempre debe emplear la debida diligencia en la búsqueda de trabajo y en la aplicación a los estudios, no pudiendo favo-

recerse la pasividad en la lucha por la vida e independencia propia porque, de este modo, se favorecería el «parasitismo social» de los hijos[60].

En este ámbito, el artículo 69 del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo[61]) establece el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación de los hijos que, al llegar la mayoría de edad o emancipación no hubieran completado su formación y carecieren de recursos propios. Ahora bien, este deber se mantendrá 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. En principio, este deber se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, salvo que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

B) Terminación de la formación

La obligación se extingue por la consecución del objetivo principal en que se fundamenta este derecho (art.142, 2 del Código Civil).

En la actualidad el periodo de formación[62] no concluye en el momento en que se finalizan los estudios universitarios, sino que se prolonga unos años más. Como se ha señalado, tener un título universitario ha dejado de ser un privilegio de unos pocos y constituye más bien un patrimonio de masas, razón por la que los jóvenes deben aportar algo más que los distinga del resto (así Doctorados, cursos de especialización) y que facilite su futura contratación. Ahora bien, una vez que se ha adquirido una cierta formación, no se puede prolongar indefinidamente un estado de dependencia[63].

Por otra parte, parece evidente que si los hijos han alcanzado ya la independencia económica con la formación adquirida, si posteriormente deciden ampliar sus estudios por los motivos que sean, los padres no están obligados a sufragar esos gastos. Así, la SAP de Barcelona de 30 de enero de 2001[64] contempla un supuesto en el que uno de los hijos, de 25 años, había finalizado su periodo normal de formación como músico, y venía realizando trabajos por cuenta propia y ajena desde hacía más de dos años. La Audiencia estima que la realización posterior de otros estudios complementarios no puede interpretarse como que no ha finalizado su formación, puesto que la exigibilidad de alimentos a los progenitores por causa de la realización de estudios debe tener un límite racional. La existencia de la posibilidad razonable de obtener trabajo e ingresos con la formación adquirida, determina la procedencia de la extinción de la obligación alimenticia.

En ese ámbito, procede la distinción entre gastos que se ocasionan por el estudio de una primera carrera y los que se vinculan a una segunda, que se ligarían a la voluntad y no a la obligación paterna[65].

C) Posibilidad de ejercer una profesión o industria y de entrar en el mercado de trabajo

Para evaluar esta posibilidad se tiene en cuenta no solo la mera aptitud para desempeñar una profesión, sino, fundamentalmente, la posibilidad concreta y efectiva de hacerlo, apreciada conforme a la realidad social del momento y a las circunstancias concurrentes, como ha mantenido nuestro Tribunal Supremo[66].

Tales circunstancias deben valorarse teniendo presente que el alimentista siempre debe emplear la diligencia debida en la búsqueda de trabajo, cuando haya concluido su formación, o en la finalización de esta última. Por tanto, se excluye el derecho de alimentos no solo cuando el alimentista trabaje sino, también, cuando pueda trabajar y obtener ingresos con los que hacer frente a sus necesidades. Precisamente a la desidia en la búsqueda de empleo se refiere la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de septiembre de 2013[67], que declara que no puede sostenerse indefinidamente el deber de sostenimiento en un caso en el que la hija beneficiada dejó de estudiar y ya había trabajado, contando en este momento con veintitrés años, por lo que no se puede pretender seguir siendo mantenida por su padre, que, por lo demás, es un trabajador por cuenta ajena; de esta forma, no hay razón para que con su esfuerzo tenga que seguir sosteniendo la desidia de su hija, cuyo interés en trabajar (no solo para ella misma, sino incluso para ayudar a sus padres) es insuficiente, con lo que la situación de necesidad que alega puede ser suplida por su actividad productiva, además de que ha percibido prestaciones de desempleo, no dándose los requisitos previstos ni en la institución idónea (los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, especialmente el artículo 152.3, ni, hipotéticamente, en el forzado régimen de prórroga de la contribución a las cargas del matrimonio del artículo 93 del citado Cuerpo legal.

Por otra parte, la realidad social actual demuestra que, en el mundo laboral, el contrato de trabajo por tiempo indefinido ha pasado a ser la excepción a la regla general de trabajo temporal en cualquiera de sus modalidades. Por ello, la invocación de la temporalidad del trabajo no resulta determinante para afirmar o negar el derecho de alimentos[68].

Así, en algunos casos se ha considerado procedente la extinción de los alimentos del hijo mayor que acceda o pueda acceder a un trabajo, aunque no sea fijo y estable, porque la precariedad es hoy una característica del mercado laboral[69]. También se ha entendido que procede la extinción de la obligación por el hecho de percibir el alimentista ingresos procedentes de una beca de formación[70].

En otros, por el contrario, se mantiene que la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo y, por tanto, no extingue el derecho[71], así como que la realización de prácticas en empresas durante la vida universitaria, aunque sean retribuidas, no puede justificar por

si sola la extinción de la obligación alimenticia, al tratarse del desarrollo de una actividad que forma parte de los estudios[72].Tampoco el acceso temporal al mercado laboral mediante un contrato de aprendizaje, que simplemente completa la formación profesional del alimentista[73].

Por otra parte, en la actualidad, como se ha destacado muy acertadamente[74], nos enfrentamos al drama de lo que se ha dado en denominar «mileurismo», esto es, la certeza de que la oferta de trabajo no se ajustará a los perfiles de quienes lo demandan. Lo anterior determinará que muchos jóvenes tengan que conformarse, para liberar a sus progenitores, con empleos que les proporcionarán ingresos aptos para subsistir, pero que no requieren apenas preparación, a pesar de contar con una formación previa que los hace idóneos para otros trabajos de mayor nivel y mejor retribuidos, pero donde la oferta es escasa o no existe.

En esta dirección, se hace referencia en la doctrina[75] a la tesis del subempleo, que se está abriendo camino en los alimentos fijados a hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Su denominación obedece a que con ella se facilita la liberación de los padres al imponer a los hijos el deber de realizar tareas que, aun no estando a la altura de su cualificación, son las únicas que en la difícil situación económica actual proporcionan una independencia económica de la que no pueden prescindir voluntariamente quienes demandan asistencia económica de otros. En concreto, la posesión de un título académico no puede convertir en parásitos sociales a quienes rechazan ofertas de empleo por no ajustarse a su perfil en un momento de crisis como el actual, siendo esta la interpretación más acorde de la realidad social en la que ha de interpretarse la norma. Por tanto, ha de entenderse que existe capacidad objetiva para el trabajo en el licenciado desempleado que, aunque no haya podido alcanzar un puesto adecuado a su formación, puede acceder a otros que no respondan a su cualificación y expectativas profesionales.

En el sentido indicado, la SAP de Toledo de 29 de marzo de 2001[76] declara que «No ignora el Tribunal que repartir pizzas a domicilio constituye un subempleo para quien dice haber terminado sus estudios, pero tampoco puede desconocer que dicho empleo, cuya duración tampoco se ha determinado, proporciona ese mínimo indispensable en que los alimentos en sentido estricto se entienden, y que el hecho de integrarse en el mercado laboral, rompe el vínculo de dependencia para acordar alimentos a través del artículo 93.2 del Código Civil».

Para estimar que procede la extinción de la obligación de alimentos, debe evitarse atender en exclusiva a la situación del alimentista existente a la fecha de la presentación de la demanda si tal situación no tiene mínimos visos de estabilidad, para evitar un continuo rosario de procedimientos de suspensión y restauración del auxilio alimenticio; es decir, hay que valorar la situación en un horizonte temporal más lejano, de forma que no solo se constate que el alimentista tiene en esos momentos recursos para atender a sus necesidades

vitales, sino que pueda preverse que podrá hacerlo en el futuro, en cuyo caso sí procederá la extinción de la pensión alimenticia[77]. Ahora bien, una cosa es esto, y otra es que pueda considerarse correcta la fijación de alimentos en un proceso matrimonial para un hijo mayor de edad que no reúne los requisitos del artículo 93.2 del Código Civil, condicionando su ejecución al supuesto de que se den en su día[78].

Por lo que se refiere a la retroactividad o no de la extinción de las pensiones de alimentos a la fecha de presentación de la demanda en la que se solicita tal medida, debe sostenerse que el pronunciamiento de la sentencia acordando tal extinción es constitutivo y, por ello, será eficaz a partir de la fecha en que se acuerda[79]. El artículo 148, párrafo 2.º del Código Civil permite deducir un criterio contrario a la retroactividad, al prohibir devolver lo que el alimentista haya podido percibir anticipadamente en concepto de alimentos en caso de fallecimiento. Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria es contraria a la retroactividad, dada la naturaleza esencialmente consumible de la cantidad abonada en este concepto, y solo en casos puntuales en que se aprecie abuso de derecho o enriquecimiento injusto considera procedente la obligación de devolver lo ya percibido[80].

Finalmente, corresponde al progenitor obligado la carga de la prueba de la concurrencia de alguna de las causas a las que la ley atribuye efectos extintivos, salvo supuestos de presunción en los que, alcanzada una edad prudente, se deba entender que el hijo ya debió acceder al mercado laboral y que si no lo hizo fue por su dejadez[81].

4. Atribución de la vivienda familiar

En los supuestos de crisis matrimonial, una de las cuestiones que se plantea es la relativa a la atribución de la vivienda familiar. En este ámbito debe acudirse al artículo 96[82] del Código Civil, que se fundamenta en el principio básico del *favor filii* y que, en su párrafo primero, atribuye el uso «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». En los casos en los que uno de los cónyuges vaya a permanecer conviviendo con hijos menores, no ofrece duda la aplicación del apartado primero del artículo 96 en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, puesto que se presume que son los intereses de estos hijos los más necesitados de protección. No obstante, esta atribución no es automática, no se produce por imperativo legal, sino que con carácter excepcional podrá realizarse a favor del cónyuge no guardador cuando resulte que es su interés el que merece mayor protección, y así lo acredite[83].

El interrogante que se ha suscitado en torno al citado precepto es si se refiere a todos los hijos, incluidos los mayores de edad, o si, por el contrario, solo alcanza a los menores de edad[84].

En la jurisprudencia de las Audiencias se originaron dos posturas contrapuestas sobre el alcance de la previsión legal. Así, una primera sostiene que el artículo 93.1 del Código Civil solo alcanza a los hijos menores de edad y se justifica en que la redacción del precepto alude implícitamente a estos, que son los que los cónyuges «tienen en su compañía», como dispone el artículo 154 del Código Civil. Los hijos mayores pueden convivir con los padres, pero no están ligados por ese vínculo legal que tienen con sus hijos menores. A su vez, esta posición reconduce la cuestión a la previsión legal del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, esto es, a la atribución de la vivienda al cónyuge cuyo interés se considere más necesitado de protección, siendo uno de los elementos a valorar la circunstancia de que convivan con él hijos mayores de edad que carezcan de recursos en las condiciones que los hacen acreedores de la pensión alimenticia, a menos que concurran circunstancias que aconsejen otra cosa[85].

El segundo criterio mantiene que la protección que se deriva del párrafo primero del artículo 93 se extiende también a los mayores de edad, al considerar que el citado precepto solo exige el requisito de la convivencia, con independencia de cualquier otro, así como que la atribución del uso de la vivienda familiar ha de vincularse con la prestación alimenticia 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[86].

Llegamos así a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011[87] (Pleno), que parte de la consideración de, que en relación directa con el artículo 39.3 CE, y como concreción del principio *favor filii* o *favor minoris*, el párrafo primero 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.

En cuanto a la controversia que se suscita sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar, el Tribunal Supremo se manifiesta en los siguientes términos: «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 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».

Junto al argumento anterior añade que «tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia 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. 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 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 cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

Para el Tribunal Supremo, la desvinculación de la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, «se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que esa necesidad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si tuviese algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, 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».

El Alto Tribunal establece como doctrina jurisprudencial que «la atribución del uso de la vivienda familiar debe realizarse 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 primero, sino del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Posteriormente, aplican la anterior doctrina las SSTS de 30 de marzo de 2012[88] y de 11 de noviembre de 2013[89]. Esta última delimita el contexto interpretativo de la cuestión en torno a la posición de igualdad de los dos cónyuges ante esta situación, y mantiene la inaplicación en estos casos del marco referencial del derecho de alimentos que corresponde a los hijos mayores. Así, la sentencia declara que: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida

complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas»[90].

Por su parte, la STS de 12 de febrero de 2014[91], en un supuesto de modificación de medidas en el que se discute la asignación del uso de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 5 de septiembre de 2011 y completa la delimitación del contexto interpretativo establecido por la STS de 11 de noviembre de 2013 a través de las siguiente pautas: En primer lugar, «la ausencia de los requisitos del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, esto es, la inexistencia de la convivencia familiar de hijos mayores de edad o emancipados que ya obtienen ingresos propios, no comporta, *per se,* una aplicación en clave automática de la denegación del uso de la vivienda, ni tampoco puede ser interpretado como un factor determinante a la hora de privar al cónyuge del derecho a usar la vivienda familiar…». En segundo lugar «….el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar justificado, necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge. Todo ello, dentro de una clara flexibilidad valorativa que permite dicho concepto en orden a valorar aspectos tanto de índole práctica como de orden social, particularmente el referido a las circunstancias económicas del cónyuge más desfavorecido, por un tiempo prudencialmente fijado por el Juez».

Por último, si hay hijos comunes mayores la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge que con ellos viva, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, no puede hacerse de forma indefinida o sin marco temporal alguno, como se deduce del propio artículo 96.3[92]. En general, nuestros Tribunales suelen fijar un número de años o una determinada edad de los hijos como referencia temporal de extinción del derecho[93], sin que se admita la remisión del tiempo de permanencia a una posible alteración de las circunstancias, porque supondría casi una expropiación de la vivienda[94].

Sin embargo, en algún caso se ha mantenido que la atribución no puede estar sujeta a un condicionante temporal, porque cabe que pasado el término fijado se mantenga la necesidad. Lo anterior, sin perjuicio de que una vez que el hijo abandone la convivencia con el cónyuge de que se trate, o que dicha

convivencia no fuere necesaria por contar con medios económicos propios para cubrirla, pueda plantearse la modificación en la atribución de la vivienda familiar si el otro cónyuge fuese el que tuviese el interés más necesitado de protección, conforme a las previsiones generales del artículo 96, párrafo tercero del Código Civil, y dejando siempre a salvo el acuerdo entre ellos[95].

En definitiva, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos mayores de edad, no puede realizarse a tenor del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, ni puede vincularse en ningún caso con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de esos hijos que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, sino que debe realizarse a tenor del párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, y, por tanto, a favor del cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección en función de las circunstancias concurrentes.

A su vez, si la existencia de hijos mayores que vivan con uno de los progenitores y sean dependientes económicamente puede ser una de las circunstancias para determinar cuál sea el interés del cónyuge más necesitado de protección y, por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar a tenor del artículo 96.3 del Código Civil, no vemos obstáculo en mantener que la obtención por parte del hijo mayor de la independencia económica, o el cese de la convivencia, puedan fijarse como elementos determinantes de la extinción del uso. En estos casos, la fijación de una determinada edad de los hijos como límite de la duración del derecho de uso de la vivienda añade un elemento de complejidad innecesariamente, pues llegado ese término tendrá que instarse ante los tribunales la concesión de una prórroga forzosa si la independencia económica no se hubiera alcanzado[96].

III. ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD AFECTADOS POR DISCAPACIDAD

Para examinar esta cuestión, en primer lugar, procede determinar qué ha de entenderse por «personas con discapacidad». Conforme al artículo 1 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007[97], por tales ha de entenderse aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por su parte, el artículo 2 a) del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre[98], entiende por discapacidad, a efectos de esta Ley, la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente

permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. A su vez, en su artículo 4, declara que: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Además, tendrán la consideración de personas con discapacidad, a todos los efectos, «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Tras la anterior precisión, el interrogante que se plantea es cuál es la situación de los hijos mayores de edad necesitados de alimentos en los procesos matrimoniales, cuando se encuentran afectados por discapacidad.

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina sobre la cuestión en su sentencia de 7 de julio de 2014[99], en la que obliga a un padre a seguir pagando la pensión alimenticia de su hijo mayor de edad con discapacidad.

En el supuesto contemplado, el padre había solicitado la extinción de la pensión alimenticia con el argumento de que su hijo había finalizado los estudios de BUP hacía más de 10 años y que estaba inscrito como demandante de empleo.

El Juzgado de Primera Instancia declaró extinguida la prestación de alimentos del hijo, al entender que reunía los requisitos para acceder a una prestación no contributiva por invalidez; decisión que confirmó la Audiencia Provincial.

Para resolver el supuesto, el Tribunal Supremo tiene en cuenta el artículo 28.1 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce el derecho de estas personas a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Así, considera que aun cuando el hijo pueda recibir ayudas de la Administración, lo cierto es que en esos momentos no las recibe, ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, atendiendo a las dificultades para acceder al mundo laboral. En estas circunstancias, no es posible desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor.

Por otra parte, la Sala sostiene que el supuesto enjuiciado, mayor de edad con discapacidad que convive en el domicilio familiar, y que carece de independencia económica, al margen de que se haya iniciado o no un «procedimiento de incapacitación», no puede reconducirse al régimen jurídico de los alimentos entre parientes de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, tal y como determina el artículo 93.2 del Código Civil, porque no se trata de una situación

normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino de un hijo afectado por discapacidad que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención. Esto no supone discriminación alguna, sino que lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral y social mediante estas medidas de apoyo económico.

En consecuencia, se establece como doctrina jurisprudencial que «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

Nos parece conveniente realizar una observación en cuanto a la terminología empleada en esta sentencia en la que el Tribunal Supremo se refiere al «procedimiento de incapacitación» y al «incapacitado». No podemos dejar de recordar que la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para adaptarse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abandona el empleo de los términos incapaz e incapacitación que se sustituyen por la referencia a las personas con capacidad judicialmente modificada. A su vez, muy recientemente se ha sostenido por cierta posición doctrinal que, de acuerdo con los objetivos y principios de la Convención de Naciones Unidas de 2006, tampoco es adecuado hablar de modificación de la capacidad porque esta no se modifica. La capacidad es la que es en cada caso y en el procedimiento judicial no se puede suprimir, limitar, ni modificar, sino establecerse los mecanismos adecuados para su ejercicio en función de las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto. Por ello, se considera más correcto hablar en estos casos de «procedimiento de protección» y no de «procedimiento de modificación de la capacidad»[100].

Volviendo al tema que nos ocupa, lo cierto es que la equiparación de los hijos mayores de edad con discapacidad a los hijos menores ya se había mantenido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2012[101], en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo con capacidad judicialmente modificada y a la madre titular de la patria potestad rehabilitada, al ser su interés el más necesitado de protección[102].

En este mismo ámbito, en el caso en que, en efecto, los hijos con discapacidad reciban determinadas ayudas, como, por ejemplo, una pensión no contributiva, tal circunstancia podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión alimenticia, en relación con las posibilidades del obligado, pero *per se* no puede suponer su extinción por tener el alimentista ingresos propios. Así lo ha establecido la STS de 10 de octubre de 2014[103], que añade que habrá que ponderar cada caso concreto, es decir, valorar detenidamente el tipo de

ayuda que va a recibir, su cuantía, si es vitalicia o temporal, para determinar lo que proceda sobre la obligación de prestar pensión de alimentos a los hijos con minusvalías (debe entenderse discapacidad)[104] y su cuantificación. En el supuesto contemplado, en concreto, se admite la reducción de la pensión, al haberse disminuido los ingresos del obligado a causa de su jubilación forzosa.

A su vez, no solo es posible la modificación de la prestación alimenticia por alteración sustancial de las circunstancias cuando el beneficiario es un hijo mayor con discapacidad, como hemos visto, sino que cabe también su extinción. Así sucede en el supuesto contemplado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1.ª), de 25 de septiembre de 2014[105], en el que la hija mayor de edad, afectada por una discapacidad físico-psíquica del 66% (el Tribunal habla de minusvalía), tenía un trabajo remunerado mediante un contrato indefinido y un sueldo mensual, similar al salario mínimo interprofesional, que, aunque escaso, se atempera a la realidad socioeconómica de la sociedad actual. El Tribunal considera que no se ha probado una situación de necesidad, ni se ha producido una declaración de modificación de la capacidad, con las consecuencias jurídicas que de tal reconocimiento podrían derivarse. Por tanto, declara la procedencia de la supresión de la pensión establecida en su día en el proceso de divorcio a favor de la hija mayor.

El litigio mencionado se resuelve mediante la aplicación del Derecho aragonés; en concreto, del artículo 69 del CDFA, que establece el deber de los padres de costear los gastos de los hijos mayores o emancipados, en los términos allí prevenidos, tanto en casos de ruptura de la relación matrimonial como en el de mantenimiento de la convivencia, pero nos sorprende que no se haga referencia alguna a la actual normativa vigente sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Por otra parte, si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha equiparado los alimentos que deben prestarse a los hijos mayores de edad con los alimentos debidos a hijos menores, también lo es que en el caso de estos últimos no cabe su extinción durante la minoría de edad del hijo, sino su suspensión temporal como medida excepcional. En cambio, como hemos comprobado, sí es posible la extinción de la pensión alimenticia si el hijo mayor afectado por discapacidad tiene determinados ingresos que no permitan considerar que carece de recursos económicos para su propia manutención.

Finalmente, como ya señalamos, el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, garantiza a los hijos con discapacidad, cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, el pago de una cantidad en concepto de anticipo, en aquellos casos en los que se incumpla por el deudor, por voluntad propia o por imposibilidad real, la obligación de satisfacer los alimentos reconocidos en procesos matrimoniales. Los hijos con discapacidad deben reunir los requisitos previstos en el artículo 4 para los hijos menores de edad (Disposición Final primera).

V. CONCLUSIONES

I. Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad pueden ser fijados por el juez en los procesos matrimoniales, si concurren los presupuestos contemplados en el apartado segundo del artículo 93 del Código Civil: la convivencia en el domicilio familiar y la necesidad del alimentista. Este último requisito, además de ser imprescindible para que surja la obligación alimenticia y para la cuantificación de la prestación debida, constituye el presupuesto final que determina la duración de la obligación. Lo anterior, a diferencia de lo que tradicionalmente sucede en el caso de hijos menores, que tienen derecho a ser alimentados por el simple hecho de la generación, sin que la necesidad sea requisito para su exigibilidad. Sin embargo, en los últimos tiempos nuestro Tribunal Supremo ha admitido, con carácter muy excepcional y restrictivo, la suspensión de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores en situaciones de extrema pobreza del alimentante, sin perjuicio de la reanudación de la obligación ante la mínima presunción de ingresos.

II. La fijación de los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales está sujeta al principio de rogación. La legitimación para reclamarlos la ostenta el progenitor conviviente con el hijo mayor cuando intervenga como demandante y, en el caso de ser demandado, tendrá que solicitarlos por vía reconvencional. Como es lógico, si se pretende la modificación de las medidas adoptadas en relación a los alimentos a favor de los hijos mayores, la solicitud debe dirigirse al cónyuge que convive con ellos, que tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en defender en juicio el mantenimiento de la contribución del otro progenitor a estos fines. Por tanto, solo los progenitores tienen legitimación para promover la modificación de medidas y, en consecuencia, para oponerse como demandados a la modificación, así como para interponer los recursos oportunos.

III. La pensión alimenticia a favor de hijos mayores, fijada conforme al artículo 93.2 del Código Civil, se extinguirá por cualquiera de las causas mencionadas en el artículo 152 del Código Civil. Entre estas se encuentra la no terminación de la formación por desinterés del alimentista. La educación e instrucción del alimentista es una faceta más del contenido de la obligación alimenticia cuando no haya terminado su formación académica por causas que no le sean imputables. Ahora bien, es necesario que el hijo emplee la debida diligencia en su formación, lo que implica un rendimiento académico regular. Por tal, ha de entenderse un rendimiento medio, no excelente, sino que basta con que el aprovechamiento sea razonable.

A su vez, el derecho de alimentos se extingue no solo cuando el alimentista trabaje sino, también, cuando pueda trabajar y obtener ingresos con los que hacer frente a sus necesidades, aunque se trate de trabajos que no respondan a su cualificación y expectativas profesionales (tesis del subempleo). Por lo

que se refiere a la realización de trabajos esporádicos, la jurisprudencia de nuestras Audiencias no sigue criterios homogéneos. Mientras en algunos casos se considera causa de extinción de la obligación alimenticia, porque la precariedad es hoy una característica del mercado laboral, en otros, se estima que no procede la extinción porque la independencia económica del hijo no está garantizada.

La sentencia por la que se acuerda la extinción de las pensiones de alimentos establecida previamente en otra es constitutiva, y, por, tanto, la extinción será eficaz a partir de la fecha en que se acuerda, y no a partir de la fecha de presentación de la demanda.

IV. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos mayores de edad no puede vincularse en ningún caso con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de esos hijos que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, puesto que la necesidad de vivienda habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil. No obstante, la existencia de hijos mayores que vivan con uno de los progenitores y sean dependientes económicamente puede ser una de las circunstancias a tener en cuenta para determinar cuál sea el interés del cónyuge más necesitado de protección y, por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar, a tenor del artículo 96.3 del Código Civil. En estos casos, no vemos obstáculo en mantener que la obtención por parte del hijo mayor de la independencia económica, o el cese de la convivencia puedan fijarse como elementos determinantes de la extinción del uso.

V. Cuando el alimentista sea un hijo mayor de edad con discapacidad, según doctrina fijada recientemente por nuestro Tribunal Supremo, mediante una interpretación de las normas de nuestro ordenamiento coherente con la normativa internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, los alimentos que los padres deben prestar a aquellos como consecuencia de un proceso matrimonial, se equiparan a los que correspondan a los hijos menores, mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos. *A sensu contrario*, si no se cumplen estos requisitos, puede declararse la extinción de la pensión alimenticia, extinción que, en cambio, no procede si los alimentistas son los hijos menores de edad, en cuyo caso la prestación alimenticia solo podrá ser suspendida en determinados supuestos con carácter temporal y excepcional.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Tribunal constitucional

- STC de 10 de diciembre de 1984 *(RTC* 1984, 120)

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STS de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 978)
- STS de 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5327)
- STS de 17 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2532
- STS de 2 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3159)
- STS de 29 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2273
- STS de 12 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 338)
- STS de 2 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 601)
- STS de 14 de octubre de 2014, *(RJ* 2014, 4754)
- STS de 10 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4878)
- STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal), de 25 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5532)
- STS de 7 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 3540)
- STS de 12 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 2090)
- STS de 11 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7262)
- STS de 30 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6547)
- STS de 30 de marzo de 2012 *(RJ* 2012, 4584)
- STS de 5 de septiembre de 2011 *(RJ* 2011, 5677)
- STS de 24 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5794)
- STS de 27 de marzo de 2001 (RJ 2000, 4770)
- STS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562
- STS de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464)
- STS de 5 de noviembre de 1984 *(RJ* 1984, 5367)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de A Coruña de 11 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 89081)
- SAP de A Coruña de 3 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 75770)
- SAP de Murcia de 25 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 65450)
- SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 71228)
- SAP de A Coruña de 16 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 84622)
- SAP de Cádiz de 9 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 85641)
- SAP de Asturias de 1 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 35787)
- SAP de Barcelona de 26 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 46334)
- SAP de Barcelona de 7 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 47337)
- SAP de Murcia de 12 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 301893)
- SAP de Vizcaya de 26 octubre de 2015 *(JUR* 2015, 303029)
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 280697)
- SAP de Madrid de 9 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 39371)
- SAP de Ciudad Real de 30 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 5496)

- SAP de Lugo de 8 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 248558).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 238129)
- SAP de Pontevedra de 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 27237)
- SAP de Cantabria de 2 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 33661)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 25149)
- SAP de Pontevedra de 24 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 238129)
- SAP de Córdoba de 27 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 192858)
- SAP de Barcelona de 10 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 10708)
- SAP de Ciudad Real de 26 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 369926) y Santa Cruz de Tenerife de 2 de septiembre de 2013 *(AC* 2013, 1775)
- SAP de Badajoz de 28 de octubre de 2011*(JUR* 2011, 403900)
- SAP de Albacete de 2 de febrero de 2011*(JUR* 2011, 11658).
- SAP de Palencia de 13 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 229642)
- SAP de Badajoz, de 25 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 163497)
- SAP de Murcia de 4 de marzo de 2010 *(JUR* 2019, 154924)
- SAP de Granada de 23 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 247156)
- SAP de Barcelona de 14 de julio de 2009 *(JUR* 2009, 417593)
- SAP de Teruel de 28 de enero de 2009 *(AC* 2009, 1602)
- SAP de Granada de 6 de junio de 2008 *(JUR* 2011, 173963)
- SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322513)
- SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322472)
- SAP de Granada de 7 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 42660)
- SAP de Asturias de 26 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 341155)
- SAP de Jaén de 25 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 156998)
- SAP de Sevilla de 14 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 176103)
- SAP de Girona de 11 de abril de 2.005 *(JUR* 2005, 126915)
- SAP de Pontevedra de 19 de octubre de 2006 *(JUR* 2006, 285724)
- SAP de Badajoz de 14 de julio de 2006 *(JUR* 2006, 224885)
- SAP de Madrid de 4 de julio de 2006 *(JUR* 2007, 26162)
- SAP de Valencia de 21 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 270365)
- SAP de Valencia de 7 de junio de 2006 (*JUR* 2006/259207)
- SAP de Ourense de 5 de abril de 2006 *(JUR* 2016, 89158).
- SAP de Girona de 21 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 220969)
- SAP de Asturias de 14 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 130644)
- SAP de Asturias de 14 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 149051)
- SAP de Valencia de 23 de enero de 2006 *(AC* 2006, 659),
- SAP de Asturias de 27 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 106399)
- SAP de Madrid, de 14 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 160090)
- SAP de Vizcaya de 13 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 204454)
- SAP de Zaragoza de 11 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 181179)

- SAP de Valencia de 10 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2562)
- SAP de Valencia de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2618)
- SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 120721)
- SAP de Córdoba de 27 de junio de 2003 *(JUR* 2003, 184664)
- SAP de Asturias de 13 de mayo de 2.003 *(JUR* 2003, 232632)
- SAP de Pontevedra de 26 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 436)
- SAP de Madrid, de 5 de julio 2002 *(JUR* 2003, 27636)
- SAP de Córdoba de 9 de abril de 2002 *(JUR* 2002, 153907)
- SAP de Álava de 20 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 217448)
- SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2001 JUR 2002\64507
- SAP de Navarra de 1 de septiembre de 2001 *(AC* 2001, 2582)
- SAP de Toledo de 29 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 179295)
- SAP de Barcelona de 30 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 1332679)
- SAP de Jaén de 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612)
- SAP de Álava, de 24 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 3240)
- SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000 *(JUR* 2001, 77)
- SAP de Barcelona, de 26 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4544)
- SAP de Jaén de 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100)
- SAP de Girona de 18 de diciembre de 1996 *(AC* 1996, 2409)
- SAP de Sevilla de 14 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 176103)
- SAP de Cádiz de 15 de junio de 1996 *(AC* 1996, 1106)
- SAP de Barcelona de 17 de mayo de 1996 *(AC* 1996, 893)
- SAP de Navarra de 15 de mayo de 1996 *(AC* 1996, 1578)
- SAP de Orense de 23 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 587)
- SAP de Madrid de 20 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1267)
- SAP de Valladolid de 16 de noviembre de 2004 *(JUR* 2004, 312268)
- SAP de Las Palmas de 15 abril 1994 *(AC* 1994, 745)

BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. (2009). Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos mayores de edad convivientes, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 98, 3-38.

CABEZUELO ARENAS, A. L. (2009). Pensiones de alimentos a los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?, *Aranzadi Doctrinal* núm. 5, 109-129.

CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M. (2011). La obligación de alimentos como obligación familiar básica. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 193-318.

CARRASCO PERERA, A. (2016). El «mínimo vital» alimenticio: «De paurpetate non curat praaetor», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 915, 1-2.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores con discapacidad», *RCDI*, núm. 748, 355-370.

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

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil,* tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 955-974.

GARCÍA HERRERA, V. (2014). El deber de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada. En. C. Lasarte, *Relaciones Paterno-Filiales*, vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 295-313.

GOMÁ SALCEDO, J.E. (2007) *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral,* tomo III, vol. 1, Bosch, Barcelona: Bosch.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (1998). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 23-50.

GUILARTE GUTIERREZ, V. (1997). A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93 párr. 2.º del Código Civil, *Aranzadi Civil,* núm. 3, 9-22.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Pons.

LLAMAS POMBO, E. (2009). Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión. Últimas tendencias en derecho de alimentos. En E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. Madrid: LA LEY, pp. 209-268.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2009). Últimas tendencias en derecho de alimentos, En E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. Madrid: LA LEY, pp. 647-717.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2014), Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad (2014). En C. Lasarte (dir.), *Relaciones Paterno-Filiales*, vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 251-271.

MAGRO SERVET, V. (2004). El nuevo contrato de alimentos en la Ley 1/2003, de 18 de noviembre de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores. *Diario La Ley*, núm. 6019, 1698-1706.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del Código Civil). Teoría y práctica jurisprudencial*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2008). Legitimación para reclamar alimentos a favor de hijos mayores. *Actualidad Civil*, núm. 5, 590-600.

MORENO VELASCO, V. (2010) Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. *Diario La Ley*, núm. 7433, Ref. D-212, 1470-1474.

PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. *RDP*, núm. 4, 3-40.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (1993). La fijación de alimentos a hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil. *Aranzadi Civi*, núm. 8, 9-27.

SIERRA PÉREZ, I. (2011). Comentario a los artículos 142 a 153. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, Navarra: Civitas-Aranzadi, pp. 726-760.

NOTAS

[1] *Vide,* sobre otros supuestos de obligación legal de alimentos no fundada en el matrimonio o parentesco DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 472.

[2] Denominación no del todo correcta, en cuanto solo vincula a ciertos parientes y, además, extiende su ámbito de aplicación a los cónyuges, que no son parientes, sino familia. Vide LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Pons, p. 364.

[3] Como indica SIERRA PÉREZ, I. (2011). Comentario a los artículos 142 a 153. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dir.) *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, Navarra: Civitas-Aranzadi, p. 257), se trata de reciprocidad sucesiva y no de reciprocidad simultánea típica de las obligaciones bilaterales, pues el mismo sujeto nunca puede ser acreedor y deudor a la vez.

[4] *Vide,* también, el artículo 236-17.1 del Código Civil de Cataluña. Me parece importante destacar que, por su parte, el artículo 237-3 del citado Cuerpo legal exime de la obligación de prestar alimentos entre parientes a las personas que tienen reconocida la condición de discapacitadas, salvo que previsiblimente sus posibilidades excedan de sus futuras necesidades, en función de su grado de discapacitación.

[5] *RJ* 1993, 7464.

[6] *Vide,* entre otras, la STS de 24 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5794).

[7] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (1993). La fijación de alimentos a hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil. *Aranzadi Civil*, núm. 8, p. 9. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2009). Últimas tendencias en derecho de alimentos. En E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. Madrid: LA LEY, p. 684; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2014), Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad (2014). En C. Lasarte (dir.), *Relaciones Paterno-Filiales*, vol. II. Madrid: Tecnos, p. 257.

[8] *RJ* 2008, 5794.

[9] Tal y como mantuvo en su día la SAP de Girona de 18 de diciembre de 1996 *(AC* 1996, 2409).

[10] *RJ* 2015, 338.

[11] *RJ* 2015, 601.

[12] La suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por el solo hecho del ingreso en prisión del progenitor alimentante no procede, si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos (STS de 14 de octubre de 2014, *RJ* 2014, 4754).

[13] Destaca CARRASCO PERERA, A. (2016). El «mínimo vital» alimenticio: «De paurpetate non curat praaetor», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 915, p. 1) que si lo normal era que los pleitos paternofiliales se plantearan entre progenitores e hijos mayores de edad que carecían de ingresos por una razón u otra, desde que la pobreza sacude a sectores crecientes de población asistimos a controversias de alimentos promovidas en nombre de los hijos menores contra padres que se encuentran en pobreza, en indigencia absoluta, apareciendo el concepto de mínimo vital: cantidades de 100 a 150 euros, por cuya condena se llega incluso a casación.

[14] LASARTE, C. (2015). Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI, *op. cit.,* p. 126.

[15] *JUR* 2006, 270365.

[16] Tal y como señala GUILARTE GUTIERREZ, V. (1997). A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93 párr. 2.º del Código Civil*, Revista Aranzadi Civil,* núm. 3, p. 181. Junto a los anteriores, se menciona como efecto positivo de la reforma el evitar la extinción automática de las pensiones fijadas en el proceso matrimonial para los que entonces eran hijos menores de edad al cumplir estos los dieciocho años (DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil,* tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 967.

[17] GUILARTE GUTIERREZ, V. A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad en la crisis matrimonial de sus progenitores: el artículo 93 párr. 2.º del Código Civil. *Op. cit.,* pp. 183 y 184.

[18] En este sentido se pronuncia MAGRO SERVET, V. (2004). El nuevo contrato de alimentos en la Ley 1/2003, de 18 de noviembre de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores». *Diario La Ley*, núm. 6019, p. 1703. Para este autor, «los alimentos del párrafo primero del artículo 93CC no son los mismos alimentos del párrafo segundo, pues su fundamento, presupuestos y cuantía son distintos. Sin embargo, la realidad social nos indica que durante los primeros años de los hijos, tras alcanzar la mayoría de edad, sus necesidades son muy similares, e incluso mayores que las que tenían cuando eran menores, pues, especialmente, los gastos por formación suelen aumentar, por lo que, salvo determinadas prestaciones que no podrían incluirse en el concepto de necesidades (especialmente el ocio), en la práctica resultaría que, aunque unos y otros alimentos tienen naturaleza distinta, el importe resultaría muy similar o incluso superior para los hijos mayores». Por su parte, GOMÁ SALCEDO, J. E. (2007) *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral,* tomo III, vol. 1. Barcelona: Bosch, p. 138) considera que se trata de una variedad particular de alimentos, que no coinciden con los regulados en los artículos 142 y sigs., ni tampoco con los alimentos debidos por patria potestad del artículo 154, pues puede subsistir la obligación aunque esta se haya extinguido. Su fundamento legal se remonta al artículo 39.3 de la Constitución.

[19] *RCL* 2007, 2256.

[20] En su Preámbulo, el Real Decreto contempla tanto los supuestos de incumplimiento por la negativa deliberada del obligado a satisfacer los alimentos, como los supuestos de imposibilidad real del deudor de hacerlos efectivos. En ambos casos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran junto con la persona que los tiene bajo su guarda y custodia.

[21] *Vide* los artículos 4 a 7 del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre.

[22] Tal y como manifiesta MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2009) Últimas tendencias en derecho de alimentos. *Op. cit.,* p. 684.

[23] GARCÍA HERRERA, V. (2014). El deber de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada. En C. Lasarte, *Relaciones Paterno-Filiales*, vol. II. Madrid: Tecnos, p. 299. Esta autora señala que los presupuestos mencionados no se exigen para que el hijo mayor sea considerado acreedor de los alimentos, sino para que estos puedan materializarse en un procedimiento en el que se discute la crisis matrimonial de los progenitores.

[24] RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., La fijación de alimentos a hijos mayores de edad o emancipados al amparo del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil. *Op. cit.,* p. 24.

[25] Precisamente a estos casos se refieren las SSAP de Álava de 24 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 3240) y de Girona de 21 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 220969). Por su parte, la SAP de Murcia de 12 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 301893) considera improcedente la petición de alimentos realizada por una madre en un proceso de divorcio, a favor de una hija de 34 años que no reside en el domicilio familiar y que ha estado incorporada al mercado laboral durante casi una década.

[26] SAP de Barcelona de 14 de julio de 2009 *(JUR* 2009, 417593).

[27] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2008). Legitimación para reclamar alimentos a favor de hijos mayores», *Actualidad Civil*, núm. 5, pp. 592 y 593, *Vide,* también, la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 130644).

[28] GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (1998). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias. *Aranzadi Civil*, núm. 2, p. 43. En esta dirección, vide la SAP de Orense de 23 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 587).

[29] MADRIÑAN VÁZQUEZ, M. (2014). Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad, *cit.,* p. 260.

[30] En el caso de hijos menores procede la fijación de oficio de los alimentos en el proceso matrimonial al tratarse de una materia de *ius cogens*, indisponible para las partes, en la que no operan los principios dispositivo y de rogación (STC de 10 de diciembre de 1984, *RTC* 1984, 120).

[31] LPV 2015, 234.

[32] *Vide,* entre otros, DÍAZ MARTINEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93. *Op. cit.,* p. 968.

[33] *JUR* 2006, 285724.

[34] Recientemente, la SAP de Barcelona de 26 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 46334) ha declarado que «no cabe fijar alimentos para hijos mayores de edad si no existe petición del progenitor con quien conviven, y que es quien debe acreditar la convivencia y necesidad que es cubierta por él directamente».

[35] *JUR* 2006, 270365.

[36] A su vez, según esta tesis, la intervención de los hijos mayores podía tener lugar: constituyéndose en parte en el proceso matrimonial, mediante una intervención adhesiva, u otorgando poder suficiente a uno de los progenitores. *Vide* GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (1998). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias, *op. cit.,* p. 27).

[37] Así, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 25149) aprecia la excepción de falta de legitimación activa de la demandante para reclamar alimentos a favor de su hijo mayor, al no enmarcarse la petición en un proceso matrimonial.

[38] La SAP de Madrid de 4 de julio de 2006 *(JUR* 2007, 26162) declara que «No puede tampoco dejar de señalarse que, tratándose de una medida no solicitada en la demanda, respecto de la que los tribunales no pueden pronunciarse de oficio, al contrario de lo que acaece respecto de las que afectan a los hijos menores de edad o incapacitados, el artículo 770.2.ª LEC exigía su postulación mediante demanda reconvencional, con una formulación expresa y a continuación del escrito de contestación…». En este sentido se pronuncia MORENO VELASCO, V. Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, *Diario La Ley*, núm. 7433, Ref. D-212, p. 1473.

[39] No cualquier modificación de las circunstancias económicas de los interesados (necesidades del alimentista y patrimonio del deudor) justifica una modificación de la pensión alimenticia, pues los artículos 90 y 91 del Código Civil son claros al requerir la presencia de alteraciones «sustanciales», expresión que ha sido interpretada en el sentido de que no toda variación, aun siendo relevante, determina la modificación de la pensión, sino que la alteración de circunstancias susceptible de ser tenida en consideración debe revestir una serie de requisitos, tales como que sea una alteración verdaderamente relevante, no de importancia simplemente relativa; ha de ser también permanente o duradera en el tiempo, no coyuntural o transitoria; involuntaria, en el sentido de no imputable la nueva situación a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni tampoco predeterminada para dicho fin, pues en tal caso se ampararía un evidente fraude a la Ley; y, por último, deben ser circunstancias sobrevenidas con posterioridad, y no previstas en el momento en que se determinó la fijación de la pensión alimenticia cuya alteración se solicita (SAP de Pontevedra de 24 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 238129).

[40] SAP de Cádiz de 9 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 85641).

En contra GARCÍA HERRERA, V. (2014). El deber de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada. *Op. cit.,* p. 306. Esta autora considera que la intervención procesal del hijo mayor sería necesaria cuando la modificación «supusiera una reducción o una supresión de los alimentos fijados en un proceso matrimonial previo, puesto que en tal supuesto sí se discuten derechos e intereses legítimos propios del hijo (sus derechos alimenticios), y su ausencia daría lugar a la falta de litisconsorcio pasivo necesario». En este sentido, en el supuesto contemplado por la SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322513) no se cuestiona que la demanda de modificación de medidas se dirija contra la progenitora conviviente y la hija mayor de edad alimentista.

[41] Tal y como manifiesta la SAP de Badajoz de 14 de julio de 2006 *(JUR* 2006, 224885).

[42] En este sentido se pronuncian las SSAP de Asturias de 27 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006, 106399) y de 14 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 149051).

[43] *JUR* 2006, 176103. La Audiencia considera procedente la devolución de las cantidades satisfechas al entender que se trata «de un cobro de lo indebido al no existir esa necesidad de sustento que configura la prestación alimenticia, es decir, nos encontramos ante una ausencia

total de causa en el pago, que fue realizado con una evidente intención de abonar la deuda, *animus solvendi*, y obviamente se realizó por un error por parte del actor».

[44] *JUR* 2004, 120721.

[45] LLAMAS POMBO, E. (2009). Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión. En E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: LA LEY. pp. 258 y 259.

[46] *RCL* 2015, 1016.

[47] *RCL* 2015, 1128.

[48] La STS de 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5327) suprime la pensión alimenticia a un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente, que no puede prestarlos. También la SAP de Córdoba de 27 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 192858) declara la extinción de la obligación de alimentos que pesaba sobre la madre a favor de su hijo mayor de edad como consecuencia de un proceso de divorcio, ante su escasez de medios para satisfacer sus propias necesidades.

[49] En relación con esta causa, la SAP de Asturias de 1 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 35787) contempla un supuesto en el que el hijo, en ese momento mayor de edad (19 años), había sido condenado cuando era menor por una falta de maltrato habitual en el ámbito familiar. La Sala estima que los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria, por el contexto en el que se produjeron) no puede reputarse que revistan la gravedad suficiente para ser subsumibles en causa de desheredación, que es lo que determina, conforme al artículo 152. 4 del Código Civil, la extinción de la obligación de prestar alimentos. *Vide,* también, la SAP de A Coruña de 3 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 75770).

[50] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2009) Últimas tendencias en derecho de alimentos, En E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*. *Op. cit.,* pp. 703-705.

[51] Así, la SAP de Murcia de 4 de marzo de 2010 *(JUR* 2019, 154924) resuelve un supuesto en el que el alimentista y beneficiario de la pensión por alimentos tiene en la actualidad veinticinco años, y ha reconocido en su declaración que estuvo estudiando bachiller hasta los veintiún años (cuando normalmente este ciclo formativo es entre los 17 y 18 años) y que desde entonces prepara oposiciones a la escala básica de la policía, sin que haya aprobado la oposición. Para la Sala, estos hechos denotan una evidente falta de aprovechamiento por parte del alimentista, de ahí que en consideración también a su edad, veinticinco años, justifique la extinción de la pensión por alimentos.

[52] Esta previsión ya se contenía en el artículo 259 de Ley núm. 9/1998, de 15 de julio, Código de Familia de Cataluña.

[53] *JUR* 2016, 47337.

[54] *Vide,* también, las SSAP de Barcelona de 18 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 71228) y de Murcia de 25 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 65450).

[55] *JUR* 2015, 238129.

[56] *AC* 2009, 1602.

[57] En la misma dirección, *vide* la SAP de Pontevedra de 26 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 436) y la SAP de A Coruña de 16 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 84622).

Por su parte, la SAP de Madrid de 20 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1267) considera que en el supuesto objeto de litis no puede imputarse el fracaso escolar de los hijos al posible trauma, no acreditado en modo alguno, dimanante de la crisis conyugal de sus progenitores.

[58] En cambio, el TS, en su sentencia de 28 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4785), considera procedente la extinción de la obligación alimenticia, en un supuesto en el que el hijo había abandonado su formación reglada, sin que se haya probado una reiniciación de la vida académica de modo serio y determinante, lo que denota pasividad que no puede repercutir negativamente en el progenitor alimentante.

[59] SSAP de Barcelona de 17 de mayo de 1996 *AC* 1995, 893, de Asturias de 20 de noviembre de 2001 *JUR* 2002, 64507 y de Pontevedra de 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 27237). Por su parte, la SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 280697) considera que la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores debe establecerse con ca-

rácter indefinido, hasta que se acredite que tienen medios de vida suficiente. Aunque los hijos estén próximos a finalizar sus estudios de Ingeniería y de Derecho, no puede presumirse por ese solo dato que van a tener a plazo determinado asegurados sus medios de subsistencia.

[60] La STS de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562) estima que la obligación alimenticia de los padres se extingue cuando los hijos mayores de edad no se encuentran en una situación que pueda definirse como de necesidad. Tras recordar que 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, proclama: «Pues bien, teniendo en cuenta, 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».

[61] *LARG* 2011, 118.

[62] Sobre los límites y marco de los estudios universitarios, *vide* la SAP de Madrid de 9 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 39371).

[63] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2009), Pensiones de alimentos a los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas? A*ranzadi Doctrinal,* núm. 5, p. 124.

[64] JUR\2001\1332679.

[65] *Vide,* por todos, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2009). Pensiones de alimentos a los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas? *Op. cit.,* p. 125.

[66] SSTS de 5 de noviembre de 1984 *(RJ* 1984, 5367, y de 27 de marzo de 2001. *RJ* 2000, 4770). *Vide,* también, entre otras, las SSAP de Ciudad Real de 26 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 369926) y de 30 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 5496), así como la SAP de Las Palmas de 15 abril 1994 *(AC* 1994, 745) que sostiene que «hablar de capacidad objetiva para el trabajo, en el momento actual, suena a sarcasmo. Bien que subjetivamente Raquel se encuentre en condiciones óptimas para trabajar, pero si el mercado laboral no le facilita un puesto de trabajo —incapacidad objetiva— la realidad es que no trabaja, por causa a ella no imputable». Sin embargo, la STS de 17 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2532), confirma la supresión de la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad, al considerar que no tiene obstáculo alguno para insertarse laboralmente, dada su edad y excelente formación académica (licenciatura y estudios en el extranjero). Para el Alto Tribunal, la referida doctrina jurisprudencial ha de ser aplicada al caso concreto y, de ello, puede deducirse que no está vedado al tribunal de segunda instancia apreciar, conforme a derecho, la concreta potencialidad de la hija con arreglo a parámetros lógicos y jurídicos.

[67] *AC* 2013, 1775.

[68] Tal y como se mantiene en la SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322472).

[69] SSAP de Navarra de 15 de mayo de 1996 *(AC* 1996, 1578), de Jaén de 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612), de Valencia de 23 de enero de 2006 *(AC* 2006, 659), de Badajoz de 25 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 163497) y de 28 de octubre de 2011 *(JUR* 2011, 403900), de Palencia de 13 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 229642) y de Albacete de 2 de febrero de 2011 *(JUR* 2011, 11658).

[70] Así, la SAP de Álava de 20 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 217448), aunque en este caso, al concurrir otras circunstancias, se mantiene la pensión alimenticia durante un tiempo.

[71] SAP de Barcelona de 26 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4544) y de Valencia de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2618).

[72] Así lo entendió la SAP de Barcelona de 10 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 10708). Para la Sala, el convenio de cooperación educativa de prácticas no curriculares y la normativa de aplicación establecen de forma expresa la exclusión del ámbito laboral, cuando indican

que la relación entre el estudiante y la entidad es de carácter académico, por lo que no se deriva ninguna obligación propia de un contrato laboral. Se trataba, en definitiva, de unas prácticas retribuidas sin garantía de un contrato posterior. En la misma dirección, *vide* la SAP de Valencia de 10 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2562).

[73] SAP de Lugo, de 8 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 248558).

[74] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2009). Pensiones de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas? *Op. cit.,* p. 111.

[75] CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M. (2011). La obligación de alimentos como obligación familiar básica. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 258-255.

[76] *JUR* 2001, 179295.

[77] Tal y como mantiene la SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322513).

[78] GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (1998). Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias. *Op. cit.,* p. 41.

[79] En este sentido se pronuncia la SAP de Asturias de 12 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 322472).

[80] *Vide* la SAP de Córdoba de 27 de junio de 2003 *(JUR* 2003, 184664).

[81] MAGRO SERVET, V. (2004), El nuevo contrato de alimentos en la Ley 1/2003, de 18 de noviembre de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores. *Op. cit.,* p. 1703. *Vide* las SSAP de Jaén, de 28 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8100) y de Valencia, de 7 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 259207).

[82] Por su parte, el Código Civil de Cataluña regula la cuestión en los artículos 233-20 y siguientes. Establece como criterio preferente el acuerdo entre los cónyuges (art. 233-20.1) o miembros de la pareja (art. 234-8.1). Cuando no hay acuerdo, o este no es aprobado judicialmente, el siguiente criterio es atribuir la vivienda a quien corresponda la guarda de los hijos (arts. 233-20.2 y 234-8.2.a).

A su vez, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de Relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco *(LPV* 2015, 234) regula la atribución del uso de la vivienda en el artículo 12.

[83] Se citan, entre otros, los supuestos en los que el cónyuge no guardador sufra una grave enfermedad o desarrolle su trabajo en la vivienda familiar, o cuando el cónyuge guardador disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y a las de sus hijos y el otro progenitor, titular de la vivienda, carezca de otra, siempre y cuando, eso sí, el cambio de residencia no repercuta negativamente en los hijos (ABAD ARENAS, E. (2009). Atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos mayores de edad convivientes, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 98, p. 19).

[84] Señala MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del Código Civil). Teoría y práctica jurisprudencial*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 169) que la cuestión surge por dos razones: 1. Porque en la actualidad lo normal es que los hijos mayores, al no haber finalizado sus estudios o habiéndolos finalizado no consiga su independencia económica viéndose obligados a permanecer en el domicilio familiar y a que sus progenitores sigan manteniéndolos. 2. Porque tras la crisis matrimonial, el hijo, al no poder convivir con ambos progenitores, puede decidir irse a vivir con uno de ellos que, a su vez, conforme al 149.1 del Código Civil podrá aceptar tal decisión, aunque lo habitual es que acabe aceptándola.

[85] En este sentido se pronuncia la SAP de Granada de 23 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 247156) en un supuesto en el que existen en el matrimonio dos hijos que conviven con la progenitora en la vivienda familiar. Para la Sala, «si bien uno de ellos ya tiene independencia económica, por lo que no puede erigirse en causa de la atribución de la vivienda familiar, el otro —de veinte años de edad— carece de la misma por estar completando su formación, de modo que aún tiene la necesidad de vivienda, la cual satisface al mantener la convivencia con la progenitora en la vivienda familiar, de modo que, por ello, el interés del cónyuge con el que convive es el más necesitado de protección. *Vide,* también, las SSAP de Granada de 6 de junio de 2008 *(JUR* 2011, 173963) y de 7 de septiembre de 2007 *(JUR* 2008, 42660), así como las SSAP de Córdoba de 9 de abril de 2002 *(JUR* 2002, 153907),

de Asturias de 13 de mayo de 2003 *(JUR* 2003, 232632), de Girona de 11 de abril de 2.005 *(JUR* 2005, 126915), de Vizcaya de 13 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 204454) y de Navarra de 1 de septiembre de 2001 *(AC* 2001, 2582).

En la doctrina, a favor de la tesis de que el artículo 96.1 se extiende únicamente a los hijos menores, vide, por todos MARTÍN MELÉNDEZ, T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del Código Civil). Teoría y práctica jurisprudencial. *Op. cit.,* pp. 174 y sigs.

[86] SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000, *JUR* 2001, 77, de Zaragoza de 11 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 181179), de Madrid, de 5 de julio 2002 *(JUR* 2003, 27636), de Jaén de 25 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 156998) y de Asturias de 26 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 341155).

[87] *RJ* 2011, 5677.

[88] *RJ* 2012, 4584.

[89] *RJ* 2013, 7262.

[90] *Vide,* recientemente, la STS de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 978) y las SSAP de Vizcaya, de 26 octubre de 2015 *(JUR* 2015, 303029) y de Ourense de 5 de abril de 2006 *(JUR* 2016, 89158).

[91] *RJ* 2014, 2090.

[92] *Vide* la SAP de A Coruña de 11 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 89081) y las sentencias del Tribunal Supremo que ahí cita.

[93] *Vide* las SSAP de Valladolid, de 16 de noviembre de 2004 *(JUR* 2004, 312268) y de Madrid, de 14 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 160090).

[94] STS de 29 de mayo de 2015 *RJ* 2015, 2273.

[95] *Vide* la SAP de Granada de 23 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 247156).

[96] DÍAZ MARTÍNEZ, A., (2013). Comentario al artículo 93. *Op. cit.,* p. 1008.

[97] *RCL* 2008, 950.

[98] *RCL* 2013, 1746. Este Real Decreto ha derogado, entre otras, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados.

[99] *RJ* 2014, 3540. Sobre esta sentencia, *vide* DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores con discapacidad, *RCDI*, núm. 748, pp. 355-370.

[100] PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. *RDP*, núm. 4, p. 7.

[101] *RJ* 2012, 6547.

[102] *Vide,* también, sobre la atribución de la vivienda familiar a la hija discapacitada, la SAP de Cantabria de 2 de octubre de 2015 *(JUR* 2016, 33661).

[103] *RJ* 2014, 4878. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 2 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3159).

[104] La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia *(RCL* 2006, 2226), en su Disposición adicional octava establece que «las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad». Por su parte, el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre *(RCL* 2009, 2586) por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y que modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de 1999, sustituye el término «minusvalía» empleado por esta norma por el de «discapacidad».

[105] *RJ* 2014, 5532.

(Trabajo recibido el 6-5-2016 y aceptado para su publicación el 22-7-2016)

Renuncia a la propiedad horizontal y a la multipropiedad (resoluciones de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014)

Abandonment of an individual unit in Horizontal Property and Timeshare (Resolutions August 30, 2013, and October 21, 2014)

por

JUSTO GÓMEZ DÍEZ
Profesor Titular interino de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Frente a la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014, deben inscribirse las renuncias de propiedad horizontal y de multipropiedad sin exigir el consentimiento de los otros propietarios del edificio o del apartamento. El destino del bien inmueble objeto de la renuncia es el Patrimonio del Estado, por aplicación del artículo 17 de la Ley 33/2003. La tesis que lo atribuye a los otros propietarios del edificio carece de apoyo normativo. Hay que insistir en que los pisos y locales son objeto de propiedad exclusiva. La objetivación de los turnos vacacionales apoya la misma solución en las situaciones de verdadera multipropiedad cuya subsistencia han respetado las disposiciones transitorias de las leyes de aprovechamiento por turnos de 1998 y 2012.

ABSTRACT: In opposition to the Resolutions August 30, 2013, and October 21, 2014, the renunciation of an apartment in condominium or a timeshare must be registered without requiring the agreement of the other owners of the building or apartment. The waved rights belong to the State under Article 17 of the Act number 33 of 2003. To confer the ownership to the other owners of the building lacks legal support. Apartments are subject to individual property. Similar solution must be maintained with regard to the renunciation of a time period in cases of real right (ius in re) respected by the transitional provisions of the timeshare Acts of 1998 and 2012.

PALABRAS CLAVE: Abandono. Propiedad horizontal. Aprovechamiento por turno. Multipropiedad. Comunidad. Servidumbre.

KEY WORDS: Dereliction. Condominium. Timeshare. Servitude.

SUMARIO: I. RENUNCIABILIDAD DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—II. RENUNCIA Y «ACRECIMIENTO»: 1. Acrecimiento o transferencia del inmueble a los otros propietarios. Propiedad de los pisos y copropiedad del edificio. 2. Copropiedad de los elementos comunes y propiedad separada de los pisos y locales. 3. Observaciones sobre la renuncia liberatoria (arts. 395, 544 y 599 del Código Civil).— III. INSCRIPCIÓN DE LA RENUNCIA. —IV. RENUNCIA Y PERJUICIO DE TERCEROS.—V. RENUNCIA A LA MULTIPROPIEDAD (RESOLUCIÓN DE 21 DE OCTUBRE DE 2014). —VI. CONCLUSIONES.—RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS—SENTENCIAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. RENUNCIABILIDAD DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En la resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de agosto de 2013 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 238, 4 de octubre de 2013), que ha sido objeto de críticas[1] —desconozco si fue impugnada en juicio y su suerte ulterior—, se ha dado una respuesta más que discutible a la cuestión de la *inscripción* de la renuncia a la propiedad horizontal. La resolución de 21 de octubre de 2014 (*Boletín Oficial del Estado*, 12 de noviembre de 2014) utiliza la misma argumentación en un caso de renuncia de derechos de multipropiedad (renuncia a la *propiedad* de un turno de uso).

En general no parece que se cuestione el principio de la renunciabilidad de la propiedad, sin perjuicio de su función social, deberes jurídico-administrativos, derechos de terceros y vinculaciones contractuales.

Se admite como tesis general que el propietario de un piso o local, así como el propietario de un turno o periodo vacacional, tiene la facultad de renunciar a su derecho, lo que sería «manifestación de la libertad del propietario» y «correlato del principio jurídico constitucional y civil a [*sic*] no quedar vinculado perpetuamente… *por las cargas de una administración cuya gestión* [sic] *no controla*» (resolución de 30 de agosto de 2013, F. D. 7; igual en la resolución de 21 de octubre de 2014, F. D. 7).

Sin embargo, se dificulta extraordinariamente la inscripción de la renuncia, de manera que prácticamente se hace imposible. Según la Dirección, la renuncia no puede inscribirse hasta que consientan todos los otros propietarios o judicialmente se declare válida.

Podría ser —aunque no me atrevería a asegurarlo— que en esta decisión de nuestra Dirección General hubiera pesado la lectura de la sentencia del Tribunal federal alemán de 14 de junio de 2007 (BGH, V ZB 18/07). Según esta sentencia, parece que debe tenerse en cuenta sobre todo que la regulación legal de la obligación de sostenimiento de gastos y cargas (§ 16 WEG) resultaría eludida si se admitiera la renuncia de un propietario a la propiedad de su vivienda, o de la parte del inmueble que le pertenezca, porque en el caso de separarse un propietario de la comunidad de esa manera, los demás propietarios tendrían que soportar una mayor participación en los gastos de mantenimiento y administración, y aun en las cargas, del inmueble. Esta sentencia sostiene que es aplicable esencialmente la misma doctrina que a la renuncia de una cuota parte de copropiedad, para la que el BGB no contempla el acrecimiento y cuya nulidad ha acabado sosteniendo el BGH[2]. Puesto que a una cuota parte de la copropiedad de un terreno no se puede renunciar, y la propiedad de la vivienda se basa en la participación del propietario en la copropiedad del suelo, tampoco a ella ha de poderse renunciar. De la propiedad horizontal solamente se podría salir mediante la transferencia del derecho, puesto que ni se puede exigir la división ni se admite la renuncia.

Ahora bien, en el derecho alemán en caso de *Herrenlosigkeit* el respectivo territorio (*Land*) no adquiere automáticamente el inmueble, sino que tiene un derecho a ocuparlo. Por esta razón, la renuncia podría causar que la cuota de cargas y gastos de un piso sin dueño tuvieran que afrontarla los otros propietarios del edificio, si el *Land* renunciara a su derecho de apropiación. Esta situación no se puede dar en el derecho español, porque los bienes inmuebles sin dueño se atribuyen automáticamente al Estado.

A mi juicio, contra lo que dice la resolución de 30 de agosto de 2013, en el vigente derecho español se debe sostener que la renuncia produce la adquisición del inmueble por la Administración General del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 33/2003, y que debe ser inscrita inmediatamente, a instancia del titular registral renunciante. La inscripción de la renuncia, que no es constitutiva, publica la extinción de la propiedad, de la que,

para cualquiera que consulte el Registro, se deduce directamente la titularidad del Estado —supuesto que la renuncia sea válida— sin necesidad de que se inscriba especialmente su adquisición.

Examinaré los argumentos esgrimidos en las dos resoluciones referidas. Conviene no obstante advertir en cuanto a la resolución de 30 de agosto de 2013 que la nota de calificación sugiere que acaso la renuncia se debiera a la real inexistencia de la finca registral (Hechos, II).

II. RENUNCIA Y «ACRECIMIENTO»

1. Acrecimiento o transferencia del inmueble a los otros propietarios. Propiedad de los pisos y copropiedad del edificio

Según la Dirección, la renuncia a la propiedad horizontal de un piso o local provoca una especie de *acrecimiento*.

> «Deviene forzoso… que, en caso de renuncia de uno de los dueños, el dominio del piso «pase a los demás dueños» y les «acrezca» ya que, «en cuanto titulares del dominio del edificio en su conjunto, sufren en él la comprensión del dominio de cada piso o local, dominio que opera sobre el edificio en su conjunto como un derecho real limitativo». Lo que impone… que, *cualquiera que sea el mecanismo por el que se produzca*, el elemento renunciado pase, por razón de la renuncia del condueño o partícipe, a todos los demás en proporción a sus cuotas… [P]roducida la renuncia y calificada positivamente su legalidad, debería procederse a inscribir el elemento independiente sobre la que recayó, en la forma prevenida en el artículo 4.2, pr., de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, a nombre de todos los propietarios del inmueble en proindiviso ordinario» (resolución de 30 de agosto de 2013, F. D. 8)[3].

Es bastante extraño que el propietario de un piso sea a la vez propietario del piso y copropietario de todo el edificio en su conjunto, incluso de su propio piso, lo que significa que en cuanto a su piso es a la vez propietario y copropietario. Si su derecho es de propiedad —como se reconoce— parece paradójico y una duplicación innecesaria que sea también copropietario de su piso. También es muy extraño que la propiedad se considere como un gravamen de la copropiedad. No sé si lo que no se atreve la Dirección a decir es que sobre el edificio existe alguna forma de enfiteusis, lo que desde luego no es el sistema de la Ley de propiedad horizontal.

La argumentación de la Dirección no es coherente lógicamente. El efecto que se supone que produce la renuncia es la transferencia de la propiedad del

local a los otros propietarios del edificio, *pro indiviso* y en proporción a sus respectivas cuotas de participación. La causa por la que se produce este efecto es, según se dice, que los propietarios de pisos son, a la vez, copropietarios de todo el edificio, incluso de los pisos y locales. Sobre cada uno de ellos coexisten —se entiende— una propiedad exclusiva y la copropiedad del entero edificio. La propiedad de cada piso limita, a la manera de un derecho real en cosa ajena, la copropiedad del edificio.

Sin embargo, una cosa es que, simplemente, se extinga el derecho de propiedad renunciado (efecto extintivo de la renuncia), y subsista la copropiedad sobre el edificio, libre ahora sobre el piso objeto de la renuncia del gravamen de la propiedad exclusiva renunciada, y otra diferente que la propiedad exclusiva se transfiera a los propietarios de los otros pisos (descomponiéndose en tantos derechos de propiedad parcial como propietarios), que es lo que se dice que se produce. Este efecto *no puede resultar de la mera concurrencia de la postulada copropiedad y la extinción de la propiedad exclusiva*. Si hay una copropiedad sobre todo el edificio y una propiedad sobre cada piso, y se renuncia a un piso, la consecuencia lógica es que la copropiedad queda libre, respecto de ese piso, del gravamen de la propiedad renunciada, a la vez que el número de copropietarios se reduce *y las cuotas se incrementan proporcionalmente*. No es esto lo que se defiende, sino que la propiedad del piso «pasa» a los otros propietarios, sin alteración de las cuotas. De esta manera, los propietarios no tienen el piso por su supuesto derecho de propiedad plúrima total del edificio, sino por un derecho de propiedad de una parte alícuota del piso.

Por lo tanto, lo que en realidad se afirma es una regla por la que, al renunciar un propietario a su piso (supuesto), se trasfiere la propiedad a los demás propietarios de pisos del edificio, a proporción de sus cuotas (consecuencia). La renuncia extingue el derecho y la ley atribuye la cosa a los otros propietarios. Sería una atribución *ex lege* de la propiedad a los propietarios de los otros pisos, una especie de accesión, pero ni la ley *lo dispone* ni se deduce lógicamente de la copropiedad del edificio.

Probablemente, para sostener coherentemente un resultado como el que se pretende, lo que habría que suponer es que los propietarios de los pisos son en realidad condueños *directos* de cada piso y dueños *útiles* de uno de ellos, lo que permitiría decir que, si se renuncia al dominio útil de un piso, subsiste el dominio directo liberado del útil. Pero, por supuesto, esto —que a su vez crearía otros problemas— no es lo que regula la Ley de propiedad horizontal.

2. Copropiedad de los elementos comunes y propiedad separada de los pisos y locales

En realidad, la afirmada copropiedad de todo el edificio o de los pisos y locales no es una construcción de la ley, sino algo que se postula arbitrariamen-

te. No existe —se dice— una copropiedad *ordinaria* sobre el edificio, pero *en alguna medida* (resolución de 30 de agosto de 2013, F. D. 4), los propietarios de los pisos son copropietarios del edificio, incluso de los pisos.

Esto no se puede aceptar. No es la concepción de la Ley. Sobre el edificio en su conjunto no existe copropiedad de ninguna especie, ni ordinaria ni especial. La copropiedad existe *sobre los elementos comunes*. Una cosa es que en el régimen de propiedad horizontal existan aspectos comunitarios (comunidad accesoria, limitaciones de la propiedad), y otra que los titulares sean copropietarios de los pisos. Se podrá sostener la conveniencia de que el piso pase a los otros propietarios, pero no se puede decir que este efecto se produce porque existe una copropiedad sobre todo el edificio. Dicho de otra manera, se podrá decir que la inexistencia de tal copropiedad no obsta a que el piso deba pasar a los otros propietarios del edificio, por razones de vecindad, de intereses comunes, etc., pero no porque el piso sea común.

Se dice que sobre el edificio existe una «conjunción» de derechos (resolución de 30 de agosto de 2013, F. D. 4): un conjunto, un cúmulo de derechos subjetivos, pero la coexistencia de derechos sobre distintas partes del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente, no implica *copropiedad*. La Ley de propiedad horizontal no habla de copropiedad del edificio, sino de propiedad de los pisos y copropiedad de los elementos, pertenencias y servicios comunes. Sobre los pisos hay «derechos singulares y exclusivos» (art. 3 LPH). El edificio *está dividido*. No cabe acción de división sobre el edificio (art. 4), lo que, respecto de los pisos y locales, se debe simplemente a que no están en comunidad.

Tampoco hay retracto de comuneros al vender un piso, porque no hay comunidad sobre los pisos. Para que el retracto existiera entre los propietarios de los distintos pisos haría falta una norma especial, como la que había en la ley de 1939 y no se recogió en la de 1960.

Para apoyar la idea de la copropiedad del edificio —y de cada piso o local— se dice que la existencia de pisos o locales como unidades reales, dentro del edificio, no excluye que este sea un objeto unitario de derechos. Sin embargo, las concepciones del tráfico y la construcción de la ley indican que los objetos de derechos son los pisos y locales, llevando consigo la participación en los elementos comunes. No parece necesario transcribir los párrafos de la Exposición de motivos de la Ley de 1960 en los que precisamente se afirma «la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes».

El razonamiento de la Dirección parece atender, más que a las relaciones entre las normas, o al acierto de las soluciones prácticas, a unos preconceptos que se construyen al margen de ellas. Las que se citan no apoyan la deducción que se persigue[4]. Que el suelo, si el edificio se destruye, quede en comunidad, no implica que exista una comunidad sobre el edificio en su conjunto. Mientras el edificio existe, no hay comunidad sobre el edificio, sino propiedad de cada

piso y copropiedad de los elementos comunes. La situación que se produce con la renuncia a un piso es diferente de la que crea la renuncia a una parte alícuota de un edificio. No es lo mismo acrecentar la cuota que se tenía que adquirir *otro objeto*.

No hay norma que fundamente la idea de que la extinción de la propiedad de un piso por efecto de la renuncia del propietario, produce la consecuencia de que esa propiedad se adquiera *pro indiviso* por los otros propietarios de pisos del edificio. En cambio, el artículo 17 de la Ley 33/2003 dispone clara e inequívocamente que, cuando un bien inmueble carece de dueño, que es el resultado que produce la renuncia a un derecho singular y exclusivo de propiedad, ese bien se atribuye por ministerio de la ley, es decir, automática e inmediatamente, a la Administración General del Estado[5]. En todo caso, lo que habría que justificar es que, desde la perspectiva de la función normativa de la atribución de los inmuebles vacantes al Estado, resulta inadecuada la de los bienes en propiedad horizontal y es preferible que pasen a los otros propietarios del edificio[6].

3. Observaciones sobre la renuncia liberatoria (arts. 395, 544 y 599 del Código Civil)

En materia de comunidad de bienes, el artículo 395 del Código Civil, aun no estableciéndolo directamente, supone lógicamente, con certeza, un *acrecimiento* (porque si el renunciante se libera de unas deudas esto solo se justifica porque su parte se ofrece a los otros)[7]. Sin embargo, esta norma presupone una situación de comunidad, que no existe sobre los pisos y locales en propiedad horizontal, sino solo sobre los elementos comunes.

El artículo 395 no contempla simplemente una renuncia a la cuota-parte, sino una renuncia liberatoria. En caso de necesidad de un gasto para la conservación de una cosa común, cada comunero tiene un derecho individual para crear una obligación por la que todos los partícipes deban contribuir proporcionalmente a realizar ese gasto. Esta posibilidad se contrapesa con la que se les confiere, también a cada uno, de renunciar a su parte para liberarse de la obligación. De esa manera, el que quiere conservar aun gastando puede exigir la contribución, pero el que prefiere no conservar a gastar puede liberarse de gastar mediante la renuncia a su parte de la cosa común[8].

En general hay que distinguir las cargas genéricas que impone la propiedad (o la copropiedad) y las deudas concretas ya nacidas a cargo del titular. El artículo 395 del Código Civil permite al comunero liberarse de deudas ya existentes (gastos ya necesarios y que ya han sido exigidos por cualquiera de los comuneros a los demás). Para los gastos aún no exigidos carece de sentido decir que solo cabe liberarse mediante la renuncia. El que transmita su parte se liberará de las cargas, pero seguirá soportando las deudas que ya tenga.

Un mecanismo semejante se acogió en los artículos 544 y 599 del propio Código Civil.

La renuncia a una parte alícuota de una cosa común plantea ciertamente una grave cuestión. Si en la posición del renunciante no se coloca un nuevo titular, los que sigan siendo copropietarios tendrán que gastar en mayor medida, incluso si sus cuotas no se incrementaran. Puede ser que la contribución a ciertas cargas no tenga que aumentar, si las cuotas no se modifican, pero por lo menos la contribución a los gastos del mantenimiento y conservación del objeto común habrá de ser mayor.

El artículo 395 del Código Civil español admite que el comunero puede renunciar para liberarse de una obligación de contribución a gastos que ya existe, ya se ha exigido y ya es cuantificable, pero esto no quiere decir que por ese medio tenga derecho a liberarse de todas las cargas de la cosa común. Por lo que parece, se piensa que el acrecimiento que sin duda implica el derecho a liberarse mediante la renuncia, puede ser rechazado, con lo que en el fondo la regulación no sería tan diferente de la que ofrece el derecho alemán. En este no se puede renunciar; en el nuestro, la renuncia queda nula si todos los otros partícipes rechazan el acrecimiento (si ninguno de los demás la acepta). El problema de esta facultad de rechazar el acrecimiento es que podría provocar incertidumbre sobre la titularidad, al no existir un plazo para su incripción.

El artículo 395 del Código Civil no se aplica actualmente a la propiedad horizontal. Desde la Ley de 1960 el componente comunitario de las situaciones de propiedad horizontal no se regula ya por las normas de la comunidad de bienes (título III del Libro II del Código Civil), sino por disposiciones especiales (art. 1 LPH). La propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal se rige actualmente por la ley especial sobre propiedad horizontal, lo que implica excluir la aplicación de las normas del Código Civil, por lo menos en principio. «Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados» (art. 396, apartado cuarto). Es una forma de propiedad, no de comunidad, aunque lleva consigo una comunidad. La comunidad que lleva consigo, no se rige por las normas del título III del Libro II del Código Civil, sino por unas disposiciones especiales. Habiendo disposiciones especiales, aunque hay comunidad, no entran en juego las normas generales de esta, que se han dictado para cuando no hay contrato entre los comuneros ni tampoco disposiciones especiales (cfr. art. 392).

De esta manera, no solo la acción de división (art. 4 LPH, coincidente con el art. 401 del Código Civil), sino también la renuncia liberatoria a los elementos comunes está excluida del régimen de propiedad horizontal.

Es más, el artículo 9.2 de la Ley sobre propiedad horizontal dice que *la no utilización de un servicio no exime de las obligaciones correspondientes*. Esto no solo se ha de entender para los gastos ya causados y exigidos, de los que el propietario no puede liberarse renunciando a los correspondientes elementos

comunes como una mera consecuencia de que su situación no se regula por las normas de la comunidad. Ha de entenderse en el sentido de que el propietario de un piso no puede exonerarse de la carga de contribuir a los gastos de mantenimiento y conservación de los servicios y elementos comunes. La renuncia a los elementos comunes, aunque se deje efectivamente de utilizarlos, no permite ni dejar de pagar una deuda ya nacida, ni exonerarse de la carga de los gastos para el futuro.

Otra cosa diferente es que pueda liberarse de las cargas de la propiedad horizontal mediante la renuncia al propio piso o local, porque la renuncia es una facultad general de todo propietario y, si se desprende de la propiedad, debe quedar liberado de las cargas de la misma, sin perjuicio de su responsabilidad por las deudas ya nacidas.

> Esto no era así conforme al Código Civil (1888-1889). El título III contenía algunas normas sobre los casos en que la propiedad de los pisos de un edificio pertenece a distintos propietarios (arts. 396, 401 y 398, ap. cuarto)[9]. La propiedad de casas de pisos no estaba regulada por disposiciones especiales, en el sentido del artículo 392, y en principio las normas de la comunidad, con excepción de las relativas a la acción de división, se aplicaban a la existente entre los propietarios de los distintos pisos *sobre los elementos comunes del edificio*. El artículo 395, que se refiere según su tenor literal a toda clase de cosas comunes, comprendía también las cosas comunes de los edificios de pisos. No cabe dudar de que la renuncia liberatoria se admitía también para las cosas que por su división dejarían de servir para el uso a que se destinan (art. 401), porque se admitía explícitamente para el caso análogo de haberse hecho objeto, no de copropiedad, sino de servidumbre (art. 544).
>
> Sin embargo, existía sin duda un límite muy importante en los artículos 575 y 576. Lo que en ellos se dice para la pared medianera era igualmente aplicable a los muros maestros, cimentaciones, tejados y, en general, elementos estructurales de un edificio que puede decirse que sostienen cada uno de los pisos. Por lo tanto, no era posible renunciar a tales elementos para dispensarse de contribuir a los gastos de las obras que en ellos fueran necesarias. Por el contrario, esa renuncia liberatoria podía admitirse —antes de la Ley de 1960— al amparo del artículo 395 para elementos que el propietario pudiera objetivamente dejar de utilizar *y que efectivamente dejara de utilizar*. Para los elementos esencialmente comunes, todavía cabía preguntarse si era posible la renuncia *al propio piso o parte de piso*, puesto que, mediante el abandono de la propia parte del edificio, la pared o en general cualquier elemento esencial sigue sosteniendo el piso o local

pero ya no es del renunciante («edificio suyo»). El carácter limitativo de estos dos artículos parece que lo excluía. Si aún no ha construido su edificio, puede liberarse renunciando al derecho de apoyarlo en la pared; si ya lo ha construido, solo puede liberarse derribando su edificio sin causar daño —prestando la caución correspondiente—, lo que, no siendo pared medianera, sino maestra, cimientos, tejados, etc., no sería posible. Por lo tanto, mediante tal renuncia o abandono del piso o parte de piso podía liberarse de la carga de contribuir a gastos futuros, pero no de los que ya se le hubieran exigido.

La orientación general de la Ley de propiedad horizontal en cuanto a la contribución a los gastos de mantenimiento y conservación de los elementos comunes, no favorece la posibilidad de una renuncia liberatoria. El artículo 3.º dispone que la transmisión del disfrute —de un piso o local— no afecta a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad. Se transmite el disfrute, v. gr., cuando el piso o local es objeto de arrendamiento o cuando se dona o lega su usufructo. Las obligaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal no sufren modificación. El obligado sigue siendo el propietario. Esta norma no se refiere a la transmisión de la propiedad, sino a la transmisión del disfrute, pero presupone que —como en la comunidad de bienes— la transmisión de la propiedad transfiere la carga de contribuir a los gastos —las obligaciones futuras— pero no las obligaciones ya nacidas cuando el bien se transfiere. En esto no parece haber ninguna diferencia. Las obligaciones nacidas tienen ya su sujeto deudor, que sigue siéndolo con independencia de las vicisitudes de la propiedad. Las no nacidas corresponderán a quien sea el deudor del inmueble en el momento del nacimiento de cada una de ellas. El artículo 9.º se aparta más de la regulación legal de la comunidad: la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Esta norma significa que la renuncia a un (elemento o) servicio común no libera de las obligaciones, ni aunque efectivamente el propietario renunciante dejara de utilizarlo. Las mismas razones que aconsejaron sustituir el sistema de administración por mayoría de intereses del artículo 398, parece que deben llevar a considerar inadecuado el abandono traslativo liberatorio del artículo 599 en la típica propiedad horizontal multitudinaria a la que la Ley de 1960 vino ya a referirse.

En el régimen de la Ley sobre propiedad horizontal, la renuncia liberatoria a los elementos comunes no está permitida. Obviamente no se puede renunciar a los muros, cimientos, cubiertas, etc. No se puede admitir la eficacia de una renuncia si el renunciante, objetivamente, sigue utilizando la cosa renunciada. Se dice que estos elementos estructurales son esencialmente comunes. Parece que en esta hipótesis sí se puede decir que la renuncia sería de mala fe. El artículo 577 parece que recoge este criterio. El que tiene apoyada su construcción en la pared medianera no puede exonerarse de contribuir a los gastos de las

reparaciones mediante la renuncia al muro, a no ser que derribe su edificio, lo que tampoco es lo mismo que renunciar al predio. Renunciando al predio no se libera de la obligación porque el edificio sigue pesando sobre el muro, aunque ahora no tenga dueño o tenga otro dueño. Análogamente diríamos que el dueño de la buhardilla o del local no puede eximirse renunciando a los muros o a los tejados. La renuncia sí exonera de la carga genérica, o sea, de las obligaciones que aún no ha nacido y que ya no `pueden nacer a su cargo porque él ya no es el dueño. La cuestión puede plantearse respecto de elementos que objetivamente pueda dejar de usar, como un patio o un ascensor. Por eso el artículo 9.2 de la Ley de propiedad horizontal habla de los servicios. Ni siquiera mediante una renuncia a utilizar servicios, que objetivamente se pueden dejar de utilizar, cabe exonerarse de los gastos. Otra cuestión es que la renuncia dificulte el uso normal de la parte privativa.

No obstante la cuestión se plantea a veces respecto de elementos como la escalera o el ascensor, si no se utilizan o no se necesitan. Cabría pensar en el supuesto en que los propietarios hayan excluido la gestión orgánica, que implica también la recaudación periódica anticipada de los gastos previsibles (art. 13.8 LPH).

Lógicamente la resolución de 30 de agosto de 2013 no cita el artículo 599 del Código Civil. Esta norma —que es actualmente apenas una sombra del pasado— se refiere a un supuesto muy especial. Trata de una servidumbre en la que el dueño del predio sirviente se ha obligado a costear las obras de conservación.

En el caso de la resolución de 30 de agosto de 2013, no hubo un abandono a favor de los otros propietarios del edificio, sino una renuncia «pura y simple» o «abdicativa». El artículo 599 no dice que, si el dueño del predio sirviente lo abandona, adquiera la propiedad el del dominante, sino que, bajo ciertas condiciones, el dueño del predio sirviente se puede liberar abandonándolo al dueño del dominante[10]. No obstante, no parece del todo impertinente alguna reflexión.

Entre propiedad horizontal y servidumbre siempre se ha visto una cierta analogía. El artículo 664 del Código Civil francés estaba en el título de las servidumbres, como asimismo todavía el artículo 521 del proyecto español de 1851. Se solía hablar de servidumbre recíproca y de servidumbre de indivisión.

La separación de la propiedad de los distintos pisos y locales de un edificio puede construirse con una pluralidad de servidumbres a cuyo amparo los propietarios se sirvan o puedan hacer uso de los elementos «comunes». La propiedad de las partes independientemente utilizables puede participar en el uso y en el mantenimiento de los elementos «comunes» (cimientos, muros, tejado, patio, portal, vestíbulo, escalera…) por derecho de propiedad o por derecho de servidumbre.

> Por ejemplo, el propietario de un edificio de varios pisos vende una buhardilla o un local de la planta baja estableciendo servidumbre

> sobre los muros, cimientos, tejados, portal, escaleras, etc., con lo que sigue siendo propietario exclusivo del solar y de todo el edificio, con la excepción del piso o local enajenado. El dueño de este piso o local no hace uso de los elementos comunes como (co)propietario, sino como dueño de una servidumbre.

En esta hipótesis, la propia estructura de la servidumbre lleva en sí la imposibilidad de exigir una división de los elementos de utilidad común. La servidumbre es indivisible y los elementos de uso compartido no son objeto de copropiedad. El artículo 544 —a semejanza del artículo 395— faculta a cualquiera de los interesados para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación y a la vez permite una renuncia liberatoria, con la que el renunciante se exime de tales obligaciones.

El mismo edificio puede organizarse de manera muy semejante con comunidad o con servidumbres. Esta relativa fungibilidad de comunidad y servidumbre apoya la idea de que una norma de la servidumbre podría ser aplicable a la propiedad horizontal. La diferencia más relevante parece hallarse en que solamente el dueño del predio sirviente es dueño del suelo, lo que plantea el problema, si el edificio se destruye, del derecho que asista a los dueños de los predios dominantes para la reconstrucción del edificio.

Cabe admitir que —al menos hasta la Ley de propiedad horizontal de 1960, que ordenó que se rigieran por ella «todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos» (disposición transitoria primera)— la propiedad de casas de pisos puede organizarse en régimen de servidumbre. Sin embargo no parece que se hubiera utilizado efectivamente esta técnica jurídica, por lo que dudo de que pueda haber entre nosotros situaciones así configuradas[11].

El artículo 599 tan solo contempla un predio dominante y otro sirviente. No obstante, se puede pensar en una aplicación de la norma en casos de pluralidad de predios dominantes (pluralidad de servidumbres), como si el dueño de la casa enajena varias buhardillas o locales con la servidumbre de mantener la obra. En tal supuesto, el abandono habría de hacerse a favor de todos los otros propietarios, que adquirirían en común y proporcionalmente, y no provocaría una extinción de la servidumbre por consolidación al no darse una perfecta identidad de sujetos (cfr. art. 546.1.º del Código Civil). Se podría complicar aún más la situación si la parte común del edificio se dividiera luego por pisos manteniendo las servidumbres.

Si admitimos que en el artículo 599 puede haber también una pluralidad de predios dominantes, la situación que se contempla en esta norma sería parecida a la del artículo 544. Sin embargo, el artículo 599 requiere que *el dueño se haya obligado a costear las obras de conservación*[12], lo que hace muy dudoso que pueda aplicarse cuando las servidumbres se hayan constituido sin imponer esa

obligación al dueño del predio sirviente, que por el contrario sería la situación que se contempla en el artículo 544.

El artículo 544 habla de una renuncia a los elementos comunes, no al propio predio, lo que tan solo se contempla en el artículo 599 para el caso de una servidumbre en la que el dueño del predio sirviente se haya obligado a costear por sí solo la totalidad de los gastos. Conforme al artículo 544, al igual que en el 395, el dueño de un piso o parte de piso que fuera predio dominante, podía liberarse de los gastos de los elementos comunes mediante la renuncia a los mismos, siempre que esta renuncia fuera admisible conforme a los artículos 575 y 576; no siéndolo, le cabía renunciar al piso o parte de piso (al propio predio dominante), pero no le servía esta renuncia para liberarse de deudas ya nacidas.

La norma del artículo 599 tiene una *ratio* específica, fundada en la cláusula especial por la que el constituyente de la servidumbre se obliga a costear por sí solo las obras. Hay que tener en cuenta que el dueño del predio dominante pierde su derecho a la servidumbre (a que mantenga y gaste el otro) y recibe (si quiere) la propiedad *de otra cosa, no una mayor participación en el objeto para cuya conservación está dispuesto a gastar*. La norma revela la excepcionalidad de una liberación que se apoya en el ofrecimiento de una transferencia de un objeto distinto. Que se le imponga la extinción de la obligación, y tener que soportar todo el gasto, mediante el ofrecimiento del otro predio, tan solo se explica porque el dueño de este (o su causante) asumió voluntariamente la carga especial (servidumbre positiva) de mantener la construcción en estado de poderse usar para apoyar en ella el edificio dominante.

El obstáculo no se supera con la idea de que la copropiedad de los elementos comunes envuelve una servidumbre recíproca[13]. Cada uno de los pisos sería predio dominante y predio sirviente respecto de los demás, pero no se daría el supuesto del artículo 599. No habría un predio sirviente gravado con los gastos, sino una carga de conservación distribuida entre todos los predios en cuanto dominantes.

El artículo 599 —al igual que el artículo 395 y el artículo 544— concede un derecho a liberarse *de una obligación*. Para liberarse de la sujeción genérica a las obligaciones y responsabilidades que pueda generar la propiedad, no hace falta una norma especial. El propietario puede abandonar y, al dejar de ser propietario, las deudas que surjan en el futuro ya no recaerán sobre él. También puede pactar con los otros propietarios de la casa darles su piso o local en pago de la deuda. Para esto tampoco hace falta una norma especial. En el artículo 599 se trataría, por lo tanto, de una posibilidad especial, hasta cierto punto privilegiada, que consiste en poder eximirse de la obligación mediante el ofrecimiento del piso o local a los otros propietarios, *cuyo consentimiento no se requiere para que el deudor quede liberado*. Pueden repudiar la adquisición que se les ofrece, pero no pueden impedir la extinción de la deuda. Mientras que los artículos 395 y 544 hablan de eximirse de la obligación, liberarse de contribuir, el artículo 599

se refiere a una carga. La diferencia entre carga (arts. 599 y 575) y obligación (arts. 395 y 544) no parece relevante. El uso de la palabra carga se explica por la justificación de la renuncia liberatoria con el argumento de que la obligación no es de la persona sino una carga de la cosa.

III. INSCRIPCIÓN DE LA RENUNCIA

En el caso de la resolución que comentamos, el registrador se atuvo al artículo 17 de la Ley 33/2003, pero se negó a practicar la inscripción, por entender que no se puede inscribir a favor de la Administración General del Estado mientras esta no lo pida, porque la regla general de nuestro sistema registral es que las inscripciones se practican en virtud de rogación de parte interesada (art. 6 LH). Si no se inscribe una adquisición no se puede inscribir la renuncia, porque no se puede dejar una finca inmatriculada sin titular registral: «implicaría… mantener dicho inmueble sin titularidad alguna, lo cual no es posible desde el punto de vista hipotecario…» (nota de calificación, resolución de 30 de agosto de 2013, Hechos, II). «[N]o es posible registralmente inscribir la simple renuncia si no es inscribiendo simultáneamente una nueva titularidad, pues sería contrario a la esencia de los principios registrales que una finca inmatriculada quedara sin titularidad» (segunda nota de calificación, *ibidem*).

Además, la inscripción de la adquisición no se puede instar mientras no se tramite el procedimiento administrativo de comprobación de la titularidad, se dicte la correspondiente resolución, que parece que sería el título inscribible, y se incluya la finca en el inventario general de bienes del Estado. Se entiende que de esta manera se protege a la comunidad de propietarios porque, hasta el cumplimiento de esos requisitos, no se derivan de la propiedad las obligaciones *propter rem* y por lo tanto en el tiempo intermedio la comunidad no puede reclamar al Estado su parte de los gastos generales (arg. art. 17.2 Ley 33/2003).

> Debe observarse que este argumento tan solo es coherente si se niega no solo la inscribibilidad de la renuncia, sino su misma eficacia hasta que se haga la inscripción a favor del Estado. Si la inscripción no es constitutiva, el propietario deja de serlo desde que renuncia, se inscriba o no la renuncia, y la comunidad de propietarios no puede exigirle las deudas que nazcan después. Aunque el Registro siga proclamando el dominio del renunciante, este podrá defenderse de la reclamación de la comunidad justificando haber renunciado y habérselo notificado a la comunidad. Se le presumirá dueño (art. 38 LH), pero tal presunción admite prueba en contrario. Esta consecuencia solo puede eludirse si se sostiene que la inscripción de la renuncia es constitutiva y que el renunciante sigue siendo dueño hasta que se

> inscriba el inmueble a favor del Estado, lo que (aunque se aceptara que no se puede inscribir la renuncia sin inscribir a la vez la adquisición del Estado) no se puede admitir en un sistema en que la inscripción como regla general no es constitutiva.

Se dice pues que una finca registral no puede quedar sin titular (registral), luego no se puede inscribir una renuncia a la propiedad sin que *simultáneamente* quede inscrita la nueva titularidad del dominio.

En contra de tal razonamiento alegó el notario su absoluta inconcreción. «[E]l registrador… [f]unda su afirmación no en algún principio registral concreto, sino en la esencia de todos ellos. Este argumento debe ser rechazado por ser absolutamente inconcreto y carecer de fundamentación alguna. En contra de lo objetado por el registrador, y apoyando la posibilidad de inscribir la renuncia abdicativa encontramos los artículos 1, 20-1 de la Ley Hipotecaria, que confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario. Además, existen diversas resoluciones que admiten de forma clara la inscripción de la renuncia abdicativa (RDGRN de 10 de enero y de 18 de febrero de 2003)» (resolución de 30 de agosto de 2013, Hechos, III).

> Estas resoluciones son en lo sustancial del mismo contenido. Otorgadas escrituras de renuncia abdicativa de unas parcelas, el registrador deniega la inscripción de las renuncias con el argumento de que la renuncia abdicativa del dominio de los inmuebles no aparece recogida como título inscribible en el número 1 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo establecido en el número 2 del mismo artículo para los derechos reales limitativos del dominio. «[C]laramente establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles… sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles… [L]a propia Ley Hipotecaria… recoge… la extinción misma de dominio (cfr. art. 20-1 y 79 de la Ley Hipotecaria)». Efectivamente, el artículo 20 dice: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o *extingan el dominio* y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». El artículo 79 dice que, cuando se extinga el derecho inscrito, deberá cancelarse totalmente la inscripción.
>
> El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria habla en general de todos los actos y contratos relativos al dominio, careciendo de sentido que, si el dominio puede extinguirse por renuncia o abandono, no puedan estos

> inscribirse; el artículo 20 admite explícitamente la inscripción de los títulos de extinción del dominio, y el propio ap. 2.º del artículo 2, en su tenor literal, admite la renuncia del dominio, porque no habla de los derechos reales distintos del dominio, sino simplemente de derechos reales, entre los que figura el propio dominio.

La Dirección, enfrentada a la tesis de que no puede inscribirse la renuncia sin inscribir una adquisición, dice no poder compartirla. Sin embargo, acaba sosteniendo que la inscripción de la renuncia no se puede practicar *mientras no consientan en ella todos los demás propietarios, o en juicio se declare legítima*, tras lo que procedería practicarla con simultánea inscripción del piso o local «en la forma prevenida en el artículo 4.2, pr., de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, a nombre de todos los propietarios del inmueble en proindiviso ordinario». Es decir, en realidad se comparte el criterio de que no puede inscribirse la renuncia sin inscribir la nueva titularidad: lo que se rechaza es que el piso o local renunciado quede sin dueño y, por consiguiente, la Ley 33/2003 lo atribuya al Estado[14].

A mi juicio, se trata en efecto de un obstáculo formalista absolutamente infundado. Por supuesto que no estamos en rigor ante una transferencia, sino ante una adquisición originaria, y que no puede aplicarse el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para pretender forzadamente que el renunciante puede pedir la inscripción *de la adquisición*, porque el adquirente no interviene en el negocio jurídico cuya inscripción se interesa, pero es que el «acto» que se trata de inscribir no es un acto de adquisición, sino de extinción, en el que no es parte la Administración. La renuncia es inscribible porque es un acto de extinción del dominio de bienes inmuebles (arts. 1 y 2 LH) y es inscribible a petición del renunciante porque este es quien provoca la extinción de su derecho (arg. analóg. art. 6 LH).

La idea de que, para inscribir la renuncia, se requiere que se inscriba simultáneamente la adquisición que pueda ser consecuencia de ella (la adquisición del Estado), no se puede compartir. Se dice que los principios hipotecarios no toleran una propiedad inscrita sin titular registral. Parece que se apunta al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en cuanto dispone que en toda inscripción se expresará la persona a cuyo favor se haga. Pero esto no ha de entenderse en el sentido de que no pueda haber inscripción que no se haga a favor de persona determinada. Se expresará la identidad del adquirente cuando el título sea de adquisición, pero los títulos relativos al dominio pueden ser también títulos de extinción.

Que la situación de una finca registral sin titular registral por efecto de un abandono, no pueda darse en nuestro Registro, es simplemente una afirmación infundada. ¿Es que no debería inscribirse la renuncia en la hipótesis de que los bienes inmuebles sin dueño pudieran ser adquiridos por ocupación? El Registro tiene que declarar y publicar la realidad jurídica y eso es lo que hace cuando

se inscribe una renuncia: publicar que el dueño de un bien inmueble ha renunciado y por lo tanto ha dejado de serlo. La adquisición no es un efecto de la renuncia, sino un efecto legal de la situación que produce la renuncia. Por lo demás, *que, como consecuencia de la renuncia, el inmueble ha sido adquirido por el Estado* resulta de la Ley.

No se ve cuáles puedan ser las consecuencias especialmente perturbadoras de que el Registro se contraiga a publicar la extinción del dominio por efecto de la renuncia inscrita. Si la renuncia es inválida, el dueño sigue siéndolo, porque la inscripción no convalida ningún título nulo (art. 33 LH). Si, a pesar de la renuncia inscrita, el dueño sigue siéndolo, por ser inválida la renuncia, la comunidad de propietarios puede exigirle las deudas correspondientes. Si el titular registral que renuncia no es realmente el dueño de la finca, este no pierde el dominio ni por efecto de la renuncia ni por efecto de la inscripción de la renuncia, ni por efecto de una inscripción a favor del Estado, a la que por supuesto no puede aplicarse el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El que consulta el Registro hallando inscrita la renuncia puede saber que, si la renuncia es válida, el propietario es ahora el Estado, para lo que no se necesita la resolución administrativa contemplada en el artículo 47 de la Ley 33/2003, la cual tampoco excluye que en realidad el propietario pueda ser el renunciante o un tercero.

El Registro publica las titularidades jurídico-reales. Si el dueño deja de serlo por efecto de una renuncia, el Registro debe dejar de publicar su titularidad si le pide la inscripción del acto, sin que haya nada anormal en que una finca registral no tenga formalmente titular registral cuando esto se debe a una renuncia del que lo era y, además, se infiere del propio Registro en coordinación con la norma legal que el titular es ahora —claro está que con el normal carácter de presunción— la Administración General del Estado, se haya hecho cargo del inmueble o no.

Comprobada la regularidad formal de la escritura, la titularidad registral de la finca, la capacidad del disponente, la facultad del titular registral de disponer de la finca según el Registro y la inexistencia de obstáculos registrales, lo que debe hacer el registrador es inscribir la renuncia y, al deducirse de la misma la existencia de bienes o derechos pertenecientes al Estado que no están inscritos a su favor, comunicar de oficio la inscripción de la renuncia a la Dirección General del Patrimonio del Estado (art. 39 Ley 33/2003).

Conforme al artículo 9.1 i) de la Ley de propiedad horizontal, el renunciante tiene la carga de poner la renuncia en conocimiento del secretario de la comunidad, porque de otra manera responderá solidariamente de las deudas que la comunidad le pueda reclamar judicialmente antes de conocer la renuncia.

Todo el problema puede parecer provocado por la norma del artículo 17.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que dispone que de la atribución legal del bien inmueble vacante —que se produce «sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Admi-

nistración General del Estado»— «no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley». De la lectura de estas normas —que ante todo suponen que el Estado propietario ha de soportar las obligaciones tributarias y las responsabilidades inherentes a la propiedad— parece que se deduce que, en el tiempo intermedio, hasta que la finca se incorporara efectivamente al patrimonio estatal mediante la resolución administrativa por la que se declarara acreditada la titularidad, de las nuevas deudas que surgieran en virtud del régimen de propiedad horizontal para el sostenimiento de los gastos generales o para la cobertura del fondo de reserva, o de las obligaciones de la propia comunidad frente a terceros, de las que respondan los propietarios, no sería deudora la Administración General del Estado a pesar de ser ya propietaria del piso o local. Por lo tanto, al no poderse reclamar al propietario renunciante ni al Estado, deberían los propietarios incrementar proporcionalmente su aportación, aunque fuera tan solo por las deudas de ese tiempo intermedio, hasta que la Administración General del Estado asumiera efectivamente el inmueble y sus cargas.

Sin embargo, en vez de examinar la cuestión en el ámbito de este privilegio administrativo, para ver si en verdad la Administración propietaria del inmueble no soporta las cargas de la propiedad, se niegan los efectos legales que las normas indiscutiblemente establecen. El propietario puede renunciar, la renuncia extingue la propiedad, los bienes inmuebles que quedan sin dueño se atribuyen por la ley al Estado, el propietario soporta y ha de atender las cargas de la propiedad… pero el Estado parece que no las soporta hasta que toma posesión efectiva del inmueble, así que —«cortando por lo sano»— se opta por negar que el Estado adquiera la propiedad.

Por eso, puede dar da la impresión de que, más bien, lo que preocupa es que vaya a tener el Estado que hacer frente a los gastos tributarios y de otra índole que puedan generar unos bienes que acaso no pueda fácilmente devolver al tráfico ni emplear útilmente. La doctrina de la resolución de 30 de agosto de 2013, probablemente solo puede explicarse por ese propósito y toda su argumentación sirve únicamente a ayudar al Patrimonio a protegerse de ese peligro que se cree que puede amenazarle si de pronto llegara a haber propietarios endeudados y desesperados que renunciaran a sus inmuebles con la intención de descargarse de algunas obligaciones.

El artículo 17.2 —a mi juicio— admite correcciones o matizaciones. Ante todo, la llamada incorporación efectiva de los inmuebles al Patrimonio del Estado no es algo sobre lo que la Administración pueda decidir discrecionalmente. Si un inmueble carece de dueño, mejor dicho, si un inmueble pertenece al Patrimonio del Estado por haber carecido de dueño, la Administración *debe*

proceder a esa *incorporación efectiva*. En segundo lugar, la norma no habla de obligaciones *propter rem*, sino de obligaciones tributarias y de responsabilidades *ratione dominii*, por lo que no es inviable una interpretación estricta que no exima de las obligaciones de la propiedad horizontal (que por supuesto no son obligaciones tributarias). En tercer lugar, la norma no excluye que, una vez consumada la «incorporación efectiva», sean exigibles a la Administración incluso las obligaciones nacidas en el tiempo intermedio. Dice solamente que no se derivarán obligaciones hasta que se haga esa incorporación efectiva, pero no que no se derivarán las obligaciones cuyo supuesto de hecho se complete antes de la incorporación efectiva[15].

Además, como ya sugirió el notario al alegar contra la calificación, la comunidad de propietarios no deja de poder actuar contra el inmueble, puesto que *el piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación* [art. 9.1 e) LPH]. Esta norma permite sostener que, dentro del límite temporal que el propio artículo señala, la comunidad puede hacer vender el piso o local para el pago de las deudas aunque el propietario haya renunciado y la Administración General del Estado no se haya hecho cargo aún del inmueble. La afección legal, como distinta ahora de la responsabilidad personal del propietario deudor y de la responsabilidad «real» del adquirente, permite proceder contra el inmueble aun en el caso de incertidumbre sobre su titularidad.

Cabría dudar, incluso, de que la situación que se produce mediante la renuncia a una propiedad *inscrita* pueda estar comprendida en el artículo 47 de la Ley 33/2003. La norma regula una *investigación* que procede cuando la titularidad no consta *de modo cierto* (art. 45 Ley 33/2003). Si el inmueble está inscrito a favor de determinada persona, quiere decirse que se le presume dueño (art. 38 LH); si este titular registral renuncia a su dominio y pide la inscripción de la renuncia, una vez inscrita esta, ¿qué más tiene que averiguar la Administración para saber que debe hacerse cargo del inmueble? Claro está que podría ser nula la renuncia, porque el titular registral no sea el verdadero dueño de la cosa, o porque adolezca de vicios como falta de capacidad, violencia, intimidación, dolo… pero no parece que haya que instruir una investigación para comprobar que el Registro *no es inexacto*. No obstante, habida cuenta de que en la práctica se tramita *en todo caso* el procedimiento de comprobación y de que, ciertamente, cabe la posibilidad de que un tercero posea de hecho y a título de dueño, no insistiré en este argumento. En cualquier caso, creo que es *cierto* —no dudoso— que la propiedad se atribuye *ex lege* al Patrimonio del Estado, que será propietario automática e inmediatamente, soportando desde luego las cargas de la propiedad. Incorporado el inmueble efectivamente al Patrimonio del Estado, las deudas posteriores a la renuncia se derivan de la propiedad para la Administración propietaria. Si es que esta solución no place, o se considera que puede llegar a perjudicar a la Hacienda pública, habrá que reformar la Ley[16].

IV. RENUNCIA Y PERJUICIO DE TERCEROS

Se dice también que estas renuncias perjudican a terceros, por lo que al parecer caerían bajo la prohibición del artículo 6, apartado 2, del Código Civil.

Este argumento, sugerido por el registrador, fue acogido y extensamente desarrollado por el Director general. Según la Dirección, el perjuicio consiste en que la renuncia, puesto que el local renunciado pasa a los otros propietarios del edificio, incrementa la cuota de gastos de los otros propietarios. Las cuotas no se modifican, pero cada propietario debe ahora hacer frente, además, a la parte proporcional de la cuota del piso o local renunciados.

En la comunidad de bienes, cuando renuncia un comunero al amparo del artículo 395, no solo se produce ese efecto, ni siquiera es el efecto principal que se produce, sino que ante todo el comunero renunciante queda liberado de las obligaciones de contribución a la conservación que ya pesaban concretamente sobre él. Esto es ciertamente un *perjuicio* que los otros comuneros experimentan —pierden un derecho de crédito— pero que el renunciante tiene derecho a imponerles. Por lo que parece, aunque se esgrime la idea de que entre los propietarios hay comunidad, se rechaza que la renuncia pueda servir al propietario para liberarse de tales deudas.

Ahora bien, que en el régimen de propiedad horizontal no se admite la renuncia liberatoria, en sentido propio, resulta indudable. La resolución de 30 de agosto de 2003 dice que hay acrecimiento cuando se renuncia, porque de alguna manera hay comunidad, pero no admite la renuncia liberatoria. Aun así, se piensa que la renuncia es o puede ser perjudicial para los otros propietarios, porque en el futuro tendrán que contribuir en mayor medida.

El artículo 395 se refiere según su tenor literal a toda clase de cosas comunes. Comprendía también —en principio— las cosas comunes de los edificios de pisos. La propiedad por pisos se contemplaba, no solo en el artículo 396, sino también en los artículos 401 y 398; además a la copropiedad de las cosas comunes se aplicaban los demás artículos del título de la comunidad, con exclusión de los relativos a la acción de división. No cabe dudar de que la renuncia liberatoria se admitía también para las cosas que por su división dejarían de servir para el uso a que se destinan (art. 401), porque se admitía explícitamente para el caso análogo de haberse hecho objeto, no de copropiedad, sino de servidumbre (art. 544).

No obstante, en ambos supuestos hay que reconocer límites.

Debe tenerse en cuenta, por lo menos, el artículo 575, para sostener la invalidez de la renuncia si el piso o local del renunciante sigue apoyándose en los elementos comunes o si objetivamente siguen sirviendo al uso del piso o local del renunciante. El dueño de un piso no podía renunciar al tejado o a los muros para no pagar sus gastos.

Pero, en principio, la renuncia liberatoria se admitía también para las cosas comunes no fructíferas y para las destinadas al servicio de otras cosas, no pudiendo los otros comuneros impedir la liberación del renunciante.

Si el bien abandonado se adquiere por el Estado, por ministerio de la ley, no ha lugar a que la Administración valore si le conviene la adquisición, sino que esta se produce forzosamente. Hablar al respecto de que nadie adquiere si no quiere, es completamente inadecuado. Si, por el contrario, se piensa que lo adquieren los otros propietarios del edificio, es razonable pensar que deban tener la oportunidad de valorar la conveniencia de la adquisición. No porque se deba aportar en mayor medida para los gastos generales ha de ser perjudicial la adquisición, pero puede serlo.

Ahora bien, el mecanismo que otorga esa oportunidad parece que debería ser el que en general presuponen los artículos 395 y 599. La importación de la doctrina que se esgrime, referente a las sociedades mercantiles de personas, es completamente inadecuada.

Cualquier transferencia puede resultar ventajosa o perjudicial. El renunciante normalmente hará un cálculo de costes y beneficios. Renuncia porque cree que le conviene: piensa que la utilidad o el precio que puede conseguir no compensan los costes y molestias. Puede ser que acierte o que se equivoque. Lo mismo cabe decir de los otros propietarios pretendidamente adquirentes. Acaso la adquisición implique un incremento del valor de su patrimonio. Por lo tanto, lo que cabe decir es que *existe la posibilidad* de que la (adquisición subsiguiente a la) renuncia sea perjudicial para los otros propietarios, así como también puede serles beneficiosa. El error que pueda cometer el renunciante o el adquirente al hacer tales cálculos, no puede ser una causa de nulidad de la renuncia o de la adquisición[17].

En realidad, no se dice concretamente en qué puede consistir este perjuicio ni tampoco cuándo la renuncia se debe considerar de mala fe. Después de aludir al incremento de la cuota, se habla de desplazamiento del gasto común, y finalmente parece decirse que no será nula la renuncia porque el propietario renunciante pretenda liberarse de las cargas de la propiedad, sino cuando implique «una total desconsideración del interés de los demás» (FD 7)[18].

Lo que se suscita, supuesto que se opta por la transferencia del inmueble a los otros propietarios del edificio, es la cuestión de si estos necesariamente han de aceptar la adquisición o cómo pueden rechazarla.

Después de haber dicho que hay de alguna manera copropiedad y que, por eso, la renuncia produce «acrecimiento», lo que parece que debería llevar a buscar la regulación en el artículo 395 del Código Civil (lo que implicaría poder renunciar para liberarse aun de las deudas concretas ya nacidas), se propone una aplicación analógica de normas de la sociedad, lo que va en contra de las ideas más básicas sobre las relaciones entre comunidad y sociedad, porque en el régimen de propiedad horizontal los propietarios no están en sociedad ni en ninguna relación análoga (a no ser que además hayan pactado entre sí)[19].

Ciertamente, en cuanto al artículo 395, así como en cuanto al artículo 599, cabe plantearse si los adquirentes de lo que se renuncia o abandona tienen forzosamente que recibir la atribución que se les hace o pueden de alguna manera rechazarla («nadie adquiere si no quiere»). Cabe pensar que un comunero, aun prefiriendo gastar para conservar, no quiera incrementar su participación. Se ha de reconocer a los beneficiarios del acrecimiento que provoca la renuncia, la facultad de repudiarlo[20]. La adquisición no es forzosa, sino que depende de la voluntad del adquirente, en el sentido de que este puede rechazarla y, si la rechaza, es como si nunca hubiera adquirido. Como consecuencia de ese rechazo, que parece mejor designar con el nombre de repudiación, el incremento de las cuotas de los comuneros que acepten será proporcionalmente mayor. Por lo tanto, el copartícipe no necesita impugnar judicialmente la renuncia (si no discute la extinción de la deuda). Si considera que la transferencia le perjudica o no le interesa, puede rechazarla. Con ello, su cuota de participación en el gasto pendiente y en la generalidad de las cargas, así como en los beneficios, se mantendrá. Ahora bien, lo que no puede impedir, y por eso la norma autoriza una renuncia liberatoria, a la que tiene derecho el comunero, y no contempla un contrato entre los partícipes, es que el comunero renunciante quede liberado.

Podría darse el caso de que rechazaran el acrecimiento todos los otros comuneros. En esta hipótesis, la renuncia queda nula, pero el renunciante queda liberado de la deuda. Sigue participando en la comunidad y sigue soportando las cargas, pero la renuncia liberatoria le ha servido para liberarse de la deuda a la que no quería contribuir. Ante otra deuda que pueda surgir después, volverá a tener la posibilidad de renunciar. La renuncia depende de la voluntad de los otros cotitulares en el sentido de que, si todos la rechazan, queda nula: requiere que al menos uno de ellos la acepte. Dicho de otra manera, no tiene derecho (un derecho absolutamente resistente a las decisiones de los copartícipes) a renunciar, pero sí tiene derecho a liberarse renunciando[21].

> El problema registral que puede plantearse es el de la inscripción de la repudiación, puesto que no hay plazo para repudiar el acrecimiento. Lo lógico es admitir que tal facultad ha de ejercitarse sin abuso y conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 del Código Civil), pero parece harto dudoso que pudiera el registrador rechazar la inscripción de una repudiación tardía.

Quiere decirse, por lo tanto, que el sistema del acrecimiento, si el comunero no puede liberarse de las deudas, le resulta inútil si no acepta la renuncia al menos uno de los otros partícipes.

Ahora bien, renunciar a un piso no es renunciar a una cuota-parte. La renuncia a la propiedad horizontal no es una renuncia liberatoria del artículo 395, ni un «abandono traslativo» del artículo 599. Estas renuncias no son posibles para liberarse de las obligaciones de contribución a los gastos generales y al fondo

de reserva. Lo que puede hacer el propietario es abandonar su inmueble para, sin perjuicio de las deudas ya nacidas y que de todas maneras deberá pagar, eximirse de las cargas genéricas del dominio. Precisamente porque no se trata de una renuncia a una parte alícuota, sino a un derecho de propiedad singular y exclusiva, por mucho que lleve consigo una participación en unos bienes comunes y que se inserte en un entramado de relaciones de vecindad y limitaciones de la propiedad, el propietario de un piso o local no depende de la voluntad de los otros propietarios para renunciar, ni siquiera en la mínima medida antedicha. Puede renunciar, sin que ello le sirva para exonerarse de obligaciones ya nacidas, pero sin depender en absoluto de la voluntad de los otros propietarios, como consecuencia de que el suyo es un derecho de propiedad singular y exclusiva.

Sin embargo, la Dirección sostiene que el propietario renunciante debe notificar la renuncia a todos los demás propietarios del edificio —acaso cientos— y, aún más, que estos han de aceptarla, si no para su validez, al menos para que se pueda inscribir, o en otro caso tendrá el renunciante que conseguir una declaración judicial de validez de la renuncia para poder inscribirla[22].

Esta idea no se puede compartir. El artículo 1705 no es aplicable en modo alguno. La analogía comunidad-sociedad que aquí se quiere ver es insostenible. El artículo 1705 trata de una declaración de voluntad por la que el socio provoca la *disolución* de la sociedad. El comunero no puede provocar una *disolución de la comunidad*, ni lo necesita. El comunero puede pedir la *división* de la cosa común, lo que justamente está vedado a los propietarios de pisos. División y disolución son conceptos diferentes. La disolución extingue una vinculación contractual que en la comunidad no existe. La comunidad no es un contrato. La propiedad horizontal, o su componente comunitario, tampoco. «Las comunidades en propiedad horizontal —se dice— persiguen un fin común y exigen un título de constitución. Por imperativo del artículo 1255 del Código Civil, por tanto, aún a falta de regulación especial, deberíamos admitir que, estamos ante una organización que por venir conformada por la existencia de esa finalidad común, habría que integrar (cfr. art. 4.1 del Código Civil) con las normas propias de la sociedad civil (en estos aspectos, el contrato más próximo)» (FD 5). El recurso a la idea de fin común —caracterizadora de la sociedad en sentido amplio— es particularmente desafortunado. La sociedad es un contrato por el que las partes se vinculan jurídico-obligatoriamente a contribuir a un fin común *pactado*. El título de constitución (art. 5 LPH) no es un contrato de sociedad ni un contrato análogo. Si entre los propietarios hubiera un tal contrato, habría entre ellos sociedad, además de haber propiedad horizontal como puede haber sociedad además de comunidad. La entidad jurídica gestora de los intereses comunes (sujeto de derecho sin personalidad) llamada *comunidad de propietarios* tampoco es una sociedad, aunque sea una organización de aspectos corporativos o estatutarios[23].

La renuncia al propio piso o local no depende de que los otros propietarios la acepten, ni de que se les notifique, porque no es una renuncia liberatoria a

una cuota-parte de una cosa común. No ha de notificarse a los propietarios de los otros pisos y locales del edificio, ni para la validez, ni para practicar la inscripción. Ni puede ser impugnada por desplazar el gasto, que el renunciante sigue teniendo el deber de atender, ni por desplazar (con el dominio) las cargas al Estado, a lo que el renunciante tiene derecho. Cualquiera que tenga interés puede impugnar la renuncia, es decir, hacer valer su nulidad, si fuera nula (art. 1302 del Código Civil), o atacarla por fraude de acreedores (art. 1111 del Código Civil), pero la mera posibilidad de que la renuncia sea nula o sea fraudulenta no es una razón para condicionar la inscripción a una declaración judicial.

En conclusión, parece que no se niega que la propiedad horizontal puede ser objeto de abandono. Se exige, como requisito para la inscripción del título, la notificación a los otros propietarios y al secretario. Se dice que es nula si se hace de mala fe, pero parece que se reconoce que la intención de liberarse de las cargas de la propiedad no implica mala fe. El propietario no se libera por este medio de las deudas que ya han nacido a su cargo. Se sostiene que el inmueble abandonado no se adquiere por el Estado por ministerio de la Ley (art. 17 Ley 33/2003), sino que se adquiere al parecer por los otros propietarios del edificio, a los que con esa notificación se ofrece, siempre que lo acepten.

A mi juicio, todo esto es insostenible. El inmueble se adquiere por el Estado por ministerio de la ley. El abandono ha de ser notificado a la comunidad de propietarios para excluir el efecto prevenido en el artículo 9.1 i) LPH. La notificación a los propietarios no se requiere, ni para la validez de la renuncia, ni para que proceda inscribirla. El Estado será el deudor de las obligaciones que surjan después de su adquisición, sin que le sirva lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 33/2003 para eludir estas obligaciones, como no podría tampoco eludir la de pagar el impuesto sobre bienes inmuebles. El registrador es quien debe comunicar a la Administración General del Estado la inscripción del abandono.

AVILÉS GARCÍA habla de «encubrimiento de una operación de desplazamiento de costes y mantenimiento del bien derelicto», que sería algo distinto y a lo que no veo que la resolución de 30 de agosto de 2013 se refiera por ninguna parte. Si el renunciante sigue utilizando el bien, sin pagar las cuotas de gastos, o bien la renuncia es válida y puede ser expulsado de la posesión por el Estado, o más bien simplemente el mantenimiento de la posesión denotará que no ha renunciado realmente. Siempre se ha sostenido que el propietario poseedor solamente puede renunciar a la propiedad abandonando la posesión.

V. RENUNCIA A LA MULTIPROPIEDAD (RESOLUCIÓN DE 21 DE OCTUBRE DE 2014)

En la resolución de 21 de octubre de 2014, se confirma la suspensión de la inscripción de una escritura de «renuncias de multipropiedad». Se trata también

de una renuncia «pura y simple», pero no a la propiedad de un piso o local, sino a un derecho de multipropiedad (propiedad de un turno vacacional). Se deniega la inscripción con los mismos argumentos ya utilizados en la resolución de agosto de 2013, que se reproduce casi totalmente. Hay que tener en cuenta que se trata de una multipropiedad constituida antes de la Ley 42/1998.

El apartamento objeto del derecho renunciado forma parte de un complejo inmobiliario, que se compone de diversas instalaciones, un centro comercial y deportivo (unidad 163) y seis bloques con 162 apartamentos. Se otorgó escritura de división horizontal (14 de mayo de 1990), fijando para cada elemento una cuota de participación en su bloque y otra en el complejo. Se constituyó además un régimen de multipropiedad (13 de febrero de 1992) para los apartamentos, que «pasaron a considerarse cada uno de ellos divididos en cincuenta y dos partes indivisas, correspondiendo a cada cincuenta y dos parte indivisa [sic] el derecho de usar y disfrutar con carácter exclusivo y excluyente el apartamento amueblado y su ajuar durante un periodo semanal determinado, salvo la afectante a la semana dos del calendario destinada a mantenimiento, que quedó vinculada con carácter real como titularidad *ob rem* y por iguales partes indivisas a todas y cada una de las demás cuotas sobre el apartamento; e igualmente se constituyó una comunidad sobre cada uno de los apartamentos» (nota de calificación, resolución, Hechos, II)[24].

Se adaptó a la Ley 42/1998 (31 de enero de 2000) optando por el mantenimiento del régimen anterior. Los cónyuges compradores a la promotora de un cincuentaidosavo indiviso de apartamento, con derecho de dominio y uso exclusivo del mismo durante el periodo semanal número 3 del calendario protocolizado, que lleva consigo la cotitularidad de otro cincuentaidosavo indiviso correspondiente al periodo semanal número 2 del calendario, destinado al mantenimiento del apartamento, otorgan escritura por la que renuncian pura y simplemente al derecho de multipropiedad que ostentan sobre el apartamento descrito. La registradora suspende la inscripción y la resolución de octubre de 2014, que confirma esta suspensión, reproduce con muy pocas adaptaciones la argumentación de la de 30 de agosto de 2013.

En el caso de la resolución de 2014 los derechos de aprovechamiento son derechos dominicales. El titular del turno es propietario. Esta configuración del aprovechamiento por turno está prohibida desde la Ley de 1998, pero se ha autorizado la subsistencia de las situaciones preexistentes por respeto a los derechos adquiridos (disposiciones transitorias de las leyes de 1998 y 2012).

Por lo que se refiere al derecho de aprovechamiento por turno *de carácter real* —derecho real limitado— que se regula ahora en la Ley de 2012, no parece dudoso que su titular puede renunciar. Naturalmente, esto es distinto de poder deshacer un contrato, especialmente por la facultad de arrepentimiento o desistimiento con la que se quiere proteger al adquirente consumidor permitiéndole revisar su decisión contractual (art. 12 Ley 4/2012). «El titular de un

derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes *y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen*» (art. 33.1). Esta norma parece redactada pensando solamente en la disposición traslativa, con la que el titular no puede eximirse de las obligaciones derivadas del régimen de aprovechamiento que ya pesan sobre él, pero no se ve por qué habría de estar prohibida la renuncia si la transmisión es libre. La generalidad de los derechos reales es susceptible de renuncia. Son las obligaciones contractuales las que pueden vincular a permanecer en una situación jurídica.

En virtud de la renuncia a un derecho real de aprovechamiento por turno no parece que se produzca un fenómeno de acrecimiento a los otros titulares de periodos de uso del alojamiento vacacional, sino que la titularidad del derecho del que se desprende su titular, sin voluntad de atribuirlo a nadie, revierte sin extinguirse al propietario del apartamento, que puede disponer de él a favor de quien quiera adquirirlo. «La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implica extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen» (art. 23.4 Ley 2012). Esta reunión (que no produce extinción por consolidación) se puede causar por una transmisión o por una renuncia.

La resolución que comentamos reconoce que esta renuncia (que no es la que enjuicia) es posible y parece suponer que el derecho revertirá al propietario. «No se olvide que en el caso objeto del presente expediente, en que el régimen de aprovechamiento por turnos se constituyó antes de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, lo adquirido por los partícipes fueron cuotas indivisas del apartamento «con derecho de dominio y uso exclusivo del mismo durante el periodo semanal» correspondiente, *y no un mero derecho real limitado, como «ius in re aliena» reversible por su extinción al dominio que comprime* (*vid*., disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998)» (resolución de 21 de octubre de 2014, FD, 4).

Cuando se renuncia a un derecho real limitado, que se tiene sobre una cosa ajena, el efecto que normalmente se produce es la extinción del derecho y la consiguiente liberación de la propiedad del gravamen que el derecho le imponía, de tal manera que pueda el propietario ejercitar las facultades que antes le estaban impedidas o deje de tener que soportar el ejercicio de las que correspondían al renunciante (cfr. art. 513.4.º del Código Civil). Sin embargo, en el supuesto de una renuncia a un derecho real de aprovechamiento por turnos, no se produce la extinción del derecho renunciado, porque lo impide la objetivación o formalización de los periodos de uso que implica el régimen de aprovechamiento por turno (art. 23.4), lo que quiere decir que esa reunión puede producirse y que, si se produce, no causa la normal extinción por confusión o consolidación, sino que el derecho subsiste como derecho *de propietario*.

Sin embargo, no puede el propietario, a pesar de la autonomía del derecho, renunciar al turno que así le ha «revertido», porque al renunciar su titular otra

vez debería volver a él. Esto coincide con que el propietario pleno no puede renunciar al usufructo.

El titular no puede liberarse con la renuncia de las concretas obligaciones que ya hayan surgido a su cargo. No hay norma que se lo permita. Se libera de las cargas genéricas que lleva consigo el derecho, pero no de las deudas que ya existen.

En el caso que nos ocupa, el derecho de utilización temporal del alojamiento tiene naturaleza dominical. Es un derecho de propiedad. Se dice en la escritura de constitución del régimen de multipropiedad que a cada participación corresponde una cuota *en la propiedad del apartamento*. Las normas transitorias de las leyes 42/1998 y 4/2012 han autorizado la subsistencia de las situaciones de estricta multipropiedad que fueron creadas antes de la primera de dichas leyes. Tal configuración no es incompatible con una duración temporal limitada del propio régimen de multipropiedad —lo que en principio quiere decir que al cumplirse el plazo dejará de existir la vinculación del derecho al turno o periodo, quedando el apartamento en copropiedad— pero en el caso parece que se optó por mantener la duración indefinida.

Cuando el derecho de aprovechamiento es un derecho de propiedad, se puede pensar que nos encontramos ante una copropiedad del apartamento con una regulación jurídico-real del uso de la cosa común que asigna a cada cuota-parte un periodo semanal. Esta construcción, que remite al régimen de la comunidad de bienes (art. 392 del Código Civil), no deja de ser problemática. Aparte de la preconstitución del régimen, que divide los apartamentos en turnos antes de la enajenación de estos, a la manera como el título de constitución divide el edificio en pisos y locales aun antes de que estos se vendan, esta configuración choca sobre todo con el artículo 400 del Código Civil, que prohíbe excluir la acción de división por más de diez años, sin que estemos por lo demás en el supuesto del artículo 401.

En estos casos, la extinción del derecho de aprovechamiento no puede producir una reversión al propietario, porque el propietario es el renunciante. Cabe considerar estas posibilidades: que no se pueda renunciar, que lo renunciado pueda ser adquirido por ocupación, que se atribuya al Estado o que se atribuya a los otros titulares del apartamento.

Si un turno semanal se atribuye a cincuenta copropietarios, su utilización es prácticamente inviable. Lo que sí podrían hacer los copropietarios del turno es enajenarlo, aunque acaso esto les pueda resultar tan problemático como al titular que renunció. En todo caso, la acción de división está excluida para conseguir la venta del apartamento, pero no para conseguir la venta de un turno que pertenezca a varios en común, v. gr., a una comunidad de herederos. Asignado el turno renunciado a la comunidad de los titulares, cualquiera de ellos podría instar la división.

En la renuncia a unos derechos de multipropiedad —a la propiedad de un turno— puede parecer que la solución del acrecimiento se halla mejor fundada

que en la renuncia a la propiedad horizontal. Las multipropiedades anteriores a la Ley 42/1998 se configuraban como comunidades de bienes, si bien con exclusión de la acción de división y del derecho de retracto. El alojamiento se dice dividido en participaciones indivisas y que cada uno de los adquirentes entrará a formar parte de una comunidad de propietarios.

Sin embargo, no se trata de una comunidad normal. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de junio de 2010 se habló de comunidad *pro diviso*. Al adscribirse a cada cuota-parte del alojamiento turístico el derecho a su uso exclusivo, con exclusión de los demás titulares, durante el periodo temporal correspondiente según el calendario fijado e inscrito, «hay comunidad, pero dividida materialmente —no espacialmente, como en la propiedad horizontal, sino temporalmente—, división que excluye por su propia naturaleza el ejercicio de la acción para hacer cesar una inexistente indivisión». No hay acción de división porque la cosa está dividida: el derecho no recae sobre el apartamento, sino sobre el aprovechamiento temporal correspondiente. Sin embargo, ambiguamente, se entiende que sigue habiendo comunidad. Hay comunidad pero la cosa está dividida. (Uno de los copropietarios, titular de 29/52, pedía la división del apartamento demandando a todos los demás titulares, lo que en primera instancia se le había otorgado).

De manera análoga, en la resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de marzo de 1993, en donde se trataba de una venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos, hecha en 1992, en la que se excluyeron el derecho de retracto y la acción de división *en todo caso*.

La figura de la comunidad con división de aprovechamientos permite excluir algunos aspectos de la comunidad, sobre todo la acción de división, pero dejando entreabierta la puerta para poder aplicar otras normas de la indivisión, incluso el retracto de comuneros.

En la multipropiedad, la práctica negocial excluía la acción de división y el derecho de retracto, sin pronunciarse sobre la posibilidad de la renuncia y organizando los intereses comunes (mantenimiento del apartamento) mediante la formación de una comunidad de propietarios a la manera de la regulada en la Ley de propiedad horizontal.

En una comunidad regulada por las normas del título III del Libro II del Código Civil, pueden pactarse una regulación del uso y una administración orgánica. Pero en estas situaciones de multipropiedad se hace algo más, tan importante como excluir la acción de división. Se entiende que esta exclusión, aunque no se ampara en las previsiones de los artículos 400 y 401, es válida porque es coherente con una situación en la que la cosa común ya ha sido dividida al asignar su uso por turnos. No se puede pedir la división porque existe un tráfico de estos derechos y —se supone— el turno siempre va a negociarse mejor que el apartamento.

Una posible solución podría ser, simplemente, si esa presuposición falla, porque a consecuencia de una crisis económica duradera el tráfico de los turnos

vacacionales colapsa, entender que reaparece la posibilidad de pedir la división del apartamento, lo que, sin embargo, puede parecer excesivo porque impondría la división a quienes adquirieron turnos, están pagando sus gastos y acaso siguen teniendo interés en disfrutarlos.

La renuncia liberatoria no parece adecuada.

Normalmente, cuando uno de los copropietarios renuncia a su parte, se produce una «reestructuración» de las cuotas, que es lo que (con mayor o menor acierto o propiedad) se viene llamando *acrecimiento*. Si A tiene 1/2, B 1/4 y C 1/4, y C renuncia a su parte, A pasa a tener 8/12 y B 4/12. No es que A tenga ahora dos cuotas, una de 1/2 y otra de 2/12, y B una de 1/4 y otra de 1/12. Sus cuotas se acrecientan.

Por el contrario, en una multipropiedad como la que parece existir en el caso de la resolución que nos ocupa, lo que se postula no es un aumento de las cuotas de los otros comuneros, sino la formación de una comunidad sobre la parte alícuota renunciada. Esto no sería un simple acrecentamiento de lo que se tenía. En rigor, no crecen las cuotas, sino que se adquiere *pro indiviso* otra cuota, que sigue existiendo independientemente. No es que el turno de A, *v. gr.,* la primera semana, se amplíe, sino que tiene ahora además, pero en común, compartido con los otros partícipes, otro turno, *v. gr.,* la vigésima semana (turno que no está destinado a reparaciones, sino a aprovechamiento vacacional). Es decir, se trataría en efecto de algo análogo a lo que se pretende que se produce cuando se renuncia a un apartamento que se tiene en propiedad horizontal. No se incrementa la parte alícuota del objeto sobre el que se tiene derecho, sino que se adquiere un nuevo derecho sobre otro objeto.

La propiedad no tiene por objeto una parte alícuota de una cosa (apartamento), sino una «cosa» (periodo de goce). La división por turnos implica en realidad que la propiedad está dividida, no el mero uso, y tal división excluye el acrecimiento, a la vez que explica la inexistencia de la acción de división y del derecho de retracto. No hay copropiedad, sino propiedad del turno, a la manera como no hay copropiedad del apartamento, sino propiedad separada *y copropiedad de los elementos comunes*, *aspecto comunitario que acompaña también a la propiedad del periodo vacacional*.

Si se entiende que, con todo, el propietario de un turno es copropietario del apartamento, se le debe reconocer el beneficio del artículo 395. Si, por el contrario, se piensa que no se puede imponer la liberación de las deudas del mantenimiento y conservación del apartamento mediante el ofrecimiento en copropiedad de otro turno, que típicamente no interesa al titular, no parece razonable que haya que mantener la titularidad a no ser que se consiga una transmisión o que alguno de los cotitulares acepte la renuncia. Si no se reconoce la facultad de renuncia liberatoria, en sentido estricto, conforme al artículo 395, parece que se debería atribuir lo renunciado al Estado.

Contra el acrecimiento milita la idea de que la propiedad está dividida. Contra una atribución *ex lege* al Estado cabe decir que no parece que los turnos vacacionales sean bienes inmuebles en el sentido del artículo 17 de la Ley 33/2003. Así, por ejemplo, la obligación causada por el impuesto sobre bienes inmuebles es única, siendo el apartamento y no el turno el bien objeto del gravamen tributario. Los dueños de los turnos serían —en los casos de «multipropiedad»— codeudores solidarios de la deuda tributaria, mientras que en la propiedad horizontal cada «unidad real» causa su obligación.

En cualquier caso, aunque procediera el «acrecimiento», hay que volver a decir que la asimilación a la sociedad es errónea. Sea que el turno deba recogerlo el Estado, sea que se ofrezca a los cotitulares del alojamiento, la renuncia debe inscribirse sin los condicionamientos de la resolución de 21 de octubre de 2014. El problema se plantearía si la Administración pretendiera inscribir su adquisición, momento en que el registrador debería en efecto decidir si ha adquirido *ex* artículo 17 Ley 33/2003, o cuando cualquier titular registral pretendiera disponer del derecho adquirido por consecuencia de la renuncia inscrita.

Teniendo en cuenta que sobre el aprovechamiento temporal no hay copropiedad, creo que la solución que se impone es la atribución al Estado, que permite al propietario de un turno desvincularse. Parece más coherente. Si la cosa está dividida y no se puede pedir la división ni cabe la renuncia *sensu stricto* liberatoria, se debe admitir que el propietario pueda zafarse de las cargas dejando la propiedad del turno vacacional al Estado.

CONCLUSIONES

I. Sin duda se puede renunciar a la propiedad horizontal: abandonar la propiedad de pisos y locales.

II. Ni para la validez de la renuncia, ni para que proceda su inscripción, se requiere el consentimiento de los otros propietarios del edificio, ni siquiera notificarles previamente la renuncia. Debe notificarse a la comunidad de propietarios, para no responder de las deudas que reclame judicialmente antes de conocerla [art. 9.1 i) LPH].

III. La renuncia no produce acrecimiento, ni defiere el inmueble renunciado a los otros propietarios del edificio, sino que queda sin dueño y por consiguiente se atribuye por ministerio de la ley, automática y forzosamente, al Patrimonio del Estado *ex* artículo 17 Ley 33/2003.

IV. Sobre los pisos y locales no existe copropiedad, sino solo sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes (art. 3 LPH). Ninguna norma defiere la propiedad del piso o local abandonado a los otros propietarios del edificio. No es viable tampoco una aplicación analógica del artículo 599 del Código Civil.

V. La renuncia a un derecho real de aprovechamiento por turno defiere su titularidad al dueño del apartamento. La renuncia a la propiedad de un turno vacacional, cuando el inmueble sea objeto de multipropiedad en sentido propio, tampoco produce acrecimiento, porque el titular no es propietario de una parte alícuota de la cosa apartamento, sino dueño de una «cosa» (turno vacacional), lo que explica la inexistencia de acción de división, retracto de comuneros y renuncia liberatoria. La propiedad extinguida por la renuncia corresponde al Patrimonio del Estado.

SENTENCIAS

- SAP de Las Palmas (Sección 4.ª), núm. 324/2010, de 18 junio (Ponente: Illma. Sra. D.ª María Elena CORRAL LOSADA) *(JUR* 2011, 8425).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2013 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 238, 4 de octubre de 2013).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 2014 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 274, 12 de noviembre de 2014).

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2014). La maldición de ser propietario de inmuebles urbanos o la imposibilidad de abandono de la propiedad de la vivienda o local por sus acuciantes gastos. Comentario a la resolución de 30 de agosto de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], febrero de 2014, disponible en http://blog.uclm.es/cesco/2014/02/.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2014). La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 3346-3362.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2013). La renuncia abdicativa de dominio sobre un local de negocio y la adquisición del dominio por el Estado. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2013. *Consejo Consultivo para la pequeña y la mediana Empresa* [En línea], 24 enero 2014, disponible en http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=104.

LACRUZ MANTECÓN, M. (2011). *La ocupacion imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*. Madrid: Dykinson.

MARIÑO PARDO, F. (2015) La renuncia a un piso o local en una propiedad horizontal. Las resoluciones DGRN de 30 de agosto de 2013 y de 21 de octubre de 2014. *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral, pensando en la práctica notarial y en la oposición a notarías* [En línea], 20 de abril de 2015, disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/04/la-renuncia-un-piso-o-local-en-una.html.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Comentarios a los artículos 392-406. En: *Comentario del Código Civil,* tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.

— (2011). Comentarios al artículo 1. En: J. M. Miquel González (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Madrid: Civitas, 13-35.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1987). Comentarios a los artículos 610-617 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII, vol. 1.º. Madrid: Edersa, pp. 22-599.

ROBLES LATORRE, P. (2013). La renuncia al derecho de propiedad. *Derecho privado y Constitución,* núm. 27, 49-75.

ROCA JUAN, J. (1978). De las servidumbres En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º. Madrid: Edersa, pp. 1-239.

ROGEL VIDE, C. (2008), *Derecho de cosas*. Madrid: Reus.

NOTAS

[1] Me refiero a las opiniones de AGÜERO ORTIZ, 2014; GUTIÉRREZ JEREZ, 2014; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2014, y MARIÑO PARDO, 2015. En el comentario de AVILÉS GARCÍA, 2014, que acepta al parecer el criterio de la Dirección, no encuentro nada que obligue a corregir el juicio desfavorable que la resolución merece.

[2] En el derecho alemán, no se admite la renuncia a una parte alícuota de la propiedad de una cosa inmueble (BGH 10-5-2007, V ZB 6/07). El suelo común —se dice— es la base de la propiedad de la vivienda. Sin cuota parte en la propiedad del suelo no hay propiedad de la vivienda. No pudiéndose renunciar individualmente a la cuota parte del suelo, tampoco se puede renunciar a la propiedad de la vivienda.

[3] ROBLES LATORRE, 2013, 58-59, en un trabajo de julio de 2013, se plantea la cuestión de los efectos del abandono cuando la propiedad implica obligaciones *propter rem*. El abandono produce la pérdida de la propiedad y «desde el abandono el expropietario deja de ser deudor de dichas obligaciones». Aunque esta frase es equívoca, queda claro que a su juicio las obligaciones en ese momento *ya generadas* siguen siendo del renunciante, que no se libera de ellas por efecto de la renuncia: «El problema se plantea sobre quién recaen las obligaciones generadas en el futuro». Se refiere concretamente al abandono de una finca urbana sometida al régimen de propiedad horizontal. «[D]esde dicho abandono el expropietario no estará obligado al pago de la cuota de la comunidad de propiedad horizontal. Se plantea «si el nuevo propietario sería el Estado… o bien podría aplicarse el artículo 395 del Código Civil y la interpretación que de él se ha dado estableciendo que la renuncia implica un derecho de acrecimiento de la cuota de propiedad en compensación por la asunción de un mayor gasto». (Se refiere a la opinión de J. M. MIQUEL). «Cada propietario de las fincas individuales asumiría una parte del gasto de la finca abandonada y obtendría una cuota de copropiedad sobre la misma». Es la tesis que ahora mantiene la Dirección. A favor de esta solución señala «la interpretación sistemática de que la propiedad horizontal está concebida, en el Código Civil, como una modalidad de copropiedad». Esta idea no se puede compartir.

La propiedad horizontal no es —ni la Ley de propiedad horizontal ni en el Código Civil— una modalidad de comunidad, sino una propiedad exclusiva que lleva consigo una comunidad accesoria. Sobre todo, debe observarse que, si se opta por la aplicación del artículo 395, ya no cabe decir que las obligaciones generadas antes del abandono siguen siendo del propietario renunciante. Ahora bien, ROBLES LATORRE se pronuncia por la aplicación del artículo 17 de la Ley 33/2003, «pues el bien abandonado no es en copropiedad, si bien es cierto que accesoriamente conlleva la copropiedad de una serie de zonas comunes del edificio», en lo que sustancialmente se ha de estar de acuerdo: sobre el piso o local no existe copropiedad, sino un derecho singular y exclusivo de propiedad, que lleva consigo ciertamente una participación en la copropiedad de unos elementos comunes accesorios. Este autor plantea también la cuestión de que el Estado «asumiría las obligaciones desde que tras el oportuno expediente se hubiera asumido la propiedad y solo desde este momento, no con efectos retroactivos», sugiriendo así el argumento que más parece haber pesado contra la atribución del bien al Estado. «Optando por la vía de la titularidad estatal, queda por resolver quién es responsable del pago de los gastos comunitarios desde que se produce la renuncia hasta que se adjudica el bien a la Administración». (En rigor no se trata de una «adjudicación». La Administración no se adjudica el bien sino que, después de una información, declara entender que le pertenece y asume su competencia sobre el mismo. A juicio de este autor, «[l]o más lógico es pensar que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 del Código Civil y 17 de la LPAP, el renunciante tendrá que seguir sufragando dichos gastos» (hasta que la Administración se haga cargo del bien), que es la tesis con la que en el caso de la resolución de 30 de agosto de 2013 argumentó el registrador para suspender la inscripción hasta que el Estado se hiciera cargo del bien e instara la inscripción a su favor.

[4] «[S]e deduce de… que se le abra al edificio folio registral (art. 8-4.º y 5.º de la Ley Hipotecaria); pueda ser objeto de agrupación con otro colindante (resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado —en adelante RDGRN— de 11 de mayo de 1978) e hipotecado en su totalidad (art. 218 RH y 123 Ley Hipotecaria); exista un régimen de limitaciones en interés del común que sujeta cada propiedad separada; se produzca la extinción de la propiedad horizontal cuando la reconstrucción por siniestro del edificio supere el 50% (art. 23.1 de la Ley de Propiedad Horizontal); haya bienes (art. 9.1 f y 22.1 de la Ley de Propiedad Horizontal) y obligaciones de la comunidad (arts. 10.1, 17.1.ª.2 y 22.1 de la Ley de Propiedad Horizontal); pueda esta demandar y ser demandada (art. 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal); y, en fin, quepan anotaciones de embargo y demanda en su favor sin necesidad de identificar a todos y cada uno de los propietarios (RDGRN de 19 de febrero de 1993)» (FD 4). Obviamente, la capacidad jurídica y procesal de la comunidad de propietarios, sujeto de derecho no personificado al que compete la gestión de los intereses comunes, no implica que el edificio en su conjunto esté en comunidad, como tampoco lo supone que el edificio tenga folio registral, porque también se le abre a cada uno de los pisos y locales. Los propietarios pueden disponer de la totalidad del edificio, porque en su conjunto reúnen todos los derechos de que depende la facultad de disponer. Que al extinguirse la propiedad horizontal quede un inmueble en copropiedad, tampoco significa que esa copropiedad del edificio exista durante la propiedad horizontal.

[5] Los autores que he visto que han opinado sobre esta resolución se orientan todos a rechazar la idea del acrecimiento y a sostener que el bien debe pasar al Estado por aplicación del artículo 17 de la Ley 33/2003. «[N]o puede ser así, pues en materia de bienes inmuebles rige una norma especial —de aplicación prioritaria respecto a la regla general—, a saber, que los bienes inmuebles sin dueño pertenecen a la Administración General del Estado (art. 17 de la Ley 33/3003, de 3 de noviembre)» (AGÜERO ORTIZ, 201). «[L]a norma es clara: en caso de renuncia la propiedad pasa por ministerio de la ley al Estado conforme a lo previsto por el artículo 17 apartados 1 y 2 de la Ley 33/2003…» (GUTIÉRREZ JEREZ, 2014). «[E]l inmueble queda vacante, y debe pasar [dígase más bien que pasa] a ser propiedad de la Administración del Estado, porque así lo dice la Ley. Se trata de un efecto especial de la renuncia dominical de inmuebles, que lejos de devenir la cosa *nullius*, se atribuye a la Administración

General del Estado… con independencia de que el inmueble esté sometido a un régimen de propiedad horizontal…» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA).

[6] M. LACRUZ MANTECÓN, 2011, 234-238.

[7] «Si con la renuncia el derecho del comunero renunciante no pasara a los otros, no se explicaría su efecto liberatorio» (J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, 1985, 120-121). «[C]uando un copropietario derelinque válidamente su cuota (lo que sin duda es posible), ¿se convierte esta en *res nullius* o acrece *ope legis* la cuota o cuotas del otro u otros comuneros? La doctrina alemana dominante se inclina por la primera… analizando consiguientemente los delicados problemas que plantea la posible ocupación de la cuota *nullius*. Pero, entre nosotros, la tesis del aumento (proporcional) de las cuotas de los restantes copropietarios es la comúnmente aceptada. Y visto lo dispuesto en el artículo 395, *in fine*, del Código Civil (renuncia liberatoria que, sin duda, presupone tal acrecimiento), precepto que no existe en el Código Civil alemán, tal parece ciertamente la solución en nuestro Derecho» (F. PANTALEÓN PRIETO, 1987, 244).

[8] Sobre este asunto, naturalmente, hay que remitir a J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, 1985, 102 y sigs.

[9] J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, 1991, pp. 1086-1087, 1097, 1106. J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, 1985, pp. 467 y sigs., p. 421.

[10] La resolución de 30 de agosto de 2013 habla —argumentando de manera poco afortunada con el artículo 395 del Código Civil— de un «abandono del derecho en cuestión en poder de los «beneficiarios» («abandono traslativo y liberatorio»)» (FD 6). Sin embargo, en el caso no hubo un abandono traslativo y el artículo 395 tampoco contempla un abandono traslativo.

[11] Cabría pensar que en tales casos no hay en rigor «comunidad de propietarios», por no ser condueños de los elementos «comunes» el dueño del predio sirviente y los de los dominantes. Sin embargo, hay comunidad en cuanto al uso entre los propietarios de los distintos pisos o locales. No obstante, no se puede dejar de tener en cuenta que, transformar legalmente tales situaciones en una propiedad horizontal típica, no hubiera respetado los derechos adquiridos. En la hipótesis a que nos referimos, el suelo pertenece exclusivamente al dueño del predio sirviente. Por lo tanto, hay que entender que la imperativa aplicación retroactiva de la regulación legal se refería a la comunidad de propietarios en sentido propio: gestión de los intereses comunes y aspectos conexos.

[12] «Cabe la posibilidad de que en el título constitutivo de la servidumbre se pacte *expresamente* la obligación del dueño del predio sirviente de costear, además, las obras necesarias para el uso y conservación de la misma» (J. ROCA JUAN, 1978, 227). «[F]rente al principio *servitus in faciendo consistere nequit*… [hay una e]xcepción singularísima, concretada en la *servitus oneris ferendi*, en la que el propietario del fundo sirviente, no solo tenía que soportar en la pared o columna propias el peso de la construcción vecina, sino que además debía restaurarlas y mantenerlas, salvo la facultad de abandono liberatorio… cuya explicación se ha buscado en un principio de justicia, porque si se le hubiera impuesto al dominante el deber de reparación, el propietario de la pared o columna se hubiera enriquecido indebidamente» (J. ROCA JUAN, 1978, 45).

[13] Cfr. M. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, 1973, 118.

[14] «En lo que se refiere al segundo obstáculo observado por el registrador [la imposibilidad de practicar el asiento solicitado, ya que no es posible registralmente inscribir la simple renuncia si no es inscribiendo simultáneamente una nueva titularidad, pues sería contrario a la esencia de los principios registrales que una finca inmatriculada quedara sin titularidad] resulta de todo lo dicho con anterioridad que el defecto no puede compartirse… [P]roducida la renuncia y calificada positivamente su legalidad, debería procederse a inscribir el elemento independiente sobre la [*sic*] que recayó, en la forma prevenida en el artículo 4.2, pr., de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, a nombre de todos los propietarios del inmueble en proindiviso ordinario. No puede ser, sin embargo, así… Procede… para hacer constar la renuncia… exig[ir] el consentimiento de los demás copartícipes… Sin perjuicio de que, si el renunciante no obtuviese el consentimiento o se produjese oposición de los demás propietarios, pudiese acudir a los Tribunales para que (previa adopción en su caso de las

medidas cautelares oportunas para enervar los efectos desfavorables del artículo 38 de la Ley Hipotecaria) dicten sentencia que declare legítima la renuncia, y logre así, por tanto, título bastante para la inscripción… [E]sta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando parcialmente la nota del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones…» (ver FD 8). Ni AGÜERO ORTIZ ni GUTIÉRREZ JEREZ parecen cuestionar la idea. Se dice que «para poder inscribir la renuncia… es necesaria una resolución previa de la Administración Pública por la que se confirme *al Registrador* (?) la aplicación del artículo 17 de la Ley 33/2003 con lo que el principio de tracto sucesivo estará suficientemente salvaguardado, quedando hasta el momento en situación activa la titularidad registral del renunciante de forma preventiva, por exigencia elemental del principio de fe pública derivado de la presunción contenida en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria». GOÑI parece que se adhiere a esta opinión al decir que «registralmente, seguiría siendo el titular el renunciante de forma preventiva o transitoria, y se practicaría la inscripción de la renuncia con la resolución previa de la Administración, para salvaguardar el tracto sucesivo, y poder practicarse a continuación la inscripción a su favor».

[15] En un informe del Abogado del Estado Jefe de la Asesoría jurídica de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos de 6 de junio de 2006 sobre la improcedencia de registrar un inmueble en el Catastro a favor del Estado mientras no haya concluido el procedimiento de investigación y se haya incluido el bien en el Inventario General de Bienes y Derechos, se dice que «su exigibilidad [la de las obligaciones y responsabilidades contempladas en el artículo 17.2 de la Ley 33/2003] queda dilatada o diferida a la conclusión del procedimiento e inclusión del bien en el inventario» y que tales obligaciones «se encuentran sometidas a término suspensivo, *certus an et incertus quando*, consistente en la conclusión del procedimiento e inventario del bien, que se sabe que ha de llegar (art. 1125 del Código Civil)». Conforme a este criterio, es claro que no es que las obligaciones nacidas entre la adquisición del bien y su inclusión en el Inventario, no correspondan al Estado, sino que no le son exigibles hasta que, reconocida la titularidad, se incluyan en el Inventario.

[16] Tratando de la inscripción de los actos relativos a la reconstrucción de edificios objeto de propiedad horizontal, cuando esta se ha extinguido por la destrucción del edificio y subsiste una *comunidad de bienes sobre el solar*, se plantea la cuestión de la inscripción de las renuncias el registrador de Lorca (Murcia) Jorge LÓPEZ FERNÁNDEZ. A su juicio, la renuncia «se inscribirá en todo caso, no es ningún impedimento que falte la correlativa aceptación de los demás [comuneros], y tendrá desde luego el efecto de cancelar la titularidad del propietario que ha renunciado» (J. LÓPEZ FERNÁNDEZ, 2013, 3315).

[17] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2014, 3354-3355, objeta que si los cotitulares no son terceros, sino —según dice la Dirección— *terceros interesados, o partes en una titularidad conjunta sobre un objeto unitario de derecho*, no se puede hablar de perjuicio de tercero. Obviamente, respecto de la renuncia, los otros propietarios del edificio (y la comunidad de propietarios) son terceros. Cuestionar esto carece de todo fundamento. Otra cosa diferente es que se pueda hablar del perjuicio de tercero a que se refiere el artículo 6 del Código Civil cuando a esos terceros no se les priva de ningún derecho.

[18] Se dice que «en este supuesto el perjuicio o daño eventual a terceros o condueños es previsible», aún más, «casi evidente», al parecer porque esta renuncia «recae… sobre un derecho complejo… que… lleva… incorporadas indisolublemente obligaciones anejas (*propter rem*)…». El problema radica en determinar la manera de proteger el interés de los condueños.

[19] Llama la atención ciertamente el comentario de AVILÉS GARCÍA, para quien al parecer los artículos 7 y 1255 del Código Civil justifican cómoda e irrebatiblemente que la propiedad horizontal es una «organización conformada por un fin común», que se diferencia tan solo de la sociedad en que los condueños «no pueden defenderse forzando la disolución de la comunidad». «Parece incuestionable que esta relación entre condueños… tiene un parangón organizativo y funcional con el fenómeno asociativo o societario (establecimiento de órganos, delimitación de competencias, formalidades para la toma de acuerdos, régimen impugnatorio)». Se confunde la comunidad de bienes con la comunidad de propietarios. La ley

organiza la administración de los intereses comunes instituyendo un sistema de competencias de base asamblearia, con una estructura de índole estatutaria o corporativa, análoga a la que hay en una corporación jurídico-privada como una sociedad anónima, pero esto no quiere decir que exista una sociedad entre los propietarios (propietarios de los pisos y comuneros de los elementos comunes). La comunidad de propietarios es una organización que gestiona los elementos e intereses comunes, pero no es una sociedad. Existe *ex lege*. Asombra la cita de los artículos 392 y 1669 para fundamentar la analogía de la sociedad y la comunidad.

[20] El acrecimiento se produce *ope legis* y automáticamente —dice ROGEL, 2008, 28— pero cada uno de los copartícipes puede renunciar a él y mantener su parte inalterada.

[21] MARIÑO PARDO, 2015, opina por el contrario que «la extinción del dominio del renunciante… se produce aunque los demás propietarios no acepten el acrecimiento. La solución correcta será admitir entonces, aunque sea subsidiariamente al acrecimiento, la aparición de un bien vacante, cuya propiedad correspondería al Estado». Este notario admite al parecer el «acrecimiento», rechazando los condicionamientos que la resolución impone a la inscripción. Cita, por cierto, el artículo 552-5.2 del *Código Civil de Cataluña* (cuya regulación por cierto de la comunidad y la propiedad horizontal es absolutamente inconstitucional), que dice que la renuncia del cotitular a su derecho en la comunidad «comporta el acrecimiento de los demás cotitulares en proporción a sus derechos sin necesidad de aceptación expresa pero sin perjuicio de poder renunciar a los mismos». Poder renunciar a sus derechos, a proporción de los cuales se produce el acrecimiento, quiere decir poder renunciar a sus cuotas-partes, lo que parece desafortunado. Lo que debe permitirse es una repudiación del acrecimiento, distinta de que pueda renunciar a (toda) su parte. Si todos repudian el acrecimiento, la solución de que una parte alícuota quede *nullius* es indeseable y el renunciante debe seguir siendo comunero, con lo que, tratándose de una renuncia liberatoria, no se desatiende su voluntad, porque, si quiso renunciar, fue para liberarse. El aludido artículo 552-5 no admite la renuncia liberatoria.

[22] «[C]on arreglo al artículo 1.705 del Código Civil… habrá, cuando menos, de ponerse la renuncia cuya inscripción se pide —como paso previo de rigurosa observancia para practicar el asiento [!]— en conocimiento de los demás propietarios para que puedan impugnarla judicialmente, solicitando las oportunas medidas cautelares, si estiman que es ineficaz por ser de mala fe (y habrá mala fe no solo cuando quien hizo la renuncia, como dice el artículo 1706, intenta apropiarse el provecho [¿qué provecho?], sino también desplazar el gasto, que «debía ser común»); o, en cualquier caso, para tomar las decisiones que estimen convenientes en defensa de sus intereses (renuncia de la propiedad a su vez por otros partícipes, abandono del edificio o venta a un mejor gestor [*sic*] por los restantes o único propietario, etc.). Notificación que, debido al mayor peligro que, frente a los demás comuneros, tiene la renuncia respecto a la transmisión, al contrario que en esta, deberá acompañarse a la escritura para practicar el asiento solicitado y trasladarse también al secretario de la comunidad (cfr. art. 9.1.i de la Ley de Propiedad Horizontal)» (FD 5). Pero para acabar diciendo: «Procede por tanto aplicar aquí, en la medida que deben serlo por la misma razón los artículos substantivos en que se ampara (arts. 224 del Código de Comercio y el 1705 y 1706 del Código Civil), la solución seguida mayoritariamente por la doctrina que, en estos casos, para hacer constar la renuncia en el Registro Mercantil (al no estar previstos en el artículo 139 del antiguo Reglamento), *exigía el consentimiento de los demás copartícipes* (cmpr. art. 239.2 del Reglamento actualmente en vigor).— Sin perjuicio de que, *si el renunciante no obtuviese el consentimiento o se produjese oposición de los demás propietarios, pudiese acudir a los Tribunales para* que (previa adopción en su caso de las medidas cautelares oportunas para enervar los efectos desfavorables del artículo 38 de la Ley Hipotecaria) dicten sentencia que *declare legítima la renuncia*, *y logre así, por tanto, título bastante para la inscripción*. Se trata, en efecto, de acertar [*sic*] no el efecto (extintivo) de la renuncia —de la renuncia como hecho, esto es, una vez producida— sino su validez en tanto tal» (FD 10). La última frase debo confesar que me resulta incomprensible. Se habla al parecer de hacer cierta o fijar la validez de la renuncia (distinta de la eficacia), que por lo visto se presume nula, maliciosa o abusiva.

[23] Sobre estas cuestiones, naturalmente, C. PAZ-ARES y J. M. MIQUEL. De todas maneras, la argumentación de la Dirección sobre los artículos 1705 del Código Civil y 224 C. de C. no ha convencido a nadie. Puede verse AGÜERO ORTIZ, 2014; GUTIÉRREZ JEREZ, 2014; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2014, 3355. «[S]i ya resulta muy dudoso que una comunidad de bienes sea equiparable a una sociedad civil, mucho más que [*sic*] lo es que lo sea la propiedad horizontal… [N]o se trata aquí de extinguir una situación jurídica contractual, como en el artículo 1705, sino, si acaso, de renunciar a una cuota en una comunidad, la cual sigue existiendo tras la renuncia… [E]l… artículo 1705 Código Civil… contempla solo la notificación y no exige el consentimiento de los demás socios, por lo que para justificar normativamente esta última exigencia, la DGRN llega a invocar una norma de rango reglamentario y relativa a una sociedad mercantil, recurriendo a la, por otra parte desconocida en la práctica, sociedad comanditaria» (MARIÑO PARDO, 2015).

[24] «El apartamento descrito… se sometió por "Ogisaka España, S.A.", de conformidad con los estatutos que regulan el referido conjunto a efectos de su transmisión a terceros, al régimen de multipropiedad, considerándolo dividido en cincuenta y dos participaciones indivisas, numeradas correlativamente del 1 al 52, ambos inclusive, correspondiendo a cada participación una cuota de una cincuenta y dosava [*sic*] parte (1/52) en la propiedad del apartamento y que atribuyen a cada propietario el derecho de usar y disfrutar, con carácter exclusivo y excluyente, el referido inmueble y su ajuar durante el periodo semanal especificado en el título adquisitivo, de acuerdo con el calendario incorporado, a razón de semana por cada 1/52 parte [sic]. A tal fin, una vez adquiridas dichas participaciones, cada uno de los adquirentes entrará a formar parte de una comunidad de propietarios sobre el apartamento. Una de las semanas no será objeto de utilización y quedará libre para mantenimiento general, atribuyéndose la cuota que le corresponda en el condominio del apartamento (1/52), a los titulares de las restantes cuotas indivisas por iguales partes, quedando vinculadas ambas partes, de modo que la titularidad de una de las cuotas que adquiera llevará consigo las titularidad de la parte que le corresponda en la cuota de la semana de mantenimiento y lo mismo se observará en las sucesivas transmisiones que se verifiquen».

(Trabajo recibido el 19-11-2015 y aceptado para su publicación el 18-12-2015)

Posesión, detentación y tenencia. La posesión en el Código Civil de Cataluña

Possession, precarious possession and holding: Possession in the Civil Code of Catalonia

por

ADOLFO LUCAS ESTEVE

Doctor en derecho.

Profesor agregado, director de estudios de derecho en la Universitat Abat Oliba CEU y Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona.

RESUMEN: La tenencia física de un bien comporta unas consecuencias jurídicas diferentes atendiendo al tipo de poder que el tenedor ostenta sobre ese bien y permite distinguir tres figuras diferentes: la posesión, la detentación y la tenencia no posesoria. La posesión comporta unos efectos máximos: presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*; la detentación representa una situación intermedia y permite solamente la protección mediante las acciones de protección posesoria, y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas. De este modo, aquel que tiene un bien en su poder no necesariamente debe ser calificado como poseedor, sino que también puede ser un detentador o un simple tenedor.

En este estudio, una vez analizados los conceptos de posesión, detentación y tenencia, se examina sus formas de adquisición y sus efectos. En este

sentido, las principales novedades de la legislación catalana son la regulación de la acción publiciana y la diferente configuración de la adquisición *a non dominio* de bienes muebles por un poseedor de buena fe y a título oneroso. Finalmente, se plantea el enorme poder del poseedor sin derecho frente al propietario y se cuestiona la conveniencia de mantener ese poder en la actualidad.

ABSTRACT: Physical possession of a thing has different legal consequences depending on the type of power that the holder exercises over it. Physical possession can be divided into three different categories: possession, precarious possession and non-possessory holding. Possession has the maximum effects: possessory presumptions, usucaption, possessory protection, acquisition of the fruits and acquisition a non domino. Precarious possession represents an intermediate situation and allows possessory protection. Non-possessory holding involves contact with the thing that is not protected by law, and has no legal consequences. Thus, one who has a thing in his/her possession should not necessarily be regarded as the possessor, but can also be a precarious possessor or a simple holder.

After analyzing the concept of possession, precarious possession and holding, this study examines their form of acquisition and effects. In this regard, the main innovations in the Catalan legislation are the regulation of the actio publiciana and the different configuration of the acquisition a non domino of chattels for good and valuable consideration by a bone fide possessor. Finally, the enormous power of the possessor who enjoys no rights vis-á-vis the owner and the desirability of currently maintaining that power are explored.

PALABRAS CLAVE: Posesión. Detentación. Tenencia. Derechos reales. Código Civil de Cataluña. Acción publiciana. *Possessio vitiosa*.

KEY WORDS: Possession. Precarious possession. Holding. In rem rights. Civil Code of Catalonia. Actio publiciana. Vitiosa possessio.

SUMARIO: I. LA POSESIÓN: 1. Concepto, características y naturaleza jurídica. 2. Conceptos posesorios. 3. Clases de posesión. 4. Pluralidad de poseedores y coposesión.—II. LA DETENTACIÓN.—III. LA TENENCIA NO POSESORIA.—IV. ADQUISICIÓN Y FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN: 1. Adquisición de la posesión 2. Finalización de la posesión.—V. EFECTOS DE LA POSESIÓN: 1. Las presunciones posesorias. 2. La protección de la posesión. 3. La usucapión. 4. La adquisición de bienes muebles. 5. La liquidación posesoria.—VI. VISIÓN CRÍTICA DE LA POSESIÓN.

La tenencia física de un bien comporta unas consecuencias jurídicas que pueden variar atendiendo al tipo de poder sobre ese bien. Por ejemplo: una persona es propietaria del piso en el que vive; un administrativo utiliza el ordenador de la empresa donde trabaja; una persona se sienta en una silla en casa de un amigo; alguien compra un reloj, pero el vendedor no es el verdadero propietario; una persona ha robado una cosa con violencia, etcétera. En estas situaciones hay tenencia de un bien, pero la relación de poder con ese bien es diferente en cada caso y el Código Civil de Cataluña otorga unas consecuencias jurídicas diferentes a cada situación.

Estas situaciones permiten distinguir tres tipos de tenencia: posesión, detentación y tenencia no posesoria. La posesión implica unos efectos máximos (presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*), la detentación representa una situación intermedia (protección posesoria) y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas. De esta manera, aquel que tiene un bien en su poder no necesariamente es poseedor, sino que también puede ser calificado como detentador o como simple tenedor.

I. LA POSESIÓN

El libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante *Codi*) ha regulado de forma completa y sistemática la posesión en los artículos 521-1 a 522-8 CCCat, impidiendo la aplicación supletoria del Código Civil español.

La posesión es un concepto que ha sido históricamente discutido[1] y que el *Codi* define como un hecho, no como un derecho. La posesión es la tenencia de una cosa o un derecho. Se trata de un concepto aparentemente sencillo: una persona tiene un bien en su poder. Es una realidad física y tangible que se puede percibir por los sentidos: se ve y se puede tocar. Esta tenencia material está protegida por la Ley y comporta unas consecuencias jurídicas, ya que la posesión tiene «como efecto principal el derecho a continuar poseyendo» (preámbulo) y nadie puede arrebatar la posesión por la fuerza ni siquiera el propietario.

1. Concepto, requisitos, características y naturaleza jurídica

A) Concepto

El artículo 521-1 CCCat define la posesión como un poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de

otra persona. De esta definición destaca que la posesión es un poder de hecho, es decir, un dominio fáctico sobre un bien. Según LACRUZ BERDEJO, «posesión es la dominación de una cosa que se *tiene*. Un contacto físico autónomo y visible[2]». Para FERRER RIBA, «la posesión es una situación de hecho en la cual una persona sujeta un bien a la acción de su voluntad[3]». Así pues, en todas las definiciones destaca la existencia de un poder de hecho sobre el bien, un poder que implica un control físico y visible.

El sentido etimológico de la palabra «posesión» también nos permite profundizar en su significado. Según recuerda PANERO GUTIÉRREZ, el término posesión (poseer —*possidere*— posesión —*possessio*—) deriva de *sedere* (sentarse, estar sentado) y del prefijo *post* que proviene de *posse* (poder). Este autor considera que «de esta etimología derivan dos notas: que la posesión comporta una relación de hombre-cosa y, al tiempo, una idea de poder, que aquel ejerce sobre esta[4]».

Este poder de hecho es independiente de los derechos sobre el bien. La posesión es un poder que no necesariamente está vinculado a un derecho real o personal que faculte para poseer el bien, ya que solamente se precisa sujeción a la voluntad del poseedor. En consecuencia, se puede poseer en virtud de algún título que faculte para poseer la cosa (por ejemplo, la propiedad), pero también se puede poseer sin derecho, por ejemplo cuando el título adquisitivo es ineficaz o en caso de hurto. De este modo, se distingue entre *ius possidendi* e *ius possessionis*: el *ius possidendi* es la posesión derivada de un derecho real o personal; en cambio, el *ius possessionis*, es la posesión que no deriva de ningún derecho real ni personal. La SAPB de Barcelona de 18 de mayo de 2010 define «el *ius possessionis*… como (un) poder independiente de cualquier clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder, frente al *ius possidendi*, entendido como facultad que integra el contenido del derecho de dominio u otros derechos reales, así como también otros derechos personales que implican normalmente la facultad de poseer». A pesar de esta distinción, ambos son posesión y producen los mismos efectos jurídicos.

La tenencia de un bien puede derivar de un derecho (*ius possidendi*) o ser independiente de cualquier derecho (*ius possessionis)*. Por tanto, cuando analizamos la posesión hacemos referencia a un hecho (la tenencia material de una cosa o un derecho) y es importante estudiarla con independencia de los derechos. El hecho y el derecho son cuestiones diferentes y, a pesar de que la posesión puede coexistir con la propiedad (o con algún otro derecho posesorio), se pueden dar casos de propiedad sin posesión y de posesión sin propiedad (por ejemplo, si alguien se apropia de un bien sin permiso: el propietario no tendrá la posesión y el *accipiens* será un poseedor no propietario).

B) Requisitos

La posesión requiere la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*, es decir, la tenencia material y la voluntad de tener el bien. Por tanto, si solamente concurre uno de ellos, el *corpus* o el *animus*, no hay posesión.

a) *Corpus*. El corpus es la tenencia material de un bien. Este requisito deriva directamente de la definición de la posesión en el *Codi* como un «poder de hecho sobre una cosa o un derecho» (art. 521-1 CCCat) y supone que una persona tiene el control material y físico de un bien y que actúa sobre dicho bien de forma exclusiva y excluyente.

Ahora bien, el *corpus* no requiere un contacto físico permanente con la cosa, sino que requiere el control de la misma, o sea, la posibilidad de establecer contacto con la cosa cuando se quiera, con independencia de otras personas. El contacto físico con el bien no es imprescindible, puesto que la posesión no requiere un contacto físico permanente y continuo. Si la posesión se perdiera en el momento en que el poseedor se separara un centímetro de la cosa, estaríamos ante un concepto jurídicamente inútil, carente de la estabilidad necesaria y que reduciría la posesión a los objetos que estoy tocando en cada momento. Por tanto, la posesión no requiere un contacto físico continuo, sino el poder y el control sobre la cosa[5]. Este poder se manifiesta en la posibilidad de recuperar el contacto físico con el bien de manera directa, inmediata y autónoma, sin la intervención de otras personas[6]. Por ejemplo: soy poseedor de mi apartamento en la playa, aunque haga 3 años que no voy, simplemente porque puedo ir cuando quiera sin permiso de nadie, también soy poseedor del coche que tengo en la calle o de la ropa que tengo en el armario y que hace tiempo que no me pongo. En este sentido, tenemos que recordar con ALBALADEJO que «tenencia de un poder o ejercicio o uso del mismo son cuestiones diferentes[7]», es decir, puedo tener poder sobre un bien aunque no esté haciendo uso actualmente de él.

El hecho de no considerar la tenencia física de un bien como el criterio para determinar si hay *corpus*, comporta que tenemos que establecer otro criterio de referencia. Así pues, el criterio para determinar cuando hay *corpus* es la existencia de un poder sobre el bien, que se ejerce en la forma en que la sociedad considera habitual que haya un poder sobre dicho bien. Se requiere que la posesión del bien cumpla con su destino habitual y que esa forma sea reconocida y respetada por la sociedad. Por tanto, la forma de tener un bien puede variar atendiendo a los objetos concretos y a los usos que la sociedad confiere a cada objeto. Por ejemplo, puedo dejar una toalla en la playa —y se considera que tengo la posesión—, pero no puedo dejarla en la calle; o puedo dejar el coche en la calle, pero no puedo dejar mi ordenador. De este modo, *el corpus* es el poder sobre un bien que se manifiesta ante los demás en la forma en que la sociedad reconoce habitualmente que una persona tiene poder sobre ese bien.

El *corpus* supone un poder sobre el bien que se caracteriza por una cierta estabilidad, puesto que un contacto breve no tiene relevancia jurídica. Este control sobre el bien se puede tener personalmente, pero también se puede tener por medio de otra persona (un empleado) o, incluso, de una cosa (un buzón).

b) *Animus*. Es la intención, la voluntad de tener el bien bajo control y ejercer un poder sobre él. Este requisito se desprende indirectamente del *Codi* que define la detentación como el poder de hecho sobre una cosa o derecho «sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho» (art. 521-1.2 CCCat); y, por tanto, *a sensu contrario*, se puede afirmar que la posesión requiere la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho, es decir, la intención o *animus*. Hay que destacar que este precepto utiliza la expresión «actuar como titular del derecho» y, en consecuencia, hace referencia a cualquier tipo de derecho posesorio, sin restringirlo al derecho de propiedad. El poseedor tiene que querer tener el bien y puede hacerlo como propietario o en cualquier otro concepto posesorio, incluyendo los derechos reales limitados posesorios (por ejemplo: usufructo) y los derechos personales posesorios (por ejemplo: arrendamiento). Ahora bien, el poseedor no necesita creer que él es el titular del derecho, puesto que solamente se requiere la voluntad de controlar el bien y, en este sentido, el concepto de *animus* y el de buena fe son diferentes.

El *animus* tiene que ser autónomo, sin que el poseedor esté sometido completamente a las órdenes de otra persona.

Estos dos elementos, *corpus* y *animus*, son imprescindibles para poder hablar de posesión, puesto que el *animus* sin *corpus* no es posesión ni tiene ninguna relevancia jurídica; y el *corpus* sin *animus* tampoco es posesión: en algunos casos puede ser detentación (art. 521-1 CCCat) y en otros casos es un simple contacto físico sin relevancia jurídica (por ejemplo, estoy sentado a la silla del dentista o me apoyo en la pared de la universidad).

El origen de estos dos requisitos se remonta a la tradición romanística y ha dado lugar a dos concepciones sobre la posesión: la subjetiva y la objetiva. Por un lado, la concepción subjetiva, defendida por SAVIGNY, señala el *animus,* como un elemento esencial y específicamente considera que ese *animus* se refiere a la propiedad[8]. Por otro lado, la concepción objetiva, defendida por IHERING, afirma que la posesión no es la simple reunión del *corpus* y el *animus*, lo que implicaría para cada una de las dos una existencia previa, sino que el *corpus* es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, igual que la palabra no existe antes de ser pronunciada. Para este autor no hay dos requisitos diferentes, sino un fenómeno externo que manifiesta una voluntad subyacente. Por tanto, lo más importante para esta concepción es el *corpus*, de forma que el *animus* pasa a ser secundario o, incluso, desaparece[9]. Ahora bien, a pesar de esta referencia histórica, el *Codi* establece ambos requisitos, *corpus* y *animus*. Un *animus* que puede ser en concepto de propietario o en concepto de titular de cualquier otro derecho posesorio.

No se considera posesión la detentación (art. 521-1.2 CCCat) ni la tenencia clandestina del bien, ni tampoco se puede adquirir nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan (art. 521-2.2 CCCat).

C) Características

Partiendo del concepto de posesión, podemos adelantar sus características principales:

- — Tiene que ser estable. No se protege un contacto físico esporádico sobre un bien, sino que se requiere una permanencia en el tiempo. Los contactos instantáneos no son posesión, puesto que no permiten hablar de un control sobre los bienes. LACRUZ BERDEJO considera que esta estabilidad configura un *estado* que genera el derecho a su continuación: el derecho a seguir poseyendo[10].
- — Tiene que permitir un uso reiterado y repetido sobre el bien (o al menos la posibilidad de hacerlo).
- — Tiene que ser exclusiva y excluyente: la exclusividad supone la posibilidad de excluir otras personas. Así, por ejemplo: no puedo poseer un autobús ni la universidad en la cual estoy estudiando, porque mi uso está compartido con los demás (aunque tenga *corpus* e incluso *animus*), ya que no puedo impedir el uso del resto. De todas formas, es posible actuar de forma concurrente en los casos de coposesión o de pluralidad de posesiones, que veremos más adelante.
- — Tiene que ser autónoma: sin someterse a la voluntad de otra persona. El poder que se ostenta sobre el bien tiene que ser el reflejo de una voluntad propia y libre. No hay autonomía si el tenedor es un simple instrumento de otra persona; por ejemplo, el piloto de un avión.
- — Es un mecanismo primario de publicidad de los derechos. La posesión implica un poder sobre una cosa que el resto de la sociedad puede percibir por los sentidos y permite presumir que la persona que tiene una cosa, normalmente, tiene un derecho sobre ella.

D) Naturaleza jurídica

En el Código Civil español, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión, entre los defensores de la posesión como un hecho o como un derecho, ha sido larga y todavía continúa. Sin embargo, el Código Civil catalán se ha decantado claramente por la consideración de la posesión como un hecho[11], finalizando la discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión. Las razones de esta consideración son diversas:

a) El concepto legal de posesión es claro y concluyente y define la posesión como un poder de hecho (art. 521-1 CCCat).

b) La ubicación sistemática de la posesión en un título separado, el título II, situado antes de la regulación de los derechos reales, comporta una clara distinción con los derechos reales.

c) El legislador catalán ha sido coherente con la definición de la posesión y desde esta perspectiva exige que exista un poder de hecho para adquirir la posesión. El caso paradigmático es la adquisición de la posesión por el heredero regulada en el artículo 411-6 CCCat que establece: «El heredero que acepta la herencia solo tiene su posesión si la toma, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción»[12]. Aquí la herencia tiene que ser entendida como *una universitas iuris*, como un todo, por tanto, no es necesaria la toma de posesión individual de todos y cada uno de los bienes que la integran, sino que se realiza una adquisición global. En este caso, la necesidad de adquirir la posesión físicamente se aparta de la legislación española basada en la posesión civilísima que establece que la posesión se considera adquirida de forma automática en caso de adición de la herencia (art. 440 del Código Civil).

d) El artículo 5 LH establece expresamente que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles» en el Registro de la propiedad. Por tanto, por un lado define la posesión como un hecho y por otro niega la posibilidad de inscribirla en el Registro de la propiedad que tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 LH).

e) El artículo 521-8.e CCCat presenta un supuesto que para muchos autores no encaja en la consideración de la posesión como un hecho. Este precepto hace referencia al poseedor que ha perdido la cosa en contra de su voluntad porque otra persona se la ha arrebatado. En este caso, el *Codi* considera que el poseedor originario continúa siendo poseedor durante un año a contar desde la pérdida del bien, a pesar de que ya no tenga poder sobre dicho bien y de que haya otra persona que ha adquirido la posesión. Así, esta posesión sin poder sobre el bien parece contradictoria con la concepción de la posesión como un hecho.

Sin embargo, en este caso, también se puede considerar que continúa existiendo un cierto poder sobre el bien, ya que el poseedor originario tiene la posibilidad de recuperarlo mediante las acciones de protección posesoria y, por tanto, en un sentido amplio se puede afirmar que tiene un poder sobre el bien: el poder de recuperarlo. En este sentido, el artículo 121-22 CCCat establece lo siguiente: «Las pretensiones protectoras exclusivamente de la posesión prescriben al cabo de un año», que es el plazo durante el cual se considera que el anterior poseedor mantiene la posesión del bien. Es cierto que la posesión requiere una base física real, en cambio, en el artículo 521-8.e CCCat esta base física es eventual, pero a pesar de ser eventual, existe y confiere el poder de recuperar el bien con las

acciones de protección posesoria. En consecuencia, en este supuesto también se puede afirmar que existe un poder de hecho sobre el bien.

2. Los conceptos posesorios

El concepto posesorio es el derecho que se exterioriza al ejercer un poder de hecho sobre un bien y supone determinar qué tipo de poder ostenta el poseedor[13]. Por tanto, existen diferentes conceptos posesorios: posesión en concepto de propietario, posesión en concepto de usufructuario, posesión en concepto de arrendatario, etc.[14].

El *Codi* utiliza repetidamente la expresión «conceptos posesorios» y los utiliza de manera diversa: en el artículo 521-4 CCCat cuando habla de conceptos posesorios compatibles e incompatibles; en el artículo 521-6.2 CCCat cuando se presume la continuidad del concepto posesorio; en el artículo 522-1.1 CCCat cuando se presume la titularidad del derecho en concepto del cual se posee el bien; en el artículo 522-8 CCCat cuando señala que la adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, o en el artículo 531-24.1 CCCat que establece que para usucapir la posesión tiene que ser en concepto de titular del derecho.

La posesión es un hecho, por tanto, al hablar del tipo de poder sobre un bien no hacemos referencia a los derechos (propiedad, usufructo, comodato o arrendamiento), sino que hablamos de conceptos posesorios. Los conceptos posesorios suponen la traslación del mundo de los derechos al mundo de los hechos, es decir, el hecho posesorio se ejerce en un determinado concepto, y este concepto está predeterminado por los diferentes derechos que reconoce el ordenamiento jurídico[15]. En este sentido, el poseedor puede poseer de formas diferentes: puede comportarse como un propietario (si demuestra un poder absoluto sobre una cosa) y, en este caso, hay una posesión en concepto de propietario. Pero el poseedor también se puede comportar como titular de un derecho que faculta para poseer el bien, ya sea un derecho real limitado (usufructo, uso, habitación, servidumbre, derecho de aprovechamiento parcial, prenda, anticresis, etc.), o un derecho de crédito (arrendamiento, depósito, comodato, etc.), y en estos casos hay posesión en concepto de usufructuario, arrendatario, depositario, etc. El concepto posesorio refleja un hecho, porque la posesión lo es, y exterioriza un determinado tipo de poder sobre la cosa.

El concepto posesorio se define por la actuación que el poseedor exterioriza ante la sociedad. Esa exteriorización es un elemento fundamental: no es una actitud interna, sino una actuación, visible por la comunidad, que muestra el tipo de poder sobre la cosa. Además, tampoco se trata de un acto individual, sino de una manera habitual de actuar.

El concepto posesorio manifiesta la relación del poseedor con el bien y esta relación es independiente de la efectiva existencia de un derecho. Por ejemplo: posee en concepto de usufructuario aquel que ha adquirido el derecho de usufructo; pero, también, posee en concepto de usufructuario el que ha adquirido la cosa como usufructuario por un testamento nulo y, por tanto, no ha adquirido el derecho, pero su relación con la cosa es en concepto de usufructuario.

El concepto posesorio se tiene que diferenciar de otras figuras:

a) De la buena o mala fe. El concepto posesorio es el tipo de poder que se ejerce sobre un bien; en cambio, la buena o mala fe es la creencia de que, efectivamente, soy titular de ese poder. Así pues, puedo tener buena o mala fe con independencia del concepto posesorio y, por ejemplo, puedo ser poseedor en concepto de usufructuario y lo puedo ser de buena o de mala fe.

b) Del *animus*. El *animus* es la voluntad de tener el bien; en cambio, el concepto posesorio no es únicamente la voluntad de poseer, sino que es la confluencia del *corpus* y el *animus* en un determinado concepto. En el concepto posesorio hay posesión y, por tanto, hay *corpus* y *animus* que exteriorizan un determinado poder sobre el bien. Por ejemplo, el arrendatario posee en concepto de arrendatario tanto porque se considera arrendatario (*animus*), como porque su poder sobre la cosa es el de un arrendatario (*corpus*).

El concepto posesorio se establece al adquirir la posesión y se presume su continuidad mientras dure la posesión (art. 521.6-2 CCCat). No obstante, el concepto posesorio puede cambiar posteriormente. Este cambio se denomina inversión del concepto posesorio (o interversión) que se define como un cambio en el *animus* que tiene que ser convenientemente exteriorizado. Por consiguiente, para que exista inversión posesoria son necesarios dos requisitos: a) un cambio del *animus* y b) la exteriorización de esa nueva voluntad mediante la actuación sobre el bien. El cambio del concepto posesorio tiene importantes consecuencias jurídicas, por ejemplo a efectos de usucapión: si una persona adquiere una cosa en concepto de arrendatario o de usufructuario, para poder usucapir la propiedad tiene que existir un cambio en el concepto posesorio para poseer en concepto de propietario y, desde este nuevo concepto posesorio, empezar a usucapir la propiedad.

3. Clases de posesión

A) Posesión de una cosa o un derecho

Esta división se fundamenta en el objeto de la posesión: los bienes. Los bienes son una categoría genérica que engloba las cosas y los derechos patrimoniales, las cosas son corporales y los derechos patrimoniales son incorporales (art. 511-1 CCCat). Desde esta perspectiva, el artículo 522-1 CCCat establece

expresamente que la posesión se ejerce sobre una cosa o derecho, ya que ambos son susceptibles de apropiación y de posesión.

a) Posesión de cosas

La posesión de una cosa se refiere a los bienes corporales y, por tanto, hablamos de una posesión material, física e inmediata sobre la cosa. La posesión de cosas requiere un poder sobre la totalidad de la cosa y este poder puede derivar de un derecho real posesorio (por ejemplo: la propiedad o el usufructo), de un derecho de crédito posesorio (por ejemplo: el arrendamiento) o de la posesión sin derecho. No obstante, los derechos de crédito son especiales porque no se pueden usucapir y, por tanto, la posesión de estos derechos solamente permite algunos de los efectos típicos de la posesión (protección posesoria, presunciones, adquisición *a non domino* y, si no hay una regulación específica, liquidación de los frutos).

b) Posesión de derechos (o *quasi possessio*)

La posesión de derechos supone el ejercicio y el disfrute de esos derechos[16]. Este tipo de posesión merece un estudio detallado para desglosar los diferentes derechos objeto de posesión:

a') *La posesión de bienes inmateriales*: la propiedad intelectual e industrial. Se refiere a la posesión de aquellos bienes que no recaen sobre un objeto material y corpóreo. La posesión de estos derechos se manifiesta con los actos de ejercicio del poder sobre estos derechos (por ejemplo: el cobro de los derechos de propiedad intelectual o la posibilidad de oír canciones y ver películas). Ahora bien, los bienes inmateriales tienen unas características especiales, ya que permiten, en algunos casos, la posesión simultánea por muchas personas al mismo tiempo; por ejemplo, se puede oír una canción en varios lugares a la vez, en cambio, solamente el autor puede cobrar los derechos patrimoniales derivados de la creación de una obra.

b') *La posesión mediata*. En este supuesto distinguimos entre posesión inmediata y mediata. La posesión inmediata supone un contacto físico directo sobre la cosa (es posesión de cosas); en cambio, en la posesión mediata se tiene la cosa a través de la posesión de otra persona y se tiene poder sobre la cosa por medio de esa persona (es posesión de derechos). La posesión inmediata supone la posesión de una cosa, la posesión mediata es la posesión de un derecho[17]. Por ejemplo: el arrendador tiene la posesión mediata, es decir, la posesión de un derecho que se manifiesta en la posibilidad de actuar contra quien perturbe la

posesión (art. 1560 del Código Civil) o en el cobro del alquiler y el arrendatario tiene la posesión inmediata.

c') *Los derechos reales limitados que comportan una utilización parcial del bien*. Hay derechos que no comportan un poder sobre la totalidad del bien, sino que confieren una facultad concreta o se limitan a una parte de este bien. Por ejemplo, las servidumbres o los derechos de aprovechamiento parcial. En estos casos, los titulares no tienen un poder sobre la totalidad del bien, sino un poder limitado y, por tanto, no hay posesión de una cosa, sino posesión de un derecho, ya que este derecho solamente permite una utilización parcial de la cosa.

Ahora bien, hay derechos que no pueden ser objeto de posesión: a) no se pueden poseer los derechos no patrimoniales, por ejemplo, los derechos familiares o los derechos de la personalidad; b) tampoco se pueden poseer los derechos reales no posesorios: la hipoteca o los derechos de adquisición preferente (que según el *Codi* son derechos reales), y c) tampoco se puede poseer un derecho de crédito que agote su contenido en una única prestación puntual[18] o aquellos que consistan en hacer o no hacer, puesto que la prestación del deudor no es objeto de la posesión del acreedor.

B) Posesión como titular o por medio de otra persona

El artículo 522-1.1 CCCat distingue entre posesión como titular y posesión por medio de otra persona. Esta distinción se refiere a la forma de ejercer la posesión por un mismo (como titular) o por medio de otra persona en nombre suyo:

- La posesión como titular es la posesión por un mismo, en nombre propio y supone que el poseedor tiene el control y el poder sobre el bien. Se trata de una posesión como titular y, por consiguiente, no se limita al derecho de propiedad, sino que incluye cualquier concepto posesorio (usufructuario, arrendatario, comodatario…)[19].
- La posesión «por medio de otra persona» supone que se interpone una persona entre el poseedor y el bien, y el poseedor ejerce su poder sobre el bien a través de esa persona. En este supuesto intervienen dos personas: el poseedor y la persona por medio de la cual se posee. Esta persona por medio de la cual se posee tiene el bien materialmente y, a su vez, puede ser poseedor si concurren los requisitos para serlo (*corpus, animus* y autonomía respecto al poseedor).

La posesión por medio de otra persona se puede producir en tres casos: a) en caso de representación, b) en situaciones de posesión mediata e inmediata y c) en el caso del servidor de la posesión.

a) *La representación*. La posesión se puede ejercer por medio de representante, ya sea un representante legal (administrador de una sociedad, tutor, titular de la patria potestad,…), ya sea un representante voluntario o ya sea un tercero sin mandato que actúa en nombre del poseedor que tendrá que ratificar esta actuación para que sea válida[20]. El representante actúa en nombre del representado y este recibe las consecuencias jurídicas de los actos realizados por el primero. Por su parte, el representante puede ser poseedor si tiene *corpus* y *animus* y autonomía en la gestión, en caso contrario, no. Por ejemplo, si se trata de una representación para comprar una cosa y entregarla al comprador parece difícil hablar de autonomía y considerar que el representante es poseedor; en cambio, si tiene facultades para administrar libremente, sí se podría hablar de posesión del representante si cumple los demás requisitos. Hay que destacar que el representado es poseedor en ambos casos, puesto que posee «por medio de otra persona».

b) *La posesión mediata e inmediata*. La posesión mediata e inmediata la hemos estudiado al hablar de la posesión de un derecho. Este tipo de posesión, además, crea una situación en la que hay un poseedor «por medio de otra persona». La posesión inmediata supone un contacto físico directo sobre la cosa; en cambio, en la posesión mediata se tiene la cosa a través de la posesión de otra persona. Ambos son poseedores: por un lado, el poseedor inmediato porque tiene contacto físico con el bien (*corpus*) y voluntad y autonomía para utilizar este poder (*animus*); por otro lado, el poseedor mediato tiene un poder sobre el bien que ejerce a través del poseedor inmediato (*corpus*) y también tiene la voluntad de poseerlo (*animus*).

Por ejemplo, en caso de arrendamiento, el propietario posee por medio del arrendatario, el primero en concepto de propietario y el segundo en concepto de arrendatario. El poseedor mediato, el arrendador, continúa teniendo un poder de hecho sobre el bien y, por ejemplo, puede actuar contra quien perturbe la posesión (art. 1560 del Código Civil). Además, el poseedor inmediato lo reconoce como propietario y admite su poder «mediato» sobre el bien. El poseedor inmediato no puede desvincularse de ese poder mediato —y, por ejemplo, vender la cosa— y si lo hace, el poseedor mediato puede defender su *statu quo*. Otro ejemplo: el propietario puede entregar la cosa en usufructo, el usufructuario lo arrienda y el arrendatario la cede en subarrendamiento. En este caso, el propietario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata), el usufructuario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata), el arrendatario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata) y el subarrendatario tiene la posesión de la cosa (posesión inmediata). Así, la posesión mediata permite grados y se puede hablar de posesión mediata de primer grado, de segundo grado, etc.[21].

Normalmente, la posesión mediata e inmediata se tiene que iniciar con un negocio jurídico entre las partes, pero no es imprescindible. Por ejemplo, en un caso real, una persona le pidió a otra que le dejara vivir en un piso vacío

durante unos días mientras solucionaba un problema personal. Una vez ubicado en el piso realizó una transferencia al propietario de 300 euros en concepto de arrendamiento (cantidad que era inferior al precio de mercado). En este caso, encontramos un poseedor en concepto de propietario (poseedor mediato) y un poseedor en concepto de arrendatario (poseedor inmediato) sin la existencia de negocio jurídico entre ellos. Evidentemente, el poseedor en concepto de arrendatario no tiene derecho y, además, actúa de mala fe.

c) *El servidor de la posesión*. La figura del servidor de la posesión tiene origen alemán, ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia españolas y ha sido recogida por el *Codi* que califica el servidor de la posesión como detentador (art. 521-1.2 CCCat). El servidor de la posesión tiene el bien, pero bajo una relación de dependencia respecto del poseedor, actúa por cuenta del poseedor y siguiendo sus instrucciones.

El servidor de la posesión no es poseedor, ya que no tiene autonomía ni la voluntad de actuar como titular, es un simple instrumento por el cual el poseedor ejerce su dominio sobre la cosa. Por ejemplo: el administrativo que utiliza el ordenador y la mesa de la oficina donde trabaja o el comandante que pilota un avión de unas líneas aéreas. El servidor de la posesión, a pesar de tener la cosa, no es poseedor sino detentador; en cambio, sí es poseedor aquel que da instrucciones al servidor de la posesión, puesto que tiene un poder de hecho sobre el bien por medio de otra persona.

C) Posesión de buena o mala fe

Para estudiar la diferencia entre posesión de buena fe y de mala fe, primero tenemos que distinguir entre posesión justa e injusta. La posesión justa es aquella que se ajusta a derecho y supone la adquisición de la posesión y del derecho a poseer, es decir, la posesión es justa cuando coinciden el hecho y el derecho. En cambio, es injusta la posesión contraria a derecho, o sea, aquella en la que se ha transmitido la posesión, pero el acto que transmitía el derecho no se ha producido o no se ha producido correctamente, ya sea porque el título traslativo es ineficaz o porque el transmitente no es el titular de la cosa o porque no tiene poder de disposición o porque no ha habido consentimiento del *tradens*. Por ejemplo, en una compraventa: si la cosa se ha vendido por un título eficaz, se adquiere la posesión y el derecho y, por tanto, hablamos de posesión justa; en cambio, si la cosa se ha vendido por un título ineficaz, se adquiere la posesión pero no el derecho y, por tanto, hablamos de posesión injusta y, en consecuencia, nos interesa saber si el adquirente es de buena o de mala fe.

La posesión es de buena fe cuando el adquirente ignora excusablemente que su posesión es injusta, es decir, tiene una «creencia justificable de la titularidad del derecho» (art. 521-7 CCCat). Por tanto, se necesitan tres requisitos: 1) creer

que existe un título válido y eficaz; 2) ignorar que existe un defecto que ha impedido la transmisión del derecho, y 3) que esta creencia sea razonable. La creencia tiene que ser excusable y, en este sentido, no se trata de una percepción psicológica interna, sino que esta percepción tiene que ser objetivamente razonable. Según LACRUZ BERDEJO, «al poseedor se le debe exigir una justificación socialmente satisfactoria de su creencia o ignorancia. Su estado subjetivo debe obedecer a una apariencia objetiva razonable[22]». En caso contrario, si no se dan estos requisitos y el poseedor conocía (o podía conocer) la falta de titularidad del derecho, la posesión es de mala fe. Ahora bien, el *Codi* utiliza alguna vez el concepto de buena fe en casos de posesión justa, por ejemplo, al tratar el derecho de retención (art. 569-3 CCCat).

La buena fe se presume siempre y quien afirma la mala fe del poseedor tiene que probarla (art. 521-7.2 CCCat). Aun así, la buena fe puede cambiar a mala fe, ya que los efectos de la buena fe cesan a partir del momento en que los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat). Con esta norma se recoge la tradición del derecho canónico que consideraba que la mala fe sobrevenida perjudicaba el poseedor (*mala fides superveniens nocet*), a diferencia del derecho romano que tan solo requería buena fe inicial y si el poseedor descubría posteriormente que poseía indebidamente no dejaba de ser poseedor de buena fe (*mala fides superveniens non nocet*). En todo caso, la mala fe no tiene efectos retroactivos y no perjudica el periodo en que se poseía de buena fe.

La distinción entre buena y mala fe tiene consecuencias jurídicas importantes, puesto que los efectos de la posesión y de algunos derechos reales posesorios varían dependiendo de la buena o mala fe, por ejemplo en la liquidación posesoria, en la adquisición de bienes muebles, en el derecho de retención o en la accesión. No obstante, hay otros efectos posesorios que no están ligados a la buena o mala fe, por ejemplo la usucapión, las acciones de protección posesoria o la acción publiciana.

4. Pluralidad de poseedores y coposesión

La posesión es un poder de hecho que puede corresponder a una persona o a varias personas. Cuando varias personas comparten la posesión de un bien se puede hablar de pluralidad de posesiones (cuando las posesiones son exclusivas y excluyentes) o de coposesión (cuando las posesiones no son exclusivas, sino compartidas).

A) Pluralidad de posesiones

La pluralidad de posesiones supone que existen varios poseedores sobre un mismo bien, con voluntad de no compartir su concepto posesorio. Son poseedo-

res con carácter exclusivo y excluyente y, por tanto, existen varias posesiones sobre el bien. Estas posesiones pueden ser compatibles o incompatibles: son compatibles cuando los conceptos posesorios son diferentes y pueden concurrir simultáneamente sobre un mismo bien (por ejemplo, en el caso de posesión mediata e inmediata); en cambio, son incompatibles cuando los conceptos posesorios son idénticos y excluyentes y comportan la necesidad de decidir quién tiene preferencia para poseer el bien.

a) Conceptos posesorios compatibles

El artículo 521-4.1 CCCat establece lo siguiente: «Diferentes personas pueden poseer un mismo bien si los conceptos posesorios son compatibles». Este artículo hace referencia a la coexistencia en armonía de una pluralidad de poseedores sobre un mismo bien. Se trata de múltiples posesiones de carácter exclusivo, pero cada poseedor tiene un concepto posesorio diferente y compatible con los demás. Por ejemplo, sobre un mismo bien, una persona puede poseer en concepto de propietaria, otra en concepto de usufructuaria, otra en concepto de arrendataria y otra en concepto de comodataria. Los diferentes poseedores no tienen la intención de compartir su concepto posesorio, pero el bien permite la coexistencia de diferentes poseedores porque los conceptos posesorios son diferentes y compatibles. Todos son poseedores del mismo bien, unos poseen de forma mediata y otro de forma inmediata.

Cuando coinciden diferentes conceptos posesorios compatibles sobre el mismo bien, estos conceptos posesorios pueden ser de mejor o de peor derecho a poseer. En este sentido, el *Codi* (por ejemplo: en el art. 522-7.2 CCCat) utiliza a menudo las expresiones «mejor derecho a poseer», «peor derecho a poseer» o, simplemente, «poseedores sin derecho». En caso de conceptos posesorios compatibles tendremos que analizar las relaciones jurídicas entre los diferentes poseedores para determinar quién tiene derecho a la posesión física o inmediata del bien; por ejemplo: entre el propietario y el arrendatario, el segundo tiene mejor derecho a poseer y le corresponde la tenencia física del bien.

b) Conceptos posesorios incompatibles

En este caso, hay varias personas que pretenden la posesión de un bien en el mismo concepto posesorio de forma exclusiva y excluyente, es decir, sin voluntad de compartir su concepto posesorio. Además, los conceptos posesorios no son compatibles y no pueden coexistir sobre un mismo bien, por ello, el ordenamiento jurídico debe elegir a quién corresponde la posesión del bien. Para determinarlo, el *Codi* establece unos criterios de preferencia: 1) En primer

lugar, la persona que tiene la posesión en el momento de la pretensión; 2) en segundo lugar, si existen dos o más poseedores, corresponde al más antiguo; 3) en tercer lugar, si las fechas de las posesiones coinciden, corresponde a quien presente un título, y 4) finalmente, si todas estas condiciones son iguales, el objeto de la posesión se deposita judicialmente mientras se decide la posesión o propiedad de acuerdo con lo establecido por las leyes (art. 521-4.2 CCCat).

B) Coposesión

La coposesión supone que hay varias personas que tienen un poder sobre el bien, de forma simultánea y en el mismo concepto posesorio, pero con voluntad de compartirlo y utilizarlo conjuntamente. En la coposesión no existen diferentes conceptos posesorios ni tampoco una voluntad de poseer de forma exclusiva y excluyente, sino que nos encontramos con varias personas que poseen de forma simultánea y concurrente en el mismo concepto, por ejemplo en concepto de copropietario.

La posesión es un hecho, no un derecho, por tanto no pueden existir cuotas indivisas en la posesión. El poder de hecho de cada poseedor recae sobre la totalidad del bien, pero no se trata de una posesión exclusiva, sino compartida y la actuación de cada poseedor está limitada por la posesión de los demás. En este caso, hay varias posesiones, porque cada poseedor tiene un poder de hecho sobre todo el bien y los hechos, por definición, son independientes los unos de los otros. Cada poseedor tendrá su propia relación con el bien y, por ejemplo, unos poseedores pueden ser de buena fe y otros de mala fe.

En la coposesión, existe una voluntad de compartir el bien y la forma de compartirlo dependerá del tipo de bien (un piso se puede utilizar simultáneamente, en cambio una bicicleta tendrá que utilizarse por turnos). Sin embargo, si uno de los coposeedores se apropia de todo el bien se produce una privación de la posesión de los demás que pueden defenderse a través de las acciones de protección posesoria[23].

II. LA DETENTACIÓN

La detentación es el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares (art. 521-1.2 CCCat). Si la posesión era la conjunción del *corpus* y del *animus*, la detentación supone la existencia de *corpus*, pero sin *animus*[24]. Ahora bien, en la detentación hay una cierta apariencia y estabilidad que permite conferir algunos efectos a la detentación, singularmente, su protección a través de las acciones de protección posesoria.

La detentación no es posesión ni produce sus efectos. Los efectos típicos de la posesión son: presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*. Sin embargo, el detentador únicamente disfruta de las acciones de protección posesoria (art. 522-7.1 CCCat), y no puede servirse de los otros efectos de la posesión ni tampoco puede interponer la acción publiciana.

El detentador puede proteger su tenencia con las acciones de protección posesoria, incluso frente a la persona que le ha entregado el bien (art. 522-7.1 CCCat). Así pues, el titular del derecho y/o poseedor no puede recuperar el bien en manos del detentador por la fuerza, sino que tiene que recuperarlo con las acciones que le ofrece el ordenamiento jurídico como titular de un derecho o como poseedor. En este sentido, el artículo 250.1.2.º LEC establece que «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

El *Codi* establece que hay detentación en los siguientes supuestos:

A) Falta de voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho (art. 521-1.2 CCCat)

El detentador tiene contacto físico con el bien, pero no es poseedor porque no tiene la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho. La tenencia se manifiesta exclusivamente en *el corpus*, sin que exista *animus* ni intención de actuar como titular. En este sentido, el *animus* no es algo interno que se mantiene únicamente en la mente del detentador sino que requiere una «apariencia externa», por tanto, la falta de *animus* tiene que exteriorizarse y ser visible por los demás. En este caso, se requiere la falta de voluntad de poseer como titular del derecho, ya que el detentador tiene físicamente el bien, pero sin un poder autónomo sobre él. Por ejemplo:

- El servidor de la posesión. El servidor de la posesión tiene el bien, pero bajo una relación de dependencia con el poseedor y siguiendo sus instrucciones, es decir, tiene el bien sin autonomía y responde a las órdenes e instrucciones del poseedor. Es un simple instrumento por medio del cual el poseedor ejerce su dominio sobre la cosa. Por ejemplo: el soldado que utiliza un fusil, el conductor del autobús o el cirujano que utiliza los materiales del hospital.
- El representante que posee un bien del representado en aquellos casos en los que no tenga autonomía de gestión.

Se trata de supuestos en los que el tenedor es un simple instrumento del poseedor, y no tiene la voluntad ni la intención de disfrutar la cosa como propia. El detentador actúa bajo la dependencia de otra persona, siguiendo sus indicaciones y sin la autonomía necesaria para ser considerado poseedor.

B) Tenencia con la tolerancia de los titulares (art. 521-1.2 CCCat)

En este supuesto, hay una relación jurídica previa entre los titulares y los detentadores en la que los primeros transmiten a los segundos la tenencia física del bien, pero no existe la voluntad de transmitir el derecho ni tampoco la posesión: son actos realizados con la condescendencia de los titulares. Estos actos no afectan a la posesión, ya que se basan en la tolerancia del titular.

El ejemplo típico es el precario, que implica la tenencia del bien con una voluntad libremente revocable por parte de aquel que tiene derecho a poseer. La STS de 19 de septiembre de 2013 define el precario como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho» y añade que «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga».

En el *Codi,* el precario es un caso de detentación, ya que el detentador no tiene un poder autónomo sobre el bien ni tampoco intención de poseer. Se trata de actos tolerados que no pueden fundamentar una posesión, porque se reconoce la absoluta dependencia a la voluntad del poseedor. Por ejemplo: un padre deja el piso que tiene vacío a su hija y a su pareja para que vivan mientras el padre no lo necesita.

C) El fiduciario que no entrega la posesión en el plazo establecido (art. 426-45 CCCat)

El *Codi* establece otro supuesto de detentación en el artículo 426-45.2 CCCat que regula el fideicomiso y establece que si el fiduciario o sus herederos no entregan la posesión dentro del plazo fijado por la Ley tienen la consideración de meros detentadores y dejan de hacer suyos los frutos. En este caso, el legislador considera al fiduciario como detentador, a pesar de que con una mejor técnica jurídica tendría que ser considerado como un poseedor de mala fe. Tendría que

ser considerado como poseedor porque tiene *corpus* y *animus* y sería de mala fe, porque conoce que su posesión es injusta.

La consideración como poseedor de mala fe, comportaría las mismas consecuencias en relación a los frutos y se adecuaría mejor a la definición de posesión y de detentación del artículo 521-1 CCCat, ya que el fiduciario tiene *animus*, actúa sin seguir las instrucciones de ninguna otra persona y su posesión no deriva de la tolerancia de los poseedores. Sin embargo, el *Codi* considera al fiduciario como detentador y le aplica sus consecuencias jurídicas, entre ellas la no adquisición de los frutos.

III. LA TENENCIA NO POSESORIA

Los contactos físicos sobre la cosa que no sean posesión ni detentación se califican como tenencia no posesoria. En estos casos hay una simple tenencia física del bien a la que la Ley no vincula ningún efecto jurídico. En concreto, es necesario analizar dos supuestos especiales: a) la tenencia clandestina o violenta y b) la tenencia de bienes no apropiables.

A) Clandestinidad y violencia

El *Codi* establece: «La posesión no puede ser clandestina. Tampoco puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan». (art. 521-2.2 CCCat). En ambos casos hay tenencia, pero el tenedor no tiene la posesión ni disfruta de ninguno de sus efectos.

Hay que estudiar estas dos situaciones separadamente:

a) Clandestinidad: la tenencia clandestina no produce efectos, ya que es un poder que se ejerce de espaldas a la sociedad. La posesión es «un mecanismo primario de publicidad de derechos» (preámbulo); consecuentemente, si esta función de publicidad no se cumple y la cosa se oculta de manera anormal, la respuesta del ordenamiento jurídico es no conferir ningún efecto a esta tenencia y no considerarla posesión. Los actos ejecutados de una forma clandestina, al margen de la comunidad y de los titulares de derechos, no se consideran posesión ni confieren sus consecuencias jurídicas. En este sentido, los bienes se tienen que poseer en la forma habitual y, por tanto, no se penaliza el hecho de tener el bien guardado, sino que es necesario que haya una voluntad de ocultación.

b) Violencia: la posesión tampoco se puede adquirir con violencia mientras los anteriores poseedores se opongan. En este caso, el término «violencia» hace referencia a la violencia física, tanto sobre personas como sobre cosas (robo), pero no incluye la adquisición realizada con engaño (estafa) y la realizada sin

violencia (hurto o apropiación indebida). Estos supuestos, a pesar de ser actuaciones que también se pueden perseguir penalmente, no están recogidos en el precepto y, por tanto, el adquirente tendrá la consideración de poseedor. Así, siguiendo la redacción literal del *Codi* se pueden hacer las siguientes distinciones:

1. El adquirente que haya conseguido la cosa sin violencia es poseedor, a pesar de que su actuación sea delictiva, por ejemplo, en caso de estafa, hurto o apropiación indebida.

Puede sorprender que un delincuente sea poseedor del bien que ha adquirido ilegalmente, pero en el ámbito de la posesión solamente nos interesa la relación de la persona con la cosa y, en este ámbito, la persona que ha adquirido un bien de forma ilegal y sin violencia no tiene ningún derecho sobre ese bien, pero puede tener la posesión si hay *corpus* y *animus*. Por tanto, tenemos que calificar este poder como posesión de mala fe.

2. La persona que haya adquirido el bien con violencia no será poseedora mientras el anterior poseedor se oponga. En este caso, el nuevo adquirente mantiene una tenencia no posesoria y, por consiguiente, no disfruta de ninguno de los efectos conferidos por el ordenamiento jurídico.

3. El adquirente que haya conseguido la cosa con violencia se convertirá en poseedor cuando el poseedor anterior deje de oponerse.

El *Codi* establece que la posesión no puede adquirirse con violencia mientras los anteriores poseedores se opongan; por tanto, *a sensu contrario*, la posesión se adquirirá cuando los anteriores poseedores no se hayan opuesto en ningún momento o cuando, habiendo iniciado su oposición, dejen de oponerse posteriormente. En consecuencia, el adquirente con violencia adquirirá la posesión cuando el anterior poseedor pase a tener una posición pasiva, podemos decir resignada, ante la nueva situación. De esta manera, para adquirir la posesión son necesarios dos requisitos: a) adquisición de la tenencia física del bien por un acto violento, y b) falta de oposición del anterior poseedor. En este sentido, el concepto «mientras los poseedores anteriores se opongan» permite dos interpretaciones:

— Se trata de una oposición física en el ámbito de la legítima defensa. Es evidente que mientras el anterior poseedor se resista físicamente al robo no se ha adquirido la posesión, porque no hay control ni poder sobre la cosa.
— Se trata de una oposición jurídica y, por tanto, no se puede adquirir la posesión mientras el anterior poseedor se oponga judicialmente, es decir, mientras esté realizando las actuaciones pertinentes para recuperar la posesión del bien. Según esta hipótesis, mientras el anterior poseedor se oponga judicialmente, el nuevo adquirente no adquirirá la posesión y, por tanto, *a sensu contrario,* si el anterior poseedor no plantea ninguna

> actuación judicial o extrajudicial para recuperar la posesión, el adquirente con violencia se convertirá inmediatamente en poseedor y, también, se convertirá en poseedor, en el momento en que el primero desista de sus actuaciones de oposición. Es interesante señalar que el *Codi* utiliza la expresión «se opongan» y no «se pueden oponer», por tanto, no es necesario esperar al momento en el que hayan prescrito las acciones de recuperación de la posesión (las acciones de protección posesoria y la acción publiciana), sino que es suficiente que el poseedor adopte una postura pasiva ante la desposesión.

En mi opinión, con la expresión «mientras los poseedores anteriores se opongan», el *Codi* hace referencia tanto a una oposición física como jurídica, puesto que no se hace ninguna distinción.

Parte de la doctrina, considera que el artículo 521-2.2 CCCat «no establece una auténtica regla de derecho, sino un principio general: nadie puede tomarse la justicia por su mano» (DEL POZO CARRASCOSA)[25]. Personalmente, no comparto esta afirmación y considero que este precepto establece una verdadera regla de derecho compatible con el resto de preceptos del *Codi*. En este sentido, se puede argumentar lo siguiente: a) el *Codi* no establece ninguna distinción en relación a este precepto y allí donde la ley no distingue no se debe distinguir. b) Esta regla jurídica deriva de la tradición romana en la cual no se protegía la posesión con violencia, clandestinidad o en precario. Así, la *exceptio vitiosae possessionis* no protegía con interdictos a aquel que hubiera adquirido la cosa con *vi, clam o precario*. c) Esta regla coincide con el artículo 522-8 CCCat, que no protege la adquisición de un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente. d) El preámbulo del libro V recuerda que «nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe», en este caso, al que actúa con violencia.

B) Bienes no apropiables

El *Codi* define los bienes como aquellos objetos susceptibles de apropiación (art. 511-1 CCCat) y, por tanto, sobre los bienes que no son apropiables no se puede adquirir ningún derecho ni tampoco se pueden poseer. Por ejemplo, los bienes ilegales o los bienes que quedan fuera del tráfico jurídico. En este sentido, el artículo 521-8.d CCCat establece que la posesión se pierde por el hecho de quedar los bienes fuera del tráfico jurídico.

En estos casos, se puede tener contacto material con estos bienes, pero esta tenencia no se considera posesión ni permite disfrutar de sus efectos económicos y jurídicos. Este poder no está protegido por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no se puede hablar de posesión.

IV. ADQUISICIÓN Y FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN

1. Adquisición de la posesión

Para adquirir la posesión, el *Codi* no exige capacidad de obrar y es suficiente la existencia de capacidad natural: «Todas las personas con capacidad natural pueden adquirir la posesión» (art. 521-3.1 CCCat). La capacidad natural revela una «aptitud intelectual y emocional de la persona para hacerse cargo de la situación y encontrarse en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad» (LAZARO PALAU)[26]. Esta capacidad natural establece un criterio subjetivo que depende de cada persona y, por tanto, es diferente de un criterio objetivo como es la capacidad de obrar que depende de la mayoría de edad o de la incapacidad.

La posesión se adquiere cuando se obtiene un poder de hecho sobre un bien y este poder lo puede adquirir una persona sin capacidad de obrar si tiene el suficiente grado de discernimiento, es decir, si puede conocer, comprender y querer. Además, desde el punto de vista patrimonial, la posesión no comporta riesgos para el poseedor, puesto que es un poder de hecho, no una carga. Ahora bien, para ejercer los derechos derivados de la posesión, la Ley se muestra más cauta y establece que las personas menores y las incapacitadas «pueden» ejercer las facultades propias de la posesión con la asistencia de sus representantes legales. La utilización del verbo «pueden» supone que no es necesario que el ejercicio de todos los efectos de la posesión se realice con representante. En este sentido, el uso y el disfrute de una cosa se puede ejercer directamente, pero si se quieren defender sus derechos ante un tribunal se necesitará la asistencia de representantes.

El artículo 521-2.1 CCCat establece dos formas de adquisición de la posesión: la originaria y la derivativa. La adquisición originaria implica que el poseedor toma posesión del bien por si mismo, sin intervención de ninguna otra persona; en cambio, la adquisición derivativa supone la transmisión de la posesión del anterior poseedor al nuevo como consecuencia de una relación jurídica previa.

A) Adquisición originaria

La adquisición originaria se produce «cuando los poseedores sujetan la cosa o el derecho al ámbito de su poder» (art. 521-2.1.a CCCat). En este caso, la posesión no deriva de otra persona, sino de la propia voluntad del poseedor que sujeta el bien al ámbito de su poder. La posesión se adquiere al conseguir el *corpus* y el *animus* sobre el bien, sin necesidad de entrega por otra persona ni la realización de ninguna formalidad especial. Son casos de adquisición originaria:

a) La ocupación. Es la aprehensión material de la cosa unida a la voluntad de adquirir la posesión sobre la misma. En este caso, si la cosa es mueble y *res nullius*, junto a la posesión se adquiere el derecho de propiedad (art. 542-20 CCCat).

b) La adquisición de los frutos. La separación de los frutos de la cosa madre los convierte en un objeto diferente. De este modo, la adquisición de la posesión de esos frutos (ahora no estamos hablando de derechos, sino de un poder de hecho) se produce por la separación por aquel que tiene la posesión de la cosa madre, ya sea con derecho (propietario, usufructuario o arrendatario) o sin derecho (poseedor de buena o mala fe, art. 522-3 CCCat).

c) Adquisición de la posesión contra la voluntad del anterior poseedor. En este caso, el bien tiene un poseedor y otra persona le arrebata la posesión sin su consentimiento. A diferencia de la adquisición derivativa (que requiere mutuo acuerdo), no existe acuerdo, sino que el adquirente se apropia del bien de forma unilateral y sin el consentimiento del anterior poseedor.

En este supuesto se produce una contraposición evidente: por un lado, aquel que ha adquirido el bien unilateralmente contra la voluntad del anterior poseedor tiene un poder de hecho sobre el mismo y la intención de tenerlo, es decir, tiene *corpus* y *animus* y, por lo que hemos dicho, es poseedor; por otro lado, resulta paradójico que un ladrón, que tiene una sanción penal, pueda ser protegido por el derecho civil.

Desde esta perspectiva, hay que analizar conjuntamente los artículos 521-2.2, 521-8.e y 521-2.1.a CCCat. Primero, el artículo 521-2.2 CCCat establece que la posesión no puede «adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan». Luego, según el artículo 521-8.e CCCat, la posesión finaliza por la posesión por otra persona, «incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año». Finalmente, el artículo 521-2.1.a CCCat establece que la posesión se adquiere «cuando los poseedores sujetan la cosa o el derecho al ámbito de su poder».

A la vista de estos preceptos, hay que distinguir entre la posesión adquirida con violencia o sin violencia. Si no hay violencia, el adquirente obtiene la posesión automáticamente aun contra la voluntad del anterior poseedor (art. 521-2.1.a CCCat). En cambio, si la posesión se ha adquirido con violencia, la secuencia temporal es la siguiente:

1. Mientras el anterior poseedor se oponga, solamente habrá un único poseedor: el poseedor anterior, puesto que el adquirente con violencia no ha adquirido la posesión (art. 521-2.2 CCCat, *a sensu contrario*).

2. Cuando el poseedor anterior deje de oponerse, habrán dos poseedores: el poseedor primitivo y el nuevo. Por un lado, el poseedor primitivo no ha perdido la posesión, porque no ha transcurrido el plazo de un año establecido para finalizar

la posesión (art. 521-8.e CCCat); y por otro lado, el nuevo poseedor adquirirá la posesión, puesto que sujeta el bien al ámbito de su poder y, además, ha finalizado la oposición del poseedor primitivo que impedía la adquisición de la posesión (art. 521-2.2 CCCat, *a sensu contrario*)[27]. Estas dos posesiones se regirán por las reglas siguientes: ante terceros, ambos son poseedores, pueden proteger su derecho con las acciones posesorias y pueden computar este periodo a los efectos de usucapión; y entre ellos, el poseedor primitivo tiene mejor derecho a poseer y está protegido con las acciones de protección posesoria frente al nuevo poseedor.

3. Después de un año desde el inicio de la nueva posesión (es decir, después de un año desde la finalización de la oposición del anterior poseedor), solamente habrá un único poseedor: el nuevo adquirente, puesto que habrá acabado la posesión del anterior poseedor por el transcurso de un año. En este momento, el que ha arrebatado el bien con violencia se convertirá en el único poseedor del bien. En especial, tendrá derecho a seguir poseyendo el bien y podrá proteger su posesión incluso frente el anterior poseedor, el cual solamente podrá recuperar la posesión utilizando las acciones que le confiere la ley, si procede, para proteger el derecho (o, en su caso, la acción publiciana)[28].

B) Adquisición derivativa

La adquisición derivativa se produce «cuando la cosa o el derecho ha sido puesto a disposición de los nuevos poseedores, según se deduce de la relación jurídica existente entre los antiguos y los nuevos posesores» (art. 521-2.1.b CCCat). En este caso, el poseedor anterior transmite la posesión al nuevo poseedor en virtud de una relación jurídica previa entre ellos. La transmisión de la posesión de forma voluntaria se realiza con la entrega o tradición (*traditio* o *datio*) de la cosa que se define como la entrega de la posesión de un bien por los antiguos poseedores a los nuevos (art. 531-2 CCCat). Tiene tres efectos:

a) La adquisición de la posesión por el adquirente, ya que obtiene un poder físico y visible sobre el bien y, además, tiene intención de poseerlo.

b) La entrega supone la finalización de la posesión del antiguo poseedor (art. 521-8.a CCCat).

c) La adquisición del derecho real transmitido, si se cumplen los restantes requisitos, ya que la conjunción del título y la tradición (título y modo) permite la adquisición de la propiedad o de cualquier otro derecho real. Así, según el artículo 531-3 CCCat, la tradición, realizada como consecuencia de determinados contratos, comporta la transmisión y adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales posesorios.

La adquisición derivativa supone la tradición del bien y, por tanto, se tiene que hacer referencia a los artículos 531-4 y 531-5 CCCat que recogen las clases

de tradición: a) La tradición de un bien se produce cuando es entregado a los adquirentes y estos toman posesión del mismo con el acuerdo de los transmitentes (tradición real). b) El otorgamiento de la escritura pública correspondiente, si del mismo documento no resulta otra cosa (tradición instrumental). c) El pacto en que los transmitentes declaran que apartan de su poder y posesión el bien y lo transfieren a los adquirentes, facultándolos para que lo tomen y se constituyan en el ínterin en los poseedores en su nombre (*constitutum possessorium*). d) La entrega de las llaves del lugar donde están almacenados o guardados los bienes muebles a los adquirentes (tradición simbólica). e) El acuerdo entre los transmitentes y los adquirentes cuando el bien mueble objeto de disposición no puede trasladarse al poder y a la posesión de los adquirentes (*traditio longa manu*). f) La expresión en el contrato del hecho de que los adquirentes ya tenían el bien en su poder por otro título (*traditio brevi manu*). g) La tradición de los bienes incorporales se produce por la entrega de los títulos, por la tradición instrumental o por el uso que hacen los adquirentes con consentimiento de los transmitentes (tradición simbólica).

De la enumeración de las diferentes formas de tradición destaca que la tradición —y, por tanto, la adquisición de la posesión— se puede producir sin que haya entrega física del bien. En estos casos, se ha producido una espiritualización de la entrega y la tradición se transforma de un hecho físico (la entrega del bien) a un hecho social y jurídico, en el que lo importante es que la sociedad tenga conciencia de que se ha producido el traspaso posesorio y que el ordenamiento jurídico así lo declare. El artículo 521-2.1.b CCCat, que regula la adquisición derivativa de la posesión, es congruente con esta espiritualización y no habla expresamente de entrega, sino que únicamente requiere que la cosa o derecho se haya «puesto a disposición» de los nuevos poseedores. En estos casos, hay un poder de hecho sobre los bienes, pero todavía no se ha producido un contacto físico, circunstancia que concuerda con el concepto de *corpus* que hemos analizado.

Otro caso de adquisición derivativa se produce en la sucesión *mortis causa*. El artículo 411-6 CCCat establece: «El heredero que acepta la herencia solo tiene su posesión si la toma, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción». En este supuesto no hay una adquisición originaria sino derivativa, puesto que la posesión deriva de su condición de heredero y, por esta razón, continúa la posesión del causante sin interrupción (art. 521-6.1 CCCat)[29].

2. Finalización de la posesión

La posesión se adquiere por la conjunción de *corpus* y *animus* y, por tanto, la pérdida de cualquiera de estos elementos comporta la pérdida de la posesión. Hay que destacar que en la terminología del *Codi* la posesión finaliza (art. 521-8), en cambio los derechos reales se extinguen (arts. 532-1 o 543-1).

Esta diferencia terminológica refuerza la idea de que la posesión es un hecho que simplemente se acaba, a diferencia de los derechos que se extinguen.

Según el artículo 521-8 CCCat, la posesión finaliza por las causas siguientes:

A) La cesión voluntaria de los bienes que son objeto de la misma a otra persona, en un concepto incompatible con la posesión de la persona que hace la cesión

La expresión «cesión voluntaria» incluye cualquier forma consensuada de transmitir la posesión, tanto como consecuencia de un derecho real como de un derecho personal. Se trata de casos de adquisición derivativa de la posesión que requieren la tradición de los bienes desde los anteriores poseedores a los nuevos. Esta tradición tiene dos efectos inmediatos: la pérdida de la posesión de los anteriores poseedores y la adquisición de la posesión por los nuevos.

El requisito fundamental es el consentimiento de ambos, por ello, en caso de cesión no consentida no se pierde automáticamente la posesión, ya que la antigua posesión solamente se perderá si la nueva dura más de un año, tal como establece el artículo 521-8.e CCCat.

Además, es necesario que la cesión se realice en un concepto posesorio incompatible con el del transmitente, puesto que si los conceptos posesorios son compatibles no habrá pérdida de la posesión, sino pluralidad de posesiones o coposesión; por ejemplo, el propietario que arrienda una cosa transmite la posesión inmediata, pero no pierde la posesión sino que se transforma en un poseedor mediato.

B) El abandono

El abandono es un acto material voluntario con la intención de perder la posesión del bien y supone la desaparición del *corpus* y el *animus*. En este sentido, el abandono también puede comportar la extinción de la propiedad, ya que según el artículo 543-1 CCCat, la propiedad se extingue por renuncia de los propietarios si, además, abandonan la posesión de la cosa que es objeto de la misma.

C) La pérdida o la destrucción total

En este supuesto se regulan dos casos de pérdida del *corpus*: por un lado, la pérdida del bien finaliza la posesión, ya que acaba el poder sobre él. Sin embargo, la pérdida del bien no extingue la propiedad y si alguien lo encontrase, no adquiriría la propiedad *ex novo*, sino que se trataría de un hallazgo regulado

en el artículo 542-22 CCCat. La pérdida tiene que ser accidental, puesto que si fuera voluntaria estaríamos ante un supuesto de abandono. Y por otro lado, la destrucción total supone la desaparición física de la cosa y, por tanto, la finalización de la posesión por falta de objeto.

D) El hecho de quedar fuera del tráfico jurídico

En este supuesto, el bien queda fuera del tráfico jurídico y se convierte en un bien *extra comercium*. De este modo, si una persona sigue teniendo contacto físico con el bien, se trataría de una tenencia no posesoria, puesto que este tipo de bienes no puede ser objeto de apropiación ni de posesión.

E) La posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año

Se trata de la adquisición de la posesión por otra persona que no ha sido consentida por el anterior poseedor. En este caso, el *Codi* establece que la posesión anterior se acabará una vez transcurrido un año desde el inicio de la nueva posesión. Hay que destacar que este precepto no regula el momento en que el nuevo poseedor adquirirá la posesión, sino el momento en que el antiguo poseedor dejará de serlo. De esta manera, la posesión no se extingue automáticamente, sino que continuará durante un año más.

Este año extra concuerda con el artículo 121-22 CCCat que establece que las pretensiones de protección de la posesión prescriben al cabo de un año, que tiene que computarse desde la perturbación o la pérdida de la posesión. Así, una vez transcurrido el plazo de un año, se producirán dos efectos: a) la posesión del poseedor primitivo finalizará y b) finalizará el plazo para utilizar las acciones de protección posesoria. Por tanto, una vez perdida la posesión, para poder recuperar el bien el anterior poseedor tendrá que utilizar, si se dan los requisitos, la acción publiciana o las acciones que le puedan corresponder como titular de un derecho real.

Muchos autores consideran que en este caso el poder de hecho sobre el bien es inexistente. Sin embargo, considero que continúa existiendo un poder sobre el bien: el poder de recuperarlo con las acciones de protección posesoria.

V. EFECTOS DE LA POSESIÓN

La posesión es un hecho que genera consecuencias jurídicas. En determinadas ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico otorga consecuencias jurídicas

a los hechos; por ejemplo: la accesión o la creación de una obra permiten la adquisición del derecho de propiedad, la muerte supone la apertura de la sucesión, una catástrofe natural puede generar responsabilidades jurídicas, etcétera. Desde esta perspectiva, la posesión tiene unos efectos jurídicos, que son los siguientes: las presunciones posesorias, la protección de la posesión, la usucapión, la adquisición *a non domino* y la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe. Estos efectos diferencian la posesión de la detentación —que solamente permite la protección a través de las acciones posesorias— y de la tenencia no posesoria —que no produce efectos jurídicos.

1. Las presunciones posesorias

Si un observador externo contempla la posesión de un bien, puede extraer determinadas conclusiones: puede entender que el poseedor es titular de un derecho sobre ese bien; o puede considerar que actúa de buena fe porque no tiene ningún indicio para pensar lo contrario, o puede suponer, al ver al poseedor con una cosa y recordar que lo ha visto hace un tiempo con la misma cosa, que la ha estado poseyendo durante todo este tiempo… Estas y otras conclusiones se desprenden de la posesión de un bien y permiten hablar de las presunciones posesorias.

Las presunciones posesorias son: la presunción que los poseedores son titulares del derecho en concepto del cual poseen el bien (art. 522-1.1 CCCat), la buena fe (art. 521-7.2 CCCat), la continuación de la posesión (art. 521-6.1 CCCat) y la continuación del concepto posesorio (art. 521-6.2 CCCat). En todo caso, son presunciones *iuris tantum* y, por tanto, admiten prueba en contrario.

A) Presunción de titularidad del derecho en concepto del cual se posee el bien

Según el artículo 522-1 CCCat, «se presume que los poseedores son titulares del derecho en cuyo concepto poseen el bien». Esta presunción exonera al poseedor de la necesidad de justificar la titularidad del derecho y serán los demás los que tendrán que demostrar su mejor derecho a poseer. Se presume que el poseedor es titular del derecho, por tanto, si se presume el derecho, también se presume el título. En consecuencia, existen dos presunciones conexas: 1) los poseedores son titulares del derecho en cuyo concepto poseen el bien, y 2) la existencia de título que justifique la adquisición del bien. En todo caso, como hemos dicho, se trata de presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contrario.

Ahora bien, la posesión es una forma de publicidad rudimentaria y, por tanto, decae ante otras formas de publicidad más elaboradas, como la inscripción en

los Registros públicos. En este sentido, el artículo 522-1.2 CCCat establece: «La presunción de titularidad decae cuando la cosa o el derecho poseídos están inscritos en el Registro de la propiedad o, si procede, en el Registro de Bienes Muebles a favor de otra persona, salvo que los poseedores de los que se presume la titularidad opongan otro título que justifique su posesión».

B) Presunción de buena fe

La buena fe se presume siempre y quien afirma la mala fe de un poseedor tiene que probarla (art. 521-7.2 CCCat). Se trata de una presunción importante: por un lado, porque los efectos de la posesión de buena o de mala fe son muy diferentes y, por otro lado, porque la prueba de la existencia de mala fe es ciertamente compleja, ya que se tiene que acreditar que el poseedor no tenía una «creencia justificable» de la titularidad del derecho, y probar esta circunstancia no es fácil. Ahora bien, para probar la existencia de mala fe, el *Codi* no exige la existencia de actos del poseedor que demuestren la mala fe, sino que simplemente es necesario que lo sepan o que hayan tenido la oportunidad de saberlo de forma razonable.

La buena fe se presume siempre, pero la buena fe puede convertirse en mala fe cuando los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat).

C) Presunción de continuidad en la posesión

El artículo 521-6.1 CCCat establece que «se presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión y pueden unir su posesión a la de sus causantes». Esta presunción de continuidad en la posesión es doble: por una parte, todo poseedor actual que demuestre su posesión en una época anterior se presume que ha poseído también durante el periodo intermedio; y por otra, se presume la continuación de la posesión del causante, sin interrupción. En este sentido, el apartado 3 del mismo artículo establece: «se entiende que la posesión es continuada aunque su ejercicio esté impedido o interrumpido temporalmente, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 521-8.e».

D) Presunción del mantenimiento del concepto posesorio

Se presume que los poseedores mantienen el mismo concepto posesorio que tenían cuando adquirieron la posesión (art. 521-6.2 CCCat). El concepto

posesorio puede cambiar y esa mutación se denomina inversión posesoria o interversión, que se define como un cambio del concepto posesorio como consecuencia de una mutación del *animus*, adecuadamente exteriorizada de quien ya tenía el bien por algún otro concepto.

La inversión posesoria puede ser unilateral o bilateral: es unilateral cuando depende de la voluntad exclusiva del poseedor. Por ejemplo: la constitución de un derecho de retención (se cambia el concepto posesorio precedente por el de retentor). En cambio, es bilateral cuando depende de las dos partes. Por ejemplo: el *constitutum possessorium* (se pasa de poseer *nomine propio* a poseer *nomino alieno*, por ejemplo, soy propietario de un piso, lo vendo y me quedo de alquiler), la *traditio brevi manu* (se pasa de poseer *nomino alieno* a poseer *nomino propio*, por ejemplo, soy arrendatario y adquiero la finca) o la división de una cosa común (art. 521-5 CCCat).

2. La protección de la posesión

La principal consecuencia de la posesión de un bien es el derecho a seguir poseyéndolo (preámbulo). Este derecho a poseer se fundamenta en la posesión actual del bien, con independencia del tipo de posesión y con independencia de que se tenga derecho, o no. Si alguna persona cree que tiene mejor derecho a poseer debe reclamar judicialmente el bien, pero no puede adquirirlo por la fuerza, ya que el hecho posesorio está protegido incluso frente al verdadero propietario.

La posesión se protege con dos acciones judiciales: las acciones de protección posesoria y la acción publiciana (art. 522-7 CCCat). Lo que caracteriza a las acciones de protección posesoria no es que su pretensión sea recuperar la posesión (pretensión que también tienen otras acciones, como la reivindicatoria), sino que la posesión es el fundamento de estas acciones. Las acciones posesorias no protegen el derecho a poseer, sino el hecho de poseer, ya que el poseedor, por el hecho de serlo, tiene derecho a seguir poseyendo. Paralelamente, en la acción publiciana se protege el hecho de estar en proceso de adquirir un bien por usucapión.

A) Las acciones de protección posesoria

Las acciones de protección posesoria (antes interdictos) están reguladas en el artículo 522-7.1 CCCat que establece: «Los poseedores y detentadores tienen pretensión para retener y recuperar su posesión contra cualesquiera perturbaciones o usurpaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal». Ser poseedor o detentador comporta, sin ninguna otra justificación, el derecho

a seguir poseyendo (o detentando) y únicamente se puede recuperar la posesión como resultado de una reclamación judicial interpuesta por alguien con mejor derecho a poseer. Nunca se puede recuperar la posesión por la fuerza, ni siquiera si el que pretende recuperar el bien es el verdadero propietario.

Las acciones de protección posesoria pueden ser de recuperar o de retener la posesión[30]. Las acciones de recuperar se usan cuando ha habido una pérdida de la posesión del bien y las acciones de retener cuando ha habido una perturbación parcial sin pérdida del bien. En ambos casos se pretende recuperar la situación inicial y restituir la posesión al *statu quo* anterior. Las acciones de protección posesoria siguen el procedimiento de los juicios verbales (art. 250.1.4.º LEC), con la voluntad de ser herramientas rápidas y eficaces, puesto que solo pretenden proteger la posesión (no el derecho) y, por tanto, requieren prueba de la posesión, no del derecho[31]. En este procedimiento podemos distinguir:

— Legitimación activa. Corresponde tanto a los poseedores como a los detentadores. Ambos tienen legitimación activa para proteger su tenencia, con independencia de que tengan derecho o no, que sean de buena o de mala fe, que sean mediatos o inmediatos (los poseedores mediatos reclamarán que la situación vuelva al estado anterior a la perturbación) o que sean exclusivos o compartidos (en caso de coposesión se puede proteger el poder compartido). El único requisito es la posesión o la detentación del bien.

En todo caso, cómo hemos indicado, «la posesión no puede ser clandestina. Tampoco puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan» (art. 521-2.2 CCCat) y, en estos casos, no hay posesión ni ninguno de los efectos de la posesión. De este modo, si una persona adquirió la posesión con violencia o clandestinidad y un poseedor con mejor derecho se la arrebata, esos tenedores no podrán interponer las acciones de protección posesoria, y si lo hacen, el demandado podrá interponer como excepción la posesión viciosa del actor.

— Legitimación pasiva. Se ejercen contra la persona o personas que han realizado la perturbación.

Las pretensiones de protección posesoria se pueden interponer durante el plazo de un año.

B) La acción publiciana

La acción publiciana es una de las grandes novedades del *Codi*. Según el artículo 522-7.2 CCCat: «Los poseedores pueden recuperar, por medio de la acción publiciana, la posesión de la cosa o el derecho ante los poseedores sin derecho o de peor derecho. Quien adquiere por usucapión debe probar que tiene mejor derecho a poseer, debe dirigir la acción contra los poseedores que tienen

la posesión efectiva y debe identificar la cosa o el derecho objeto de la posesión». Por tanto, esta acción otorga a aquel que está adquiriendo por usucapión un mecanismo específico para recuperar la posesión.

Esta acción protege la posesión en una situación en que no hay protección del hecho posesorio (acciones de protección posesoria) ni del derecho (acción reivindicatoria). Con la acción publiciana se protege a quien adquiere por usucapión contra los poseedores «sin derecho o de peor derecho», por tanto, no se pueden imponer ante alguien con mejor derecho a poseer; por ejemplo, el verdadero propietario. El legislador ofrece una acción que se sitúa en el espacio que hay entre la tutela de la propiedad y la tutela de la posesión, es decir, cuando una persona no puede interponer las acciones de protección posesoria, porque ha pasado el plazo de un año, ni puede interponer la acción reivindicatoria, porque todavía no se ha adquirido la propiedad por usucapión.

Con estos antecedentes, para el ejercicio de la acción publiciana se requiere:

— Legitimación activa. El poseedor tiene que estar adquiriendo por usucapión, por tanto, tiene que cumplir las condiciones de la posesión *ad usucapionem*: a) posesión en concepto de titular de un derecho real (propiedad u otros derechos limitados que confieran la posesión), ya que los derechos de crédito no se pueden usucapir; b) posesión pública y pacífica, y c) no es necesario título ni buena fe (art. 531-24 CCCat).

El artículo 522-7.2 CCCat establece que *los poseedores* pueden recuperar por medio de la acción publiciana la posesión de la cosa o derecho. Ahora bien, estos llamados *poseedores* pueden no ser realmente poseedores, puesto que la posesión finaliza por la posesión por otra persona durante más de un año (art. 521-8.e CCCat) y, por consiguiente, si ha transcurrido un año, el «poseedor» habrá dejado de serlo. Así, esta acción protege a los que fueron poseedores y han perdido la posesión, y les permite reclamar el bien, a pesar de no tener derecho y haber perdido la posesión, ya que la acción publiciana se sitúa en el espacio que hay entre la tutela de la propiedad y la tutela de la posesión.

No tienen legitimación activa los detentadores, puesto que no son poseedores ni pueden usucapir.

— Legitimación pasiva. Se ejerce contra la persona o personas que tienen la posesión efectiva del bien, siempre que no tengan derecho o sean de peor derecho, por tanto, no puede vencer a los titulares de derechos reales ni personales.

— Procedimiento. No se sigue el procedimiento del juicio verbal propio de las acciones posesorias, sino el juicio que corresponda por razón de la cuantía.

— Requisitos. Son muy similares a los que se exigen para la acción reivindicatoria: a) probar que se tiene mejor derecho a poseer, es decir, probar que se está adquiriendo por usucapión; b) dirigir la acción contra los poseedores que tienen la posesión efectiva del bien y que no tengan derecho o sean de peor derecho, y c) identificar la cosa o el derecho objeto de la posesión.

— Plazo. En relación al plazo de prescripción, hay que aplicar lo establecido para las acciones que no tienen un plazo especial (art. 121-20 CCCat), que establece un periodo de prescripción de 10 años a contar desde la pérdida del bien. Sin embargo, el periodo de usucapión de los bienes muebles es más corto y, en este caso, el límite para el ejercicio de esta acción sería el de la usucapión, ya que si el nuevo poseedor ha adquirido la propiedad por usucapión, no se podrá recuperar.

3. La usucapión

La usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por la ley: 3 años para los bienes muebles y 20 años para los bienes inmuebles (art. 531-23 CCCat). Por tanto, la posesión continuada de un bien en un determinado concepto posesorio comporta la adquisición del derecho en concepto del cual se posee.

La posesión *ad usucapionem* tiene que cumplir los siguientes requisitos: a) tiene que tratarse de una posesión en concepto de titular de un derecho real, puesto que los derechos de crédito no se pueden usucapir; b) tiene que ser pública y pacífica, y c) no es necesario título ni buena fe (art. 531-24 CCCat).

La posesión ha de mantenerse durante todo el periodo legal establecido. En este sentido, el legislador establece la presunción de continuidad en la posesión desde la adquisición, admitiendo prueba en contra (art. 531-24.3 CCCat). Esta prueba en contra tendrá que referirse necesariamente a los hechos que de acuerdo con el *Codi* interrumpen o suspenden el cómputo del tiempo:

A) La interrupción de la posesión

En caso de interrupción de la posesión, tanto por pérdida efectiva de la posesión como por alteración de sus requisitos, se pierde el tiempo transcurrido y, por consiguiente, tiene que empezar a correr de nuevo y completamente el plazo previsto (art. 531-25.2 CCCat). De acuerdo con el artículo 531-25 CCCat la posesión se interrumpe en los siguientes supuestos:

— Cuando cesa la posesión.
— Cuando quien adquiere por usucapión reconoce expresa o tácitamente el derecho de los titulares del bien.
— Cuando los titulares del bien o una tercera persona interesada se oponen judicialmente a la usucapión en curso, y cuando los titulares del bien y la persona que adquiere por usucapión acuerdan someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión.

— Cuando los titulares del bien requieren notarialmente a los poseedores que les reconozcan el título de la posesión.

B) La suspensión de la usucapión

En caso de suspensión, el tiempo transcurrido «no se computa en el plazo para usucapir» (art. 531-26.2 CCCat), pero sí se computa el tiempo transcurrido con anterioridad. De acuerdo con el artículo 531-26 CCCat, la posesión para usucapir se suspende en los casos siguientes:

— Contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante mientras se mantiene esta situación.
— Contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable mientras dura la convivencia.
— Entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado.

4. La adquisición de bienes muebles

La publicidad derivada de la posesión de los bienes muebles crea una apariencia jurídica que permite hacer creer al adquirente que el poseedor-transmitente es el verdadero titular del derecho y, como consecuencia de esa presunción, el adquirente se convertirá en titular del derecho transmitido, a pesar de que el vendedor no sea propietario. Se trata de un caso de adquisición *a non domino* (adquisición de una persona que no es propietaria) que requiere que el adquirente sea de buena fe y que adquiera a título oneroso. Así, el artículo 522-8 CCCat establece: «La adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho».

Este precepto «configura la adquisición de buena fe de bienes muebles como mecanismo transmisor del derecho sobre el bien poseído» (preámbulo) y permite la adquisición del derecho aunque el transmitente no sea propietario o no tenga poder de disposición.

Según la tradición romana, solamente el propietario podía transmitir la propiedad, porque un no propietario no podía transmitir un derecho que no tenía. No obstante, el *accipiens* adquiría la posesión del bien y se convertiría en propietario por el transcurso del tiempo por medio de la usucapión. En cambio, según la tradición germánica, el adquirente de un no propietario adquiría el derecho en concepto del cual se hizo la adquisición si se cumplían los siguientes requisitos:

que el adquirente fuera de buena fe y a título oneroso; y que el bien hubiera salido voluntariamente del ámbito de poder del poseedor. En consecuencia, el artículo 522-8 CCCat se basa en la concepción germánica de la adquisición de la propiedad y tiene un equivalente en el artículo 464 del Código Civil que establece que «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título». Sin embargo, la redacción de ambos preceptos es diferente y también lo son sus consecuencias jurídicas[32].

En los bienes muebles, la posesión es el principal mecanismo de publicidad de los derechos y es habitual que los adquirentes confíen en la publicidad que confiere la posesión de un bien mueble, ya que es fácil presumir que el poseedor de un bien es su propietario o tiene derecho sobre el mismo. Esta situación es similar a la publicidad que ofrece el Registro de la propiedad en los bienes inmuebles (art. 34 LH). En ambos casos, se protege a los adquirentes que confían en la apariencia creada y se da prioridad a la seguridad en el tráfico jurídico por encima de la realidad de ser el verdadero propietario. ESPIAU ESPIAU afirma que este precepto «no se basa tanto en la posesión como en la inatacabilidad del título adquisitivo, razón por la cual el sujeto protegido no lo es por ser un poseedor de buena fe, sino por ser un adquirente a título oneroso»[33].

En virtud de este precepto, se protege al adquirente de un bien mueble *a non domino*, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Adquisición derivativa. Tiene que haber una transmisión voluntaria entre el transmitente sin derecho y el nuevo adquirente que tenga la finalidad de transmitir un derecho real sobre un bien.

b) Adquisición a título oneroso. Se requiere contraprestación, ya que la protección del adquirente ante el verdadero propietario solamente tiene sentido si ha habido una contraprestación y, por tanto, un perjuicio. Consecuentemente, la adquisición a título gratuito no permite la adquisición del derecho, pero sí permite iniciar la usucapión (si se dan los requisitos).

c) Adquirente de buena fe. La buena fe es la creencia justificable en la titularidad del derecho (art. 521-7 CCCat). El adquirente tiene que pensar, de forma razonable, que el poseedor/transmitente es el titular del derecho.

d) Bien mueble. La posesión es el medio habitual de publicidad de los derechos en los bienes muebles y, por tanto, solamente en los bienes muebles se puede justificar que el adquirente haya confiado en la apariencia de publicidad que comporta la posesión del bien.

Los efectos de este precepto son dobles: por un lado, el antiguo propietario pierde su derecho sobre el bien, a pesar de que no haya intervenido en su transmisión y, por otro lado, el adquirente se convierte en titular del derecho, a pesar de que haya adquirido el bien de una persona sin derecho[34]. En este caso, el antiguo titular no puede recuperar el bien y solamente puede recla-

mar el resarcimiento de los daños producidos a la persona que transmitió el bien indebidamente. Por esta razón, el artículo 522-8 CCCat establece que «los adquirentes deben facilitar a los propietarios iniciales, si se lo requieren fehacientemente, los datos que tengan para identificar a las personas que les transmitieron el bien. En caso contrario, responden de la indemnización por los daños y perjuicios que les hayan ocasionado».

A) Excepción

El último apartado del artículo 522-8 CCCat establece una excepción a la regla general: «Los propietarios de un bien mueble perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente pueden reivindicarlo de los poseedores que tienen su posesión efectiva». Este precepto señala una excepción a la protección del adquirente de buena fe cuando los bienes muebles hayan sido perdidos, hurtados, robados o apropiados indebidamente, aunque el adquirente no haya sido el autor material de estos hechos. En estos casos, el propietario podrá reivindicar el bien y recuperarlo, ya que el adquirente no se convierte en titular del derecho.

Ahora bien, esta larga enumeración convierte la excepción en la regla general. Prácticamente todos los bienes que se transmiten por un no propietario han sido perdidos, hurtados, robados o apropiados indebidamente y, por tanto, es difícil encontrar supuestos que no estén contemplados en este precepto. Por ejemplo: que la venta la realizara el verdadero propietario infringiendo una prohibición de disponer o que el título adquisitivo del transmitente sea ineficaz. Salvo estos casos muy concretos, esta excepción se convertirá, *de facto*, en la regla general y supondrá que el propietario del bien podrá reivindicarlo, a pesar de que lo haya adquirido un tercero de buena fe y a título oneroso. De este modo, esta situación entronca con la regla general del derecho romano según la cual para transmitir la propiedad es necesario ser propietario y tener poder de disposición sobre el bien y, en consecuencia, «se produce la paradoja que una norma que, aparentemente, se basa claramente en la tesis germanista, acaba conduciendo a resultados propios de la tesis romanista» (DEL POZO CARRASCOSA)[35].

La aplicación de esta excepción supone que el adquirente no se convertirá en titular del derecho de forma automática. Sin embargo, el adquirente se convertirá en poseedor, mientras sea poseedor estará sujeto a la acción reivindicatoria del propietario y podrá convertirse en propietario por usucapión en el plazo de 3 años (art. 531-27 CCCat). En este sentido, hay que recordar que el artículo 531-27.2 CCCat establece que los plazos de posesión para usucapir un bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida no empiezan a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil.

B) Excepción de la excepción

El artículo 522-8 CCCat prevé una excepción de la anterior excepción y, en su virtud, se puede adquirir un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente, cuando se haya adquirido de buena fe y a título oneroso en subasta pública o en un establecimiento dedicado a la venta de objetos similares a dicho bien y establecido legalmente. En este caso, el legislador considera que la venta en pública subasta o en un establecimiento abierto legalmente confiere un plus de publicidad y de credibilidad que compensa la pérdida ilegal de la posesión. Se considera que la seguridad en el tráfico jurídico y la doble apariencia que supone, por un lado, la posesión y, por otro lado, una subasta o un establecimiento abierto legalmente, tienen que prevalecer ante el verdadero titular del derecho y ante el hecho de transmitir un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente.

5. La liquidación posesoria

Un poseedor sin derecho puede perder su posesión ante alguien con mejor derecho a poseer, lo que comportará la liquidación de la situación posesoria y la necesidad de determinar quién tiene que pagar los gastos originados durante ese periodo, quién se ha de quedar con los frutos o quién es el responsable de la eventual pérdida de la cosa. En este sentido, el principal efecto de la liquidación posesoria es que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos producidos, a pesar de no tener derecho a poseer el bien (art. 522-3.1 CCCat)[36].

El *Codi* regula la liquidación de la situación posesoria en los artículos 522-2 al 522-5 CCCat. Estas normas tienen carácter general y, por tanto, cederán ante otras reglas específicas que regulen la liquidación en otros supuestos (usufructo, arrendamiento, etc.)[37].

A) El régimen de los frutos (art. 522-3.1 CCCat)

El concepto de fruto se establece en el artículo 511-3 CCCat que distingue entre frutos de cosas y frutos de derechos: a) los frutos de cosas son los productos y otros rendimientos que se obtienen de acuerdo con su destino y pueden ser frutos percibidos o pendientes: los frutos percibidos son aquellos que ha adquirido el poseedor al separarlos de la cosa matriz; en cambio, los frutos pendientes son aquellos que continúan formando parte de la cosa matriz. b) Los frutos de derechos son los rendimientos que se obtienen de acuerdo con su destino y los que se producen en virtud de una relación jurídica. Estos frutos se perciben en el momento de su devengo y se consideran producidos por días.

Los frutos se tienen que distribuir entre el poseedor vencido y el vencedor y, en este sentido, es fundamental saber si el poseedor vencido era de buena o de mala fe:

a) Poseedor de buena fe

La buena fe es la creencia justificable de la titularidad del derecho (art. 521-7 CCCat) y se presume siempre. Ahora bien, los efectos de la buena fe cesan a partir del momento en que los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat), por tanto, en caso de cambio de buena a mala fe, habrán dos periodos diferentes (uno de buena fe y otro de mala fe) con dos regímenes jurídicos diferentes.

En caso de posesión de buena fe, para distribuir los frutos hay que distinguir entre frutos percibidos y frutos pendientes.

— Frutos percibidos: los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos percibidos, a pesar de que no tengan ningún derecho sobre el bien. Sin embargo, deben asumir los gastos originados para producirlos, puesto que son una consecuencia lógica de la adquisición de los frutos: el poseedor hace suyos los frutos, pero tiene que asumir los gastos.
— Frutos pendientes: corresponden al poseedor con mejor derecho, pero los poseedores de buena fe tienen derecho a ser indemnizados por los gastos originados para producirlos.

b) Poseedor de mala fe

El poseedor de mala fe no tiene una creencia justificable de la titularidad del derecho y su régimen jurídico es el siguiente:

— Frutos percibidos: los poseedores de mala fe deben restituir los frutos percibidos a partir del día en que se inició la posesión de mala fe o bien su valor (en caso de venta, consumo, pérdida o deterioro de los mismos), pero tienen derecho al resarcimiento de los gastos para obtenerlos.
— Frutos pendientes: el *Codi* no los regula expresamente. En consecuencia, se tiene que aplicar el mismo criterio que en los frutos percibidos: los poseedores no adquieren los frutos pendientes, pero tienen derecho al resarcimiento de los gastos realizados.

En ambos casos se deja abierta la posibilidad para que quién tiene mejor derecho a poseer reclame una indemnización por daños y perjuicios.

B) El régimen de los gastos y mejoras (art. 522-4 CCCat)

La liquidación de los gastos y mejoras realizadas sobre el bien depende de la buena o mala fe del poseedor y, además, del tipo de gasto o mejora:

— Gastos extraordinarios de conservación. Los gastos necesarios son los gastos realizados sobre un bien para evitar que este se deteriore, y permiten mantenerlo en su estado normal de utilidad físico, económico y jurídico. Estos gastos se pueden dividir en gastos ordinarios de conservación y gastos extraordinarios de conservación, dependiendo de si estos gastos están relacionados con el uso y el goce del bien por el poseedor o no.

Los gastos ordinarios de conservación son gastos de conservación que suponen una contrapartida por el uso y el goce de la cosa y, por tanto, son a cargo del poseedor; en cambio, los gastos extraordinarios de conservación no están vinculados al uso ni al goce y, por tanto, corresponden al propietario[38]. Así pues, se trata de analizar qué gastos tiene que satisfacer el propietario y qué gastos tiene que satisfacer el poseedor como contraprestación a su uso. Por ejemplo, en un coche, sería gasto ordinario el pago de la gasolina, ya que está vinculado al uso del vehículo que disfruta el poseedor; en cambio, los gastos de reparación en el motor que, de no hacerse, comportarían la rotura del mismo, serían gastos extraordinarios de conservación y, por consiguiente, a cargo del propietario.

Tanto los poseedores de buena fe como los de mala fe tienen derecho a ser indemnizados por los gastos extraordinarios de conservación, ya que son gastos que permiten la subsistencia del bien y los habría tenido que realizar el propietario si no se hubiera producido la situación posesoria.

— Gastos útiles. Son gastos que mejoran la función económica habitual del bien, pero no son imprescindibles para su subsistencia. En el ejemplo del coche, sería una modificación en el motor que permita ahorrar gasolina.

El poseedor de buena fe tiene derecho a ser indemnizado por estos gastos, pero es necesario que estas mejoras o el aumento de valor que han originado subsistan en el momento de la liquidación; en cambio, el poseedor de mala fe no tiene derecho a ser indemnizado por estos gastos. El *Codi* no regula expresamente la liquidación del poseedor de mala fe por gastos útiles; pero se deduce del precepto, ya que solamente regula el derecho de indemnización de los poseedores de buena fe y, por tanto, *a sensu contrario*, los poseedores de mala fe no tendrán derecho a ser indemnizados.

— Las mejoras. Son los gastos suntuarios, de ornamentación o de lujo. Tienen una función estética, pero no productiva. Siguiendo el ejemplo del coche, sería colocar un alerón decorativo o tapizar los asientos, por tanto, sería una mejora puramente estética, sin repercusión en el funcionamiento del vehículo.

El poseedor de buena fe tiene derecho a retirar las mejoras hechas siempre que no se deteriore el objeto sobre el que recaen[39]. Los poseedores de mala fe

también tienen derecho a retirar las mejoras si no se deteriora el objeto, pero quien tiene un mejor derecho a poseer puede hacer suyas las mejoras pagando su valor.

C) Régimen de responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa o derecho (art. 522-5 CCCat)

Los poseedores de buena fe no responden del deterioro o pérdida de la cosa o el derecho poseídos salvo que hayan actuado con negligencia o dolo desde el momento en que se les ha notificado la reclamación basada en la posible existencia de un mejor derecho a poseer (art. 522-5.1 CCCat).

Los poseedores de mala fe responden siempre del deterioro o pérdida de la cosa o el derecho poseídos a partir del momento en que se notifica la reclamación basada en un mejor derecho a poseer, incluso en el caso de que dicho deterioro o pérdida ocurra de forma fortuita si ha atrasado maliciosamente la entrega de la cosa a los poseedores legítimos (art. 522-5.2 CCCat)[40].

VI. VISIÓN CRÍTICA DE LA POSESIÓN

Históricamente se han dado dos argumentos para justificar la protección de la posesión a partir de dos autores: a) Para IHERING, la posesión se protege porque es la imagen externa de la propiedad, de forma que protegiendo a los poseedores también se protege a los propietarios. b) Para SAVIGNY, su protección se basa en la necesidad de mantener el orden y la paz sociales, para evitar actuaciones de hecho para recuperar la posesión[41].

Ahora bien, a pesar de que estos argumentos podían ser suficientes en el derecho romano, en el siglo XXI no lo son[42]. Por un lado, la posesión como imagen de la propiedad, no es primordial. En un mundo informatizado, en el que se puede conocer al propietario de la mayoría de los bienes inmuebles con una gran rapidez, la protección de la posesión como imagen de la propiedad es residual. En efecto, tanto el Registro de la propiedad de los bienes inmuebles como el catastro permiten conocer de forma prácticamente inmediata quién es el propietario de unos bienes inmuebles determinados[43]. Sin embargo, alguno de los efectos de la posesión tiene su origen en la idea de que la posesión es la imagen de la propiedad, por ejemplo: la adquisición de buena fe de bienes muebles, las presunciones posesorias o la usucapión[44].

Por otro lado, el mantenimiento de la paz social, aparece recogido expresamente en el preámbulo que señala: «El presente código protege (la posesión) para preservar la paz civil partiendo de la base de que la posesión debe tener como efecto principal el derecho a continuar poseyendo». Sin embargo, consi-

dero que el mantenimiento de la paz social es una materia propia del derecho penal y no del derecho civil. El derecho penal tiene la misión de proteger a la sociedad de los ataques más graves contra las personas y los bienes, y si una persona roba, hurta o se apropia indebidamente de un bien, la paz social se protege con la imputación penal del autor. Desde esta perspectiva, el propietario que recupera pacíficamente la posesión que detenta otra persona sin derecho no puede ser considerado un ataque a la paz social. ¿Qué produce más alarma social? El hecho de que un propietario que tiene derecho a la posesión recupere una cosa sin vulnerar ninguna norma penal u obligar al propietario que sufre la ocupación de un bien inmueble a esperar unos cuantos años —hasta la resolución del juicio y, en su caso, del recurso de apelación— para recuperar la cosa, con la posibilidad de que esa ocupación se vuelva a repetir en el futuro y con la imposibilidad de cobrar los daños y perjuicios padecidos por la insolvencia de los autores.

La propiedad se define como el poder más grande sobre una cosa. Sin embargo, este derecho absoluto se vacía de contenido en manos de un poseedor sin derecho que ha arrebatado la cosa. Considero que los efectos de la posesión sin derecho deben ser revisados a la baja para adecuarlos a la realidad actual: un mundo informatizado que permite conocer de forma inmediata la titularidad de los derechos reales sobre un gran número de cosas y una justicia excesivamente lenta que no responde con la rapidez necesaria a los ataques contra la propiedad.

El preámbulo del *Codi* señala que, en general, «nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe». Sin embargo, en relación a las acciones posesorias, el poseedor de mala fe también queda protegido en su posesión, incluso frente el verdadero propietario. Además, en relación a la usucapión, el *Codi,* a diferencia del Código Civil español, prescinde de la mala fe del poseedor *ad usucapionem* y le da el mismo trato que al de buena fe.

En concreto, centrándome en la protección posesoria, considero que la protección del poseedor sin derecho con independencia de cualquier otra circunstancia me parece desproporcionada y, personalmente, la encuentro injustificada. Proteger al poseedor sin derecho frente al propietario produce muchos inconvenientes, muchos más que la situación inversa, esto es, proteger al propietario frente al poseedor sin derecho. La propiedad no puede ser un derecho tan débil que pueda ser vulnerado por cualquier persona que adquiera la posesión, ya que esta situación altera el orden jurídico y confiere *de facto* más poder al poseedor sin derecho que al verdadero propietario. Además, si la protección del poseedor respecto al verdadero propietario parece muy discutible, todavía lo es más el hecho de que el detentador (que actúa bajo la dependencia o con la tolerancia del propietario) pueda interponer las acciones de protección posesoria contra el verdadero propietario y poseedor.

De *lege ferenda* creo que se tendrían que revisar algunos de los efectos clásicos de la posesión, especialmente la protección de la propiedad ante un

poseedor sin derecho. En este sentido, es interesante recordar la redacción del Código Civil suizo en su artículo 926: «*1. Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble. 2. Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite. 3. Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances*».

Para finalizar, cabe destacar que con la regulación del *Codi* el poseedor clandestino o violento no tiene ningún efecto posesorio. La excepción de posesión viciosa del derecho romano está claramente recogida en el artículo 521-2.2 CCCat e impide la protección del poseedor con violencia o clandestinidad[45]. Así, si el poseedor con derecho recupera la cosa del poseedor que la ha obtenido con violencia (o clandestinidad) y este interpone una acción posesoria, el verdadero poseedor podrá oponer la excepción de *possessio vitiosa*[46].

CONCLUSIONES

I. Las situaciones de contacto físico con una cosa se pueden clasificar en: posesión, detentación y tenencia no posesoria. La posesión implica unos efectos máximos (presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*), la detentación representa una situación intermedia (protección posesoria) y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas.

II. La posesión es un poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona y requiere la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*, es decir, la tenencia material y la voluntad de tener el bien.

III. Si la posesión era la conjunción del *corpus* y del *animus*, la detentación supone la existencia de *corpus*, pero sin *animus* y se define como el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares.

IV. Los contactos físicos sobre la cosa que no sean posesión ni detentación se califican como tenencia no posesoria y no tienen consecuencias jurídicas. Entre ellos, destaca la tenencia clandestina o violenta, ya que la posesión no puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan.

V. La principal consecuencia de la posesión de un bien es el derecho a seguir poseyéndolo. Este derecho a poseer se fundamenta en la posesión actual del bien, con independencia del tipo de posesión y con independencia de que se tenga derecho, o no. La posesión se protege con dos acciones judiciales: las acciones de protección posesoria y la acción publiciana.

VI. La propiedad se define como el poder más grande sobre una cosa; sin embargo, este derecho absoluto se vacía de contenido en manos de un poseedor sin derecho que ha arrebatado la cosa. Los efectos de la posesión sin derecho deben ser revisados a la baja para adecuarlos a la realidad actual: un mundo informatizado que permite conocer de forma inmediata la titularidad de los derechos reales sobre un gran número de cosas y una justicia excesivamente lenta que no responde con la rapidez necesaria a los ataques contra la propiedad.

VII. El poseedor clandestino o violento no tiene ningún efecto posesorio. La excepción de posesión viciosa del derecho romano está recogida en el artículo 521-2.2 CCCat e impide la protección del poseedor clandestino o violento. De este modo, si una persona adquirió la posesión con violencia o clandestinidad y un poseedor con mejor derecho se la arrebata, esos tenedores no podrán interponer las acciones de protección posesoria, y si lo hacen, el demandado podrá oponer la excepción de posesión viciosa del actor.

RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Barcelona de 2 de junio de 2001
- SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2010
- SAP de 19 de septiembre de 2013

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho civil III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte General y derecho de propiedad*. Barcelona: Edisofer, S.L.

BADOSA COLL, F. (2007). Els sistemes adquisitius a Catalunya. *La Codificació dels Drets Reals a Catalunya. Materials de les XIVenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, 15-38.

CASTAN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho civil español. Común y foral*. Madrid: Reus, S.A.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y, BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons.

ESPIAU ESPIAU, S. (2007). La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña. *ACD,* 15-32.

FERRER RIBA, F. (2007). *Dret civil III*. Barcelona: FUOC.

FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2002). *La posesión mediata e immediata*. Madrid: Dykinson.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1967). *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Derechos reales. Volumen primero. Posesión y propiedad*. Madrid: Dykinson.

LAUROBA LACASA, E. (2008). Comentario a los artículos 521-1 a 522-8. En *Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña. Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 151-250.

LÁZARO PALAU, C. (2012). Personalitat civil, capacitat i drets de la personalitat. En: A. Lucas Esteve (dir.) *Dret civil català. Vol. II. Persona i família*. Barcelona: JMBosch editor, pp. 41-69.

PANERO GUTIÉRREZ, R. (2008). *Derecho romano*. Valencia: Tirant lo Blanc.

PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E. (2007). *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*. Valencia: Tirant lo Blanc.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2008). En Cataluña, la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, no equivale al titulo. *Diario La Ley*, núm. 7002, 9-13.

SERAFINI, F. (1927). *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Espasa Calpe.

STOLFI, N. (1919). *Diritto civile*, vol. II. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese.

TORRELLES Y TORREA, E. (1994). *La possessió civilíssima y la possessió de l'hereu*. Barcelona: Fundació Jaume Callís.

NOTAS

[1] CASTAN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho civil español. Común y foral*. Madrid: Reus, S.A., p. 637, considera «como razón histórica de las incertidumbres que dominan la teoría de la posesión, la gran heterogeneidad de los sistemas posesorios dentro de las legislaciones positivas y de las doctrinas. Nos encontramos sobre todo, con las siguientes particularidades: a) Que en el Derecho romano no hubo un concepto fijo de la posesión en todas sus épocas. b) Que la posesión romana fue distinta de la germánica y de la canónica. c) Que la concepción moderna de la posesión no es la misma en todas las legislaciones, y es resultado de la combinación de elementos históricos muy variados. d) Que no siempre la doctrina científica moderna guarda correspondencia con los diversos Derechos positivos, ya que la atención de los expositores de la teoría de la posesión… se han consagrado al Derecho romano y, por otra parte, los Códigos han solido regular la posesión al margen de aquel gran movimiento de estudios doctrinales».

[2] LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Derechos reales. Volumen primero. Posesión y propiedad*. Madrid: Dykinson, p. 21.

[3] FERRER RIBA, F. (2007). *Dret civil III*. Barcelona: FUOC, p. 23. (en catalán en el original).

[4] PANERO GUTIÉRREZ, R. (2008). *Derecho romano*. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 347. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op, cit*., Madrid: Reus, S.A., 1992, p. 640, reconoce que de este concepto se desprenden «tres notas que constituyen el concepto científico de la posesión: 1.ª La posesión implica una relación del hombre con la cosa. 2.ª Esta relación es de poder o dominación. 3.ª Esta dominación es de hecho, efectiva, sin prejuzgar la cuestión de si lleva también la titularidad de dominio». Este autor añade, p. 642: «No debió existir en las sociedades primitivas una relación posesoria distinta del derecho de propiedad. Propiedad y posesión eran una misma cosa. El hecho, la apariencia del derecho, era el derecho mismo. Con el tiempo debió de aparecer la distinción con respecto a los bienes muebles, en los cuales se vio que se podía detentar la cosa y, sin embargo, no tener la propiedad sobre ella».

[5] ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho civil III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte General y derecho de propiedad*. Barcelona: Edisofer, S.L., p. 41, afirma: «Dicho poder debe ser entendido, no en un sentido de poder físico actual (como tener la cosa cogida con la mano, o junto a nosotros, de manera que esté a nuestro alcance y disposición), sino en el sentido de hallarse bajo el señorío efectivo de nuestra voluntad… O sea, para juzgar

sobre la existencia o falta de poder de hecho, hay que rechazar un criterio de pura tenencia material, pues: 1.º Por un lado esta es, por sí sola, insuficiente… 2.º Y, por otro lado, el contacto corporal no es necesario».

[6] LAUROBA LACASA, E. (2008). Comentario a los artículos 521-1 a 522-8. En *Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña. Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 156, dice que «la dominación se define como tenencia material y, más precisamente —puesto que no puede exigirse una tenencia efectiva ininterrumpida— como posibilidad de actuar, como potencia… y opone como elemento correlativo la abstención de terceros, la ausencia de obstáculos que impidan actuar sobre la cosa».

[7] ALBALADEJO, M., *op. cit.,* p. 43.

[8] Sin embargo, FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2002). *La posesión mediata e inmediata*. Madrid: Dykinson, p. 50, considera que «parece mayoritaria la opinión de los romanistas que sostienen que la noción del *animus* en la posesión ha de entenderse en el sentido de *animus possidendi* ya que dicha expresión encuentra apoyo en las fuentes, rechazando, de este modo, la opinión de Savigny que proponía denominarlo *animus domini*».

[9] CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit*., p. 672, en relación a la concepción objetiva, considera que de esta teoría se deriva la siguiente consecuencia: «puesto que el *corpus* lleva implícito el *animus*, toda detentación, aunque sea por otro, comprende ambos elementos, o, lo que es igual, toda detentación es posesión». Desde esta perspectiva y, considerando que el Código distingue entre posesión y detentación, parece evidente que esta no es la postura recogida en el Código Civil de Cataluña.

[10] LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* p. 33.

[11] En este sentido, la mayoría de romanistas configuran la posesión como un hecho, por ejemplo: KASER, M. (1971). *Das römische privatrecht*, München: Verlag C.H. Beck, p. 384 o IGLESIAS, J. (1972). *Derecho romano*. Esplugas de Llobregat: Ariel, p. 311, que afirma: «*Possessio* es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa. Entre posesión y propiedad media la diferencia que corre entre el hecho y el derecho. De ahí las advertencias de los juristas: *separata esse debet possessio a propietate; nihil commune habet propietas cum possessione; nec possessio et proprietas misceri debent*.

[12] TORRELLES Y TORREA, E. (1994). *La possessió civilíssima y la possessió de l'hereu*. Barcelona: Fundació Jaume Callís, p. 17, en relación al Código de sucesiones afirma que «el llamado, para continuar en *la universitas ius* del causante, tiene que realizar dos actos: por un lado aceptar, para adquirir la titularidad de los bienes y derechos de la herencia, y por otra, tomar materialmente los bienes para adquirir la posesión (puede ser que el heredero haya repudiado la herencia, y en este caso, no habrá necesitado tomar posesión de los bienes). El hecho que la posesión no se transmita con la aceptación… se considera una de las características típicas del llamado sistema romano» y añade: «En el llamado sistema romano, con la aceptación se transmite el *ius* del causante, en cambio, la posesión de los bienes se considera un hecho, una relación de hecho con la cosa, y por tanto hace falta una aprehensión de los bienes». (en catalán en el original).

[13] BADOSA COLL, F. (2007). Els sistemes adquisitius a Catalunya. *La Codificació dels Drets Reals a Catalunya. Materials de les XIVenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, p. 23, afirma que el concepto posesorio «identifica el derecho cuyo contenido se ejerce de facto en la posesión de una cosa o derecho. (en catalán en el original).

[14] FUENTESECA, C., *op. cit.,* utiliza «la idea de la división de la posesión en funciones» (p. 218) y subraya (p. 35) que en la posesión dividida en funciones: «La posesión se reparte entre varios sujetos, siendo cada uno de ellos poseedor del aspecto concreto de la posesión que se le atribuya. Por ello, cabría afirmar que todos los partícipes son poseedores ya que cada uno desarrollará la función que le corresponda dentro de una única posesión».

[15] LAUROBA LACASA, E., *op. cit*., p. 158, afirma: «El concepto posesorio… da respuesta a la pregunta ¿cómo se posee? Ubica el poder de hecho en uno de los tipos que identifican

alguno de los derechos posesorios con independencia de que el sujeto tenga derecho a poseer o no».

[16] Para ALBALADEJO, M., *op. cit.,* p. 49, «por posesión de un derecho se entiende el tener de hecho el poder en que el derecho consiste. Es decir, señorear de hecho, como si se tuviese el derecho, el objeto sobre que este recaiga» y añade, p. 51, que «la posesión de un derecho no es un poder de hecho sobre este (es decir, no es el derecho el objeto del poder de hecho), sino un poder de hecho sobre el objeto del derecho». En contra, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (1992). *La posesión el usufructo y la prenda de derechos,* Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., p. 10, considera lo siguiente: «La posesión de un derecho subjetivo no es tanto una posesión de la cosa corporal sobre la que recae el derecho (dentro de los límites que este tiene según el tipo a que pertenece) como un fenómeno similar, pero no idéntico, al de la posesión de cosas materiales». Y en consecuencia añade, p. 11, que la posesión de derechos «consiste en el ejercicio de un hecho efectivo de un derecho del que no se es titular…alguien ejercita un derecho como si lo tuviera, sin tenerlo. Si además lo tiene, no cabe hablar de posesión del derecho, sino de titularidad del mismo».

[17] FUENTESECA, C., *op. cit.,* p. 186, afirma: «Varios autores entienden que la finalidad de la posesión mediata e inmediata la cumple en nuestro ordenamiento jurídico la posesión de derechos. En este sentido, HERNÁNDEZ GIL mantiene que «El arrendatario… es… (art. 432), un poseedor de la cosa; en tanto el arrendador queda replegado a la condición de poseedor del derecho».

[18] Para ALBALADEJO, M., *op. cit.,* p. 52, «Mas ni siquiera cabe la posesión de todos los derechos patrimoniales, sino solo la de aquellos susceptibles de ejercicio que pueda ser (al menos potencialmente) reiterado, pues, si no, no es posible tener sobre su objeto un poder, de hecho, duradero, sino únicamente un poder de hecho que se agotaría en un solo acto».

[19] PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E. (2007). *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 80, indican: «En general, *titular* es aquella persona que ejerce el poder de hecho que le autoriza el título que le permite la posesión de la cosa o del derecho» (en catalán en el original). Para ALBALADEJO, M., *op. cit.,* p. 61, «la posesión en concepto de titular o de no titular, no requiere que realmente la titularidad pertenezca o no al poseedor, y ni siquiera que este crea que le pertenece (esto es cuestión que solo interesa para juzgar si posee o no de buena fe) o no; basta con que posea o no como propios la cosa o el derecho».

[20] SERAFINI, F. (1927). *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Espasa Calpe, p. 305, afirma: «La posesión puede también adquirirse por medio de un representante. Para que esto suceda se requiere, en general, que concurra la voluntad del adquirente. Existen empero algunos casos excepcionales en los que la posesión se adquiere aún sin dicha voluntad». Este autor indica los siguientes supuestos: a) Con voluntad del representado: supone la posesión de los bienes que un tercero tiene en su poder y se requiere: por un lado, que el representante tenga la intención de poseer en nombre del representado y, por otro lado, que el representado tenga la voluntad de poseer el bien del representante. b) La posesión sin voluntad del representado, son los casos de representación en las personas jurídicas o en los representados legales de las personas físicas sin capacidad de obrar plena.

[21] FUENTESECA, C., *op. cit.,* p. 221, considera que en estos casos se manifiesta «el llamado edificio posesorio. En este sentido, por ejemplo, el subarrendatario sería poseedor inmediato, el arrendatario ocuparía la posición de poseedor mediato de primer grado, el usufructuario que arrendó sería el poseedor mediato de segundo grado y, por último, el nudo propietario sería el poseedor mediato de tercer grado. En consecuencia se trata de ir sumando o añadiendo grados cuanto mayor sea la distancia entre el poseedor inmediato y el mediato».

[22] LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit*., p. 88.

[23] En este sentido, la SAPB (sec. 14.ª) de 2 de junio de 2001 establece que «frente a un ataque de hecho contra la posesión o tenencia de una cosa o derecho, poco importa que el mismo provenga de un tercero o de un coposeedor; puesto que estos no han de gozar en su legítimo actuar de mejor derecho que los terceros».

[24] CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 671, afirma: «Los meros detentadores, al no tener o no poder tener la intención de tener la cosa como propia, la poseían para otro (*nomine alieno*), y por esta razón no tenían en Derecho romano —salvo casos excepcionales— la protección de los interdictos». En este sentido, LAUROBA LACASA, E. *op. cit.*, p. 160, apunta: «En el CCC la "detentación" … se presenta ajena a la manifestación de un derecho, pero ajena también a una voluntad que permita dar autonomía a su *ius possessionis*».

[25] DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons, p. 43.

[26] LÁZARO PALAU, C. (2012). Personalitat civil, capacitat i drets de la personalitat. En: A. Lucas Esteve (dir.) *Dret civil català. Vol. II. Persona i família*. Barcelona: JMBosch editor, p. 49. (en catalán en el original).

[27] PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.,* p. 99, consideran que «la violencia unida a la carencia de actividad del poseedor, permite adquirir la posesión, si bien la ilegitimidad de la forma adquisitiva la somete al plazo durante el cual el poseedor desnudado puede ejercer las accionas posesorias» (en catalán en el original).

[28] En los *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya*, p. 53, se dice lo siguiente: «Es obvio que la violencia no puede justificar la adquisición de la posesión. Sin embargo, si la violencia acaba triunfando y la posesión acontece pacífica, el usurpador se convierte en poseedor de la cosa» (en catalán en el original).

[29] Otros casos similares son los siguientes: el legatario (art. 427-22.4 CCCat) o el albacea (art. 429-8 CCCat). Se puede discutir si estos casos suponen una adquisición originaria o derivativa, personalmente, creo que la adquisición deriva del causante y, por esta razón, prefiero hablar de adquisición derivativa.

[30] ALBALADEJO, M., *op. cit.,* afirma, p. 100: «Realmente no se trata de acciones diferentes, una de retención y otra de recobro, sino de que el interesado tiene la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier ataque o despojo».

[31] PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 101, dicen: «Se trata de juicios de carácter sumario, la finalidad de los cuales es la restauración a la situación anterior al acto de perturbación o privación producidos. En estos procedimientos no se discute, por tanto, el derecho que nadie tenga a seguir poseyendo, sino que lo único que se pretende es devolver las cosas a la situación en que se encontraban antes de que se hubiera producido el acto obstaculizador en la posesión» (en catalán en el original).

[32] RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2008). En Cataluña, la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, no equivale al título. *Diario La Ley*, núm. 7002, p. 12, afirma que «el artículo 464 del Código Civil establece una regla posesoria abstracta; no obstante… esa abstracción… se funda en que juega sin necesidad de que el poseedor deba acreditar título alguno. El poseedor de buena fe debe poder ser considerado como propietario real, correspondiendo la carga de probar la pérdida o privación ilegal a quien alegue esa misma titularidad. Por tanto el CCCat añade dos exigencias adicionales: que exista título (que el poseedor debe acreditar) y que, además, sea oneroso».

[33] ESPIAU ESPIAU, S. (2007). «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña». *ACD*, p. 18.

[34] RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA P., *op. cit.*, p. 13, considera que «como sucede en otros casos de protección de la apariencia (art. 34 de la Ley Hipotecaria, 85 del Código de comercio, 9 de la Ley del Mercado de Valores, etc.) concurren aquí dos intereses: el del propietario que puede verse privado de su derecho y el del adquirente que se basa en determinada apariencia, en este caso posesoria. E igual de injusto que privar al propietario de su derecho resulta que quien adquiere un bien basándose en la apariencia, sea posteriormente, por causas que desconocía, privado de él. Es por ello falaz la contraposición entre justicia y seguridad: esta es un componente esencial de aquella».

[35] DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 50.

[36] ALBALADEJO, M., *op. cit.,* afirma, p. 110, que «hay que señalar que los efectos de cada posesión dependen del concepto en que se posea la cosa (o derecho) de que se trate.

Así, el que posea una como acreedor pignoraticio o como comodatario o como depositario, no adquiere los frutos de la misma, mientras que sí los adquiere el que la posea de buena fe en concepto de dueño (aunque realmente no lo sea)».

[37] PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 106, consideran que estas normas «no se aplican cuando la liquidación posesoria tenga sus concretas normas, por tratarse de una institución la liquidación de la cual se encuentra regulada expresamente en el Código Civil catalán o en otras Leyes. Esto sucederá, por ejemplo, en la liquidación del usufructo, de los arrendamientos, especialmente el rústico, la restitución de la herencia sujeto a fideicomiso, el derecho de retención (art. 596-6.2) etc.» (en catalán en el original).

[38] DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 53, afirma: «Este precepto no hace referencia alguna a los gastos de conservación «ordinaria», es decir, los gastos de conservación que se originan en una situación de normalidad en relación con el uso de la cosa, o por el simple paso del tiempo. El criterio del legislador catalán es, pues, que estos gastos deben ser asumidos por el poseedor, sin duda por entender que los gastos de conservación ordinaria son una contrapartida del uso de la cosa y de los frutos que de la misma obtuvo el poseedor».

[39] FERRER RIBA, F., *op. cit.,* p. 39, recuerda que «el poseedor vencido puede ejercer el *ius tollendi* y retirar las mejoras subsistentes, en lugar de reclamar el pago» (en catalán en el original).

[40] PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 112, afirman que para la correcta interpretación de este precepto «tendremos que concluir que a partir del momento en que es interpelado, el poseedor de mala fe responde de los daños sufridos por la cosa o el derecho poseídos y además, los ocasionados por caso fortuito, pero en este último caso, solamente si ha retrasado maliciosamente la entrega de la cosa la posesión de la cual se discute, pero no responderá de los daños ocasionados antes de la interpelación» (en catalán en el original).

[41] FERRER RIBA, F., *op. cit.,* p. 34, considera: «La regulación de los interdictos, denominados por la legislación procesal acciones de "tutela sumaria de la tenencia o de la posesión" (art. 250.1 núm. 4 LEC) está vinculada al mantenimiento de la paz social. La preservación de esta paz implica que no se pueda recurrir a la fuerza para obtener o recuperar la posesión de los bienes, aunque la persona que los tenga no tenga ningún derecho, e incluso, aunque los hubiera obtenido por medios reprobados por el ordenamiento» (en catalán en el original).

[42] HERNANDEZ GIL, A. (1967). *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 90, afirma: «No se trata de repudiar los esquemas tradicionales romano-germano-canónicos. Se trata tan solo de ver hasta qué punto siguen siendo receptores de la realidad social».

[43] STOLFI, N. (1919). *Diritto civile*, vol. II. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, p. 10, señalaba hace casi un siglo la «tendencia de las legislaciones más recientes y progresivas, a dar tal eficacia al Registro territorial que llegue a arrebatar al instituto de la posesión su razón de ser».

[44] DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 47, considera que «la posesión se puede considerar como un mecanismo de publicidad de un derecho sobre un objeto o, mejor aún, de una apariencia de derecho. Además no olvidemos que esta apariencia puede acabar convirtiéndose efectivamente en un derecho, a través de la usucapión (art. 522-6)».

[45] MIGUEL, J. (1995). *Dret privat romà*. Madrid: Marcial Pons, p. 211, recuerda que algunos interdictos «contenían el *exceptio vitiosae possessionis*, que solo era beneficiosa ante el adversario. Es decir, el pretor no mantenía la posesión al adversario que hubiera arrebatado al otro la cosa por la fuerza (*vi*), que la poseyera clandestinamente (*clam*) ante el otro o que la tenga en precario del otro (*praecario*). Esta posesión «*vi, clam vel precario*» ahora llamada *possessio vitiosa*». (en catalán en el original). Ahora bien, como hemos visto, el *Codi* solamente exceptúa la posesión adquirida con violencia y clandestinidad y excluye de esta excepción el precario.

[46] LAUROBA LACASA, E., *op. cit.*, p. 238, afirma que «algún autor ha sostenido que con la LEC/2000 el poseedor que despoja a otro de su posesión con violencia, de manera clandestina o que tiene una posesión precaria no puede triunfar en un interdicto de recuperar

que ejercite frente a quien despojó o contestó si este a su vez le despoja». Y añade citando a PABLO: «Ahora, en efecto, no hay obstáculo procesal que impida que el demandado alegue, como excepción al interdicto, la posesión viciosa del actor (PABLO, 291)».

(Trabajo recibido el 4-9-2015 y aceptado para su publicación el 20-10-2015

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

El ofrecimiento de pago y consignación, en la nueva ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria

The offering of payment and records in the new Law 15/2015, of July 2, Voluntary Jurisdiction

por
JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo viene a desarrollar la consignación judicial en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Esta Ley incorpora a nuestro ordenamiento un nuevo proceso separado del común, caracterizado por la autonomía conceptual cuyos expedientes quedan compartidos entre las autoridades judiciales, secretarios judiciales, notarios y registradores, a quienes se les encomiendan materias relativas a la persona, familia, sucesiones, obligaciones, contratos, subastas, consignaciones, entre otras.

ABSTRACT: This work comes to develop judicial provision in the new law on voluntary jurisdiction. This Act incorporates into our system a new separate process from common, characterized by conceptual autonomy whose files are shared between the judicial authorities, court clerks, notaries and registrars,

who is entrusted with matters relating to the individual, family, probate, obligations contracts, auctions, allocations, among others.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción voluntaria. Proceso. Consignación.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction. Process. Consignment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL OFRECIMIENTO DE PAGO: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL OFRECIMIENTO. *1.1. La negativa injustificada del acreedor. 1.2. La oferta de pago debe ser previa a la consignación, salvo los supuestos de que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido. 1.3. Ha de ser instada ante el acreedor y demás personas interesadas. 1.4. El ofrecimiento de pago ha de ser incondicional. 1.5. Extravío del título de la obligación.*—III. LA MORA DEL ACREEDOR: EL ARTÍCULO 1176 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN POR UN TERCERO.—V. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—VI. LA CONSIGNACIÓN: INTRODUCCIÓN. 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. RÉGIMEN JURÍDICO. *2.1. Competencia. 2.2. Procedimiento. 2.3. Resolución.*

I. INTRODUCCIÓN

La *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*[1] (en adelante LJV), viene a cumplir lo dispuesto en la Disposición Final 18.ª de la *Ley 2/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, que encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria.

La nueva ley presenta como principal novedad separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, o que conlleva —dice la Exposición de Motivos— que «su regulación en una ley independiente *suponga*, al mismo tiempo, el reconocimiento de la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídicas-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia».

La LJV en su Disposición Final Primera modifica 96 artículos del Código Civil, entre otros, los artículos 1176, 1178 y 1180, relativos al «ofrecimiento de pago y consignación». Estableciendo en el artículo 98 de la antedicha LJV el procedimiento judicial relativo a los derechos y obligaciones. Además, modifica la *Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado*, introduciendo un nuevo título (Título 6.º), artículos 49 a 83, ambos inclusive; concretamente, el artículo 69 regula el procedimiento de ofrecimiento de pago y consignación ante el notario.

Los artículos 70 y 71, por su parte, regulan el cauce ante el fedatario público de las relaciones dinerarias no contradichas.

A pesar de la modificación efectuada, la figura jurídica del «ofrecimiento de pago» sigue sin tener una regulación sistemática y unitaria. No obstante, en nuestro ordenamiento existen otros preceptos que de modo directo aluden al ofrecimiento de pago, como es el caso de los artículos 1185 y 1505, o de modo indirecto, los artículos 1590 y 1776, lo que viene a confirmar la falta de una regulación unitaria. Esto es debido, desde mi punto de vista, a que el antecedente histórico de la oferta de pago parte del Derecho de las Partidas (P. 5.ª, tít. 14.º, Ley 8.º), que estableció la regla de que el ofrecimiento de pago rechazado por el acreedor constituye el precedente de la consignación. Así fue asumido por el Proyecto de 1836, artículos 1907 a 1923, y el Proyecto de Código Civil de 1851, artículos 1107 a 1115, siguiendo el mismo criterio en los artículos 1176 a 1181; que, como decimos, prescinden de una minuciosa y detallada regulación del ofrecimiento de pago, quedando de este modo como un requisito previo. Es decir, se sigue el criterio de que el ofrecimiento de pago por sí solo no produce la extinción de la obligación, sino que, ante la negativa expresa o sin motivo aparente, el acreedor se niega a otorgar documento justificativo o cancelar la obligación, quedando el deudor liberado de su responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. Por ello, el artículo 1176 del Código Civil es el único precepto encuadrado en la sección 1.ª, capítulo 3.º, título 1.º, libro 4.º del Código Civil, que configura el ofrecimiento de pago como una manifestación de la voluntad dirigida al acreedor por la que el deudor manifiesta su intención de cumplir la obligación debida, quedando de este modo como trámite previo de la consignación.

En cuanto a la consignación, la LJV, viene a regular en sus artículos 98 y 99 la consignación judicial. La reforma sigue el criterio de la ley que le precede declarando la competencia de los juzgados de primera instancia del lugar donde deba cumplirse la obligación, debiendo acreditarse haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procede, y, en todo caso, el anuncio de la consignación (art. 99-1.º). La misma LJV incorpora en la sección 1.ª, capítulo 4.º, título 7.º, artículo 69, el procedimiento notarial del ofrecimiento de pago y consignación. Dicho procedimiento podrá ser promovido por el deudor. Aceptado el ofrecimiento o, en su caso, la consignación, el notario lo notificará a los interesados a los efectos de que, en el plazo de diez días hábiles, acepten el pago, retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas (art. 69-4.º).

En los artículos 70 y 71 de la LJV, se incorpora un nuevo procedimiento, bajo la rúbrica «Reclamación de deudas dinerarias no contradichas». La primera particularidad que presenta este procedimiento es que el sujeto activo es el acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía u origen, líquida, determinada, venci-

da y exigible, pudiendo instar, ante el notario del lugar o en el domicilio del deudor, el pago de la misma (art. 70-1.º), quedando excluidos: a) las deudas provenientes de contratos entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario; b) las deudas basadas en el artículo 21 de la LPH; c) las deudas de alimentos de menores o incapacitados; y d) las reclamaciones en que sea parte la Administración Pública.

Las particularidades de este procedimiento es que, una vez aceptado el requerimiento, el fedatario público lo notifique al deudor en el plazo de veinte días hábiles, en lo que el deudor podrá pagar al notario. En este supuesto se otorgará carta de pago. También cabe la posibilidad de que el deudor pague directamente al acreedor. En este caso, el notario cerrará el procedimiento mediante acta notarial. En el supuesto de que el deudor se oponga, se procederá a levantar diligencia notarial y, una vez concluida, se pondrá fin a la actuación notarial. En el caso de no comparecer o no alegar oposición, el notario dejará constancia y procederá a levantar acta notarial, que llevará aparejada la ejecución (art. 71 de la LJV y 517.9, párrafo 2.º de la LEC).

II. EL OFRECIMIENTO DE PAGO: CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro ordenamiento no regula de modo sistemático y unitario la figura jurídica del ofrecimiento de pago[2], además de no aportar un concepto. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS[3] señala que el ofrecimiento de pago «consiste en una declaración de voluntad dirigida al acreedor por la que el deudor manifiesta su firme decisión de cumplir inmediatamente la obligación»; DÍEZ-PICAZO[4] entiende que «el ofrecimiento de pago constituye una declaración de voluntad, unilateral y recepticia», del deudor al acreedor, a modo de facultad que le concede el ordenamiento y opera como una intimación. Para BELTRÁN DE HEREDIA[5] el ofrecimiento de pago es un mero acto jurídico, de carácter unilateral, que se dirige a obtener de la otra parte la actividad necesaria con la finalidad de poder pagar. La STS de 24 de marzo de 1997[6] ha declarado en relación con los artículos 1176-1181, que «no lo son de obligada utilización más que cuando el acreedor se niega a aceptar el pago de una obligación y el deudor quiere cumplirla y que se extinga».

De acuerdo con lo expuesto, el ofrecimiento de pago se caracteriza por: a) que el deudor manifiesta su voluntad unilateral y recepticia de cumplir bien, firme y exactamente la prestación debida[7]; b) la oferta es un acto en sí mismo y previo a la consignación en donde el acreedor coopera para que tenga lugar el cumplimiento pactado[8]; c) supone una intimación expresa o tácita en donde se pone en conocimiento del cumplimiento anticipado que requiere la cooperación del acreedor para realizar la prestación[9]; y d) la oferta tiene como finalidad el pago en tiempo y lugar pactado[10].

El artículo 1176, párrafo 1.º del Código Civil, no nos proporciona un concepto del ofrecimiento de pago, sino más bien una descripción, de este modo: «El acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago, si conforme a las disposiciones que regulan este, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a realizar la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Este precepto que apenas difiere de su antecedente legislativo (igual ordinal al vigente, artículo 1176.1.º), ahora modificado por la LJV, pues no solo mantiene su tradición histórica[11], sino también su fundamento: el carácter previo de la oferta de pago para que la consignación sea válida[12].

De acuerdo con lo expuesto, DÍEZ-PICAZO[13] entiende que el ofrecimiento de pago es un presupuesto de liberación del deudor mediante la consignación; a lo que objeta BERCOVITZ[14] en el sentido de que el presupuesto de la consignación es la negativa del acreedor a recibir la oferta del deudor. Sin embargo, CABALLERO LOZANO[15] entiende que el ofrecimiento es un presupuesto del pago mismo. Nosotros nos decantamos por entender que el presupuesto de la consignación es la negativa del acreedor a recibir la oferta. Así lo deducimos del artículo 1176-1.º, pues ante dicha negativa del acreedor expresa o tácita, sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación.

Esto nos lleva a otra polémica: ¿la oferta es real o verbal? DÍEZ-PICAZO[16] señala que la doctrina extranjera suele acudir a dicha clasificación, siendo verbal cuando el oferente se vale de una comunicación dirigida al acreedor, y real cuando el deudor realiza una prestación o cuando pone a disposición la *res debita*. Para CABALLERO LOZANO, en cambio[17], estamos ante la oferta real cuando la cosa objeto de la prestación es exhibida, además de ponerla a disposición del acreedor, acto único desarrollado en dos fases: una, requerimiento del deudor para que tome posesión de la cosa; otra, exhibición o puesta a disposición inmediata de dicha cosa; por el contrario, la oferta es verbal cuando existe una intimación al acreedor no acompañada del objeto de la prestación, sino que el deudor declara y pone en su conocimiento la prestación pactada[18].

En opinión de MARÍN LÓPEZ[19], esta clasificación tiene su origen en el *ius comune* y recogida en el Derecho comparado. Así, tenemos el parágrafo 294 del BGB, que dispone: «La prestación debe ofrecerse de hecho al acreedor en la manera en la que va a efectuarse»; el parágrafo 295 del BGB regula la oferta verbal a modo de requerimiento al acreedor, e indica que realizar un acto necesario «por parte del deudor es suficiente si el acreedor le ha declarado que no aceptará la prestación, o si para efectuar la prestación es necesario un acto del acreedor»; el parágrafo 296 del BGB regula la oferta innecesaria en los términos siguientes: «Si se establece una fecha del calendario para el acto a realizar por el acreedor, se exige una oferta solo si el acreedor realiza el acto en el momento debido […]».

El Código Civil francés regula en el capítulo 4.º, artículos 1257 a 1264, «Del ofrecimiento de pago y de la consignación», concretamente el artículo 1257, que «cuando el acreedor rehúse recibir su pago, el deudor podrá hacerle una oferta real y, negándose el acreedor a aceptarla, podrá consignar la cantidad o casa ofrecida. El ofrecimiento real seguido de la consignación libera al deudor y hace las veces de pago cuando se hace válidamente». Mientras, el artículo 1258 desarrolla los requisitos para la validez de la oferta real y el artículo 1264 regula la oferta verbal.

El Código Civil italiano de 1942 recoge la oferta con remisión a la Ley procesal civil, que en el artículo 1204 dispone: «El acreedor está en mora cuando, sin una buena razón, no recibe el pago ofrecido en la forma prevista en los artículos siguientes o deja de hacer lo que es necesario para que el deudor pueda liquidar la obligación». El artículo 1208 establece los requisitos para la validez de la oferta y el artículo 1209 regula la oferta real: «Si la obligación se refiere al dinero, el crédito, o móviles para ser entregados a la dirección del acreedor, la oferta debe ser real».

Nuestro Código Civil no reviste ninguna forma especial[20]. La cuestión no está entre la oferta real o la verbal, sino en si el ofrecimiento se adecúa a la prestación y, como contrapartida, la cooperación necesaria del deudor[21]. Este es el criterio que recoge el artículo 90-1.º, párrafo 2.º de la LJV, cuando establece que el deudor deberá haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procede; así como el artículo 69-2.º de la Ley del Notariado (en adelante LN), que establece que el que promueva el expediente deberá expresar, entre otros, el ofrecimiento de pago, salvo los supuestos previstos en el artículo 1176-2.º, en donde la consignación de por sí producirá el mismo efecto, es decir, no será necesario ofertar el pago cuando el acreedor esté ausente, impedido, en paradero desconocido, cuando sean varios los interesados en el cobro, o si el título se ha extraviado.

Por otro lado, el párrafo 1.º del artículo 1177 del Código Civil, señala: «Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación»[22]. Este precepto alude al «previo anuncio» que puede ser judicial o notarial; para BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN[23] «este anuncio es algo distinto del ofrecimiento», pues su anuncio debe entenderse aplicable a todos, inclusive a los previstos en el artículo 1176-2.º. Así entendido, el anuncio supone una intimación por parte del oferente o, en su caso, del representante del acreedor para que acceda al pago; DÍEZ-PICAZO[24] sostiene que la finalidad del anuncio es poner en conocimiento del acreedor; a este respecto, O'CALLAGHAN MUÑOZ[25] comenta que el anuncio no es lo mismo que el ofrecimiento de pago, sino un concepto más amplio que hace el deudor, su representante o, en su caso, un tercero que pretende hacer el pago al acreedor y demás interesados en el cumplimiento de la obligación; ALEJANDRO Y TORRES[26] afirma, por su parte, que el anuncio previo tiene su justificación en que implica un aviso más serio

que la mera oferta de pago, pues abarca a todos los interesados en el cumplimiento de la obligación. Corroborando la doctrina anterior y citando la STS de 28 de junio de 1978 *(RA* 1978, 3381), INFANTE RUIZ[27] señala que una cosa es el ofrecimiento de pago al acreedor y otra el anuncio previo a las personas interesadas, entre las que se encuentra el acreedor; para MARÍN LÓPEZ[28] el anuncio no es un mero ofrecimiento de pago, sino poner en conocimiento del acreedor y demás interesados la intención del deudor de cumplir la obligación pactada; por último, ALBÁCAR y SANTOS BRIZ[29] afirman que «el anuncio de la consignación es un acto jurídico de comunicación de carácter recepticio» dirigido a todos los interesados en el cumplimiento de la obligación. Este es el sentido que apreciamos en la redacción del artículo 99-1.º, párrafo 2.º, de la LJV, relativo al trámite de la consignación judicial, cuando dice: «Asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediera, y en todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación».

Partiendo del aserto de que en la *mora solvendi* nos encontramos con la violación de una obligación que produce responsabilidad, mientras que en la *mora accipiendi* no se da una violación de la obligación y, por tanto, no deriva una responsabilidad, en esta última lo que se destaca es el dato objetivo de que el deudor desea cumplir su prestación y, si no lo consigue, es por causa imputable al acreedor[30]. Esta obligación asumida voluntariamente es estimada por un sector de la doctrina[31] como un derecho del deudor a la liberación, de este modo, el ordenamiento jurídico arbitra el mecanismo del ofrecimiento de pago y la consignación[32]. El anverso del derecho al cumplimiento está en la obligación del acreedor a recibir dicho cumplimiento[33]. Esta doctrina tiene su origen en el Derecho italiano[34]. Parte de la propia dinámica de la relación obligatoria, y responde a la idea de que el deudor tiene derecho al cumplimiento, mientras que el acreedor coopera con dicho cumplimiento[35]. Por tanto, dado el presupuesto de que el acreedor no coopera, su consecuencia es que el deudor desarrolla su derecho a liberarse de la obligación mediante el ofrecimiento de pago, si procede, y a la consignación[36]. En consecuencia, esta tesis afirma la existencia de un derecho del deudor de cumplir la obligación y su correlativa cooperación del acreedor en que dicho derecho se cumpla[37], a lo que VAQUER ALOY[38] objeta que no resulta fácil fundamentar en nuestro ordenamiento la oferta de pago como un derecho y la obligación del acreedor como una cooperación. Ciertamente, en nuestro Derecho sustantivo no tiene cabida esta teoría, pues el artículo 1158 del Código Civil autoriza a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, lo que conlleva necesariamente la inexistencia de un derecho del deudor al cumplimiento de la obligación[39].

Por tanto, el deudor no tiene un derecho al cumplimiento de la obligación, pero sí a ser liberado. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, el deudor queda facultado para consignar la cosa debida, quedando pendiente de que sea decla-

rada «bien hecha» (art. 1180 del Código Civil), para que la obligación quede extinguida, bien judicialmente (art. 99-3.º de la LJV), o notarialmente (art. 69-4.º de la LN). Llegado a este punto, la doctrina estima que la liberación del deudor está en un interés titulado por el ordenamiento[40], mientras que para CABALLERO LOZANO[41] el deudor es el que tiene la facultad jurídica de liberarse de la obligación, y ALONSO PÉREZ[42] lo encuadra como un derecho subjetivo. Además, como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO[43], el ordenamiento protege el interés, el derecho o la facultad del deudor en la relación obligatoria; no obstante, si su actuación ha sido diligente en el cumplimiento, pero es rehusada por el acreedor, no es justo que el deudor quede vinculado al acreedor, así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1176 del Código Civil, el deudor puede ofertar el pago a los efectos de ser liberado mediante la consignación de la cosa debida. Este ofrecimiento previo a la consignación requiere una actividad cooperativa del acreedor.

Sin embargo, para un sector de la doctrina[44] la cooperación del acreedor es una carga[45]. Esta teoría no le otorga al deudor un derecho a exigir del acreedor un determinado comportamiento (cooperación), sino tan solo ser titular del interés a liberarse[46]. Por tanto, no existe coacción ante la inobservancia del acreedor, pues no se le puede obligar a recibir el pago, pero sí se le puede imputar la mora del acreedor ante una actitud obstruccionista.

BELTRÁN DE HEREDIA[47] señala que el acreedor está obligado a realizar una actividad de cooperación con el deudor a fin de que pueda liberarse, carga o gravamen en sentido técnico, que no constituye un deber jurídico, sino un vínculo condicional en la medida en que el acreedor está obligado a cooperar cuando se realiza la satisfacción de su crédito. CABANILLAS SÁNCHEZ[48] estima que «la carga del acreedor de cooperar en el cumplimiento facilitando la liberación del deudor está en relación directa con la existencia de un ofrecimiento de pago que sea exacto y regular». DÍEZ-PICAZO[49] escribe a este respecto que parece necesario que el acreedor colabore con el deudor, en la medida en que la prestación pueda ser rectamente cumplida. El acreedor tiene una carga puntual y un diligente examen de la prestación ya realizado. El ejercicio de rehusar el pago no es lícito, salvo que se funde en una justa causa.

Junto a la teoría expuesta existen otras de carácter minoritario[50]. Entre ellas destacamos la denominada «tesis que considera la cooperación como una obligación». Su planteamiento es que «aquellos autores que sostienen la existencia de un derecho del deudor al cumplimiento de la obligación consideran que la cooperación del acreedor al cumplimiento sería una obligación, en correlación con aquel derecho»[51]. Así, para FALZEA[52] el acreedor es un *debitor ratione accipiendi* que estará obligado a cooperar para que se pueda cumplir la obligación, pero cuando falta este cumplimiento surgen las obligaciones de resarcir los daños y perjuicios, pudiendo el deudor acudir al depósito para liberarse. CABALLERO LOZANO[53] señala que la *mora accipiendi* se basa en la obli-

gación de cooperar. Aquí la obligación es recíproca entre el acreedor, (coopera para recibir el pago), el deudor, (se ve obligado a cumplir el deber). En su opinión —añade—, esta teoría es exagerada, pues su construcción originaria estimó la cooperación como «secundaria y complementaria» en relación con la obligación principal. Destaca como valedor de esta teoría EYRÉ VARELA[54] quien manifiesta que el acreedor tiene la obligación de facilitar la liberación del deudor cooperando con el vínculo obligatorio.

Otra teoría que estima la cooperación del acreedor como deber jurídico[55] es la tesis avalada por VON SCHEY[56], que afirmó que si el acreedor no coopera ante el cumplimiento de la obligación, se produce una violación del deber genérico de respetar la esfera jurídica del deudor, es decir, el acreedor debe cooperar, su falta supone un acto ilícito. Así, «cuando el deudor no puede cumplir su obligación por falta de cooperación del acreedor no se produce la extinción de la relación, sino que para obtener este resultado tendrá que proceder a la consignación»[57].

Nosotros creemos que el mejor encuadre doctrinal a la cooperación del acreedor ante el ofrecimiento de pago es considerarlo una carga. Así, lo entendemos porque el deudor no tiene un derecho y, a su vez, un correlativo deber del acreedor de cooperar, pero sí puede el deudor exigir un determinado comportamiento (cooperación) derivado del vínculo jurídico cuando pretenda liberarse de su deuda. Este comportamiento es una carga que cuando es rehusada por el acreedor desemboca en la *mora creditoris*. CABANILLAS SÁNCHEZ[58] citando a CATTANEO[59] señala que el acreedor no tiene en sí una obligación, sino la carga de hacer todo lo necesario para que el deudor pueda cumplirla.

1. Requisitos para la validez del ofrecimiento: Previo

Nuestro sistema no establece de forma taxativa los requisitos que ha de cumplir el ofrecimiento de pago, como así resulta del 1258 del Código Civil francés y el 1208 del Código Civil italiano de 1942, en ambos casos, establecen siete requisitos para la validez del ofrecimiento real, no así los parágrafos 293 a 296 del Código Civil alemán, que eximen de la mora al acreedor si el deudor no está en posesión de ofrecer la prestación, así como si lo tiene que realizar en fecha determinada.

El artículo 1176-2.º del Código Civil enumera los supuestos que, de ocurrir, eximen al deudor de ofertar el pago, pudiendo consignar directamente, bien por vía judicial, bien por vía notarial, en todo caso, deberá probar que se han producido algunos de los supuestos del antedicho artículo[60].

Algunos de los casos enumerados en el antedicho artículo 1176-2.º, como que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido, resultan una obviedad extrema. Sin embargo, otros supuestos, como, por ejemplo, cuando son varias las personas que están interesadas en tener derecho a cobrar, o cuando

se ha extraviado el título, requieren matizarse. No obstante, hemos procedido a desarrollar cinco supuestos en los que, a nuestro juicio, resultan estar incluidos todos los del repetido artículo 1176-2.º del Código Civil, además de algunos en que la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse.

1.1. La negativa injustificada del acreedor

Este requisito viene recogido en nuestro Derecho histórico p. 5.ª, tít. 14.º, Ley 8.ª, y en parte, en la legislación vigente, artículo 1176-1.º del Código Civil; artículo 99-1.º, párrafo 2.º de la LJV y artículo 69-1.º de la LN, que con ligeras variantes en su actual redacción viene a establecer que «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago […], se negare de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo […], el deudor quedará libre de su responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

Este precepto, si lo comparamos con su precedente legislativo, apenas presenta diferencias, pues la oferta de pago sigue siendo una manifestación de la voluntad mediante la cual el deudor comunica al acreedor su intención de cumplir la prestación[61]. Aclarando este respecto, ALBALADEJO[62] que «la mora del acreedor no consiste, pues, solo en que este injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada». Por tanto, si se produce la negativa del acreedor o no se facilita el cumplimiento cooperando de buena fe y en lo necesario, se produce la *mora creditoris,* debiendo el deudor consignar integra, idéntica y exactamente lo convenido, para que el deudor quede liberado[63]. Por ello se dice, y con acierto, «el ofrecimiento de pago que va precedido de la consignación produce la liberación del deudor» (STS de 1 de febrero de 1876).

Por su parte, MARÍN LÓPEZ[64] ha puesto de relieve que no debemos entender la cooperación del acreedor como una obligación[65], tampoco como un deber jurídico[66], sino como una carga que supone una determinada conducta en una situación que permite la liberación del deudor[67].

Conforme a lo expuesto, debemos tener en cuenta el principio *favor debitoris*[68] que «supone considerar al deudor obligado a realizar lo puramente necesario para satisfacer el interés del acreedor, porque lo que no es lícito es que el acreedor haga más difícil o costoso el cumplimiento».

Con todo, llegamos a la conclusión de que, una vez realizado el ofrecimiento de pago, si el acreedor coopera con el cumplimiento de la obligación, esta se extingue y se produce la liberación del deudor, pero si aquel no colabora, se constituye en mora, quedando legitimado el deudor para consignar la cosa debida[69].

La STS de 9 de julio de 1941 *(RA* 1941, 905), destacó en su FJ 3.º que «las fundamentales diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio que, por serlo, está regulado en nuestra ley sustantiva, en el capítulo que en ella se consagra al estudio de la extinción de las obligaciones, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es, según la doctrina más autorizada, el de constituir al acreedor en mora (*mora accipiendi*)».

1.2. La oferta de pago debe ser previa a la consignación, salvo los supuestos de que el acreedor esté ausente, impedido o en paradero desconocido

El presente enunciado viene recogido en el párrafo 2.º del artículo 1176 del Código Civil, cuando dice que «la consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo […] o sea el acreedor desconocido […]». La dicción de este precepto prevé la excepción a la regla general que regula el artículo 1176-1.º; que es, como hemos indicado más arriba, la negativa o sin razón aparente del acreedor ante el ofrecimiento de pago, pero el supuesto aquí examinado, ciertamente no existe una negativa, sino una ausencia o incapacidad física o desconocida, que en dichos supuestos no conlleva la declaración judicial, sin perjuicio de nombrar a un representante legal a quien se le encomiende la gestión de los negocios del acreedor. A estos efectos, DÍEZ PICAZO[70] señala que la idea del acreedor ausente debe entenderse limitada a la hipótesis de simple falta de presencia del acreedor en su domicilio[71]. Carece de relevancia el hecho de que el acreedor esté ausente por olvido, negligencia o razón justificada[72]. Por el contrario, en la incapacidad a la que alude el repetido artículo 1176-2.º no estamos ante un supuesto de incapacidad judicialmente declarada que conlleva el nombramiento de un representante legal, sino ante un impedido materialmente y pasajero que no conlleva la mencionada declaración de incapacidad judicial[73].

Por otro lado, constituye un requisito procesal. Así, el artículo 99-1.º de la LJV, dice: «El que promueva la consignación judicial expresará en su solicitud los datos y circunstancias de identificación de los interesados […]». Además de acreditar la oferta de pago, si procede, es decir, en el supuesto de ausencia o incapacidad, como dispone el artículo 1176-2.º del Código Civil, la oferta queda excluida, pudiendo consignar directamente el deudor. El artículo 69-2.º de la LN se manifiesta en análogos términos.

Este requisito no requería ninguna forma especial en el modificado artículo 1176 del Código Civil, todo lo contrario a lo dispuesto en su antecedente legislativo, artículo 1108-5.º del Proyecto de Código Civil de 1851, estableciendo que el ofrecimiento de pago se haga ante escribano público y dos testigos. La

legislación vigente, artículo 1177-1.º del Código Civil, establece que el deudor será liberado si previamente asume el cumplimiento de la obligación, además de declarar la ineficacia si no se ajusta a lo dispuesto para el pago (art. 1177-2.º). En este sentido, BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN[74] citando la STS de 8 de febrero de 1975 *(RA* 1975, 417), consideró válida la oferta tanto por consignación material como por giro postal o telegráfico. En la actualidad el requisito procesal de la prueba por parte del oferente es imprescindible (art. 90-1.º, párrafo 2.º de la LJV y 69-2.º de la LN).

1.3. Ha de ser instada ante el acreedor y demás personas interesadas

La oferta de pago debe ser instada por el deudor, por su representante o, en su defecto, por un tercero. Esta cuestión no viene reflejada en el artículo 1176 del Código Civil, si no deja claro que, efectuado el ofrecimiento de pago, ante la negativa del acreedor, el deudor quedará liberado mediante la consignación de la cosa debida, añadiendo el párrafo 2.º del mencionado artículo 1176, dentro de los supuestos en que la consignación por sí sola produzca el mismo efecto «cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar».

Al respecto de que sean «varias las personas que pretendan tener derecho a cobrar», cuyo antecedente legislativo está en el artículo 1193, párrafo 2.º, del Anteproyecto de Código Civil de 1882-88, del que BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN[75] han comentado que sin perjuicio de considerarlo como un supuesto puntual, lo que hay que evitar es el pago duplicado. Así, cada uno de los interesados que pretenda cobrar deberá probar su derecho. Por otro lado, la STS de 24 de mayo de 1955 *(RA* 1955, 1709) amplió el supuesto para cuando el deudor ignore o dude a quién le corresponde cobrar.

Como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO[76], este supuesto debe encuadrarse en el desconocimiento de los posibles acreedores con derecho legítimo a cobrar, pues el deudor, además de ofertar para liberarse, debe probar objetivamente la existencia de una obligación contraída con el acreedor. Por su parte, MARÍN LÓPEZ[77] señala que las ventajas del artículo 1176-2.º están en que el deudor puede consignar sin la necesidad previa de ofertar en los supuestos que enumera dicho precepto, destacando cuando sean «varios los pretendientes al cobro», en cuyo caso se han de probar los titulares del derecho de crédito. Una razón esgrimida por MARÍN LÓPEZ[78] y que resultó de la STS de 17 de julio de 1997 *(RA* 1997, 216) es aquella de por qué se excluye el ofrecimiento de pago, pues, ante la duda del verdadero acreedor, lo mejor es consignar aclarando la circunstancia de si está el acreedor ausente, incapacitado o desconocido, si son varios los pretendientes a cobrar o si se extravió el título.

1.4. El ofrecimiento ha de ser incondicional

Este requisito ha sido destacado por CASTÁN-GARCÍA CANTERO[79] cuando señalan que el ofrecimiento de pago, por lo demás, ha de hacerse incondicionalmente. Esta es una doctrina que inicialmente asumió la STS de 27 de noviembre de 1906[80], cuando dejó «sentado el criterio de que el ofrecimiento de pago y consignación no pueden someterse a la condición», lo que ha llevado a la doctrina[81] a considerar que el ofrecimiento de pago es puro, esto es, incondicional. Hemos de advertir que estamos utilizando el término condición no como un elemento accidental del negocio jurídico, pues como hemos señalado la oferta es una manifestación de la voluntad que no debe quedar condicionada a un evento futuro e incierto. A estos efectos CABANILLAS SÁNCHEZ[82] indica que por falta de una regulación unitaria sobre la mora del acreedor, la jurisprudencia y la doctrina han establecido los presupuestos necesarios para que el ofrecimiento de pago sea exacto y regular y para que el acreedor haya cooperado en el cumplimiento facilitando la liberación del deudor. Dichos presupuestos son:

- Tiene que ser incondicional[83]. Así, citando la STS de 27 de noviembre de 1906, «es razón bastante para rechazar el ofrecimiento y consignación si aquel se hace de forma condicional». De tal manera que, relacionándolo con el artículo 1177-2.º, «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago»; y el artículo 1157, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho y la prestación en que la obligación consista». Por tanto, toda oferta para que se repute bien hecha y con efectos jurídicos conlleva la entrega de la cosa debida o el dinero pactado al acreedor o, en su caso, a su representante[84].
- Tiene que hacerse en el momento oportuno y en el lugar y fecha convenida. La STS de 26 de noviembre de 1948 *(RA* 1948, 1273)[85] dispuso que «el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1162 del Código Civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo, y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehúse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que, en razón del sujeto, lugar y tiempo de la prestación regulan el pago, según los artículos 1166, 1169, 1170 y 1171, del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en la sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago»[86]. La prestación ofrecida ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación. Todo ofrecimiento y su correspondiente consignación ha de ser determinada, líquida, exacta y posible, pues de lo contrario puede el acreedor oponerse a la liberación del oferente[87].

La SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 *(RA* 1997, 1182) ha declarado que «la posibilidad de pago por terceros contra la voluntad del acreedor culmina con la incuestionable facultad de acudir a la consignación que regulan los artículos 1176 y sigs. del Código Civil […] y para cuya regularidad la norma exige como presupuesto, a salvo de las excepciones reguladas en el segundo párrafo, el previo ofrecimiento o declaración unilateral por la que el deudor comunica estar dispuesto al inmediato cumplimiento de su prestación e intima al acreedor a que despliegue la actividad precisa para que se produzca el pago y consiguiente liberación del deudor, siempre que, como precisa la doctrina, concurran las siguientes características: a) que se formule incondicionalmente; b) que se haga al acreedor o a un tercero apoderado al efecto; c) que se efectúe en momento y lugar oportunos; y d) que sea íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación».

1.5. Extravío del título de la obligación

El artículo 1176-2.º del Código Civil cita, entre los motivos que eximen la manifestación de ofertar el pago, el hecho de que el título que vincula a las partes se haya extraviado. En este sentido, DÍEZ-PICAZO[88] entiende este supuesto para aquellos casos en que la presentación del título es necesaria para el pago, lo que supone acreditar la legitimidad del acreedor y la correlativa legitimidad del deudor para quedar liberado. MARÍN LÓPEZ[89] encuadra el supuesto en aquellos casos regulados en los artículos 84-87 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH). Así, estando, por ejemplo, ante una letra de cambio extraviada se puede caer fácilmente en un supuesto de doble pago[90]. Para evitar este supuesto, el deudor no opta, sino consigna directamente. Por su parte, CABALLERO LOZANO[91] señala que el artículo 1176-2.º autoriza la consignación sin ofrecimiento previo cuando sean varios los interesados en cobrar y cuando se haya extraviado el título; el segundo supuesto es el caso de los títulos de créditos (letra de cambio o cheque); y ambos se encuadran dentro de la «duda sobre la legitimación de las partes».

Desde mi punto de vista, el último inciso del artículo 1176-2.º del Código Civil está pensado para aquellos documentos en que su presentación es necesaria y, por tanto, el obligado desconoce quién es el tomador. Para evitar esta incertidumbre se puede consignar directamente.

III. LA MORA DEL ACREEDOR: EL ARTÍCULO 1176 DEL CÓDIGO CIVIL

Es criterio generalmente aceptado por la doctrina[92] la existencia de una autonomía conceptual entre la mora del deudor y la mora del acreedor, no siendo

requisito necesario la existencia de la culpa para que estemos ante la *mora credendi*[93]. También se afirma que «las consecuencias de la mora del acreedor no se resuelven en una obligación independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación»[94], o como ha puesto de relieve CABALLERO LOZANO[95], la mora del acreedor «es una vicisitud que se presenta en el cumplimiento de las obligaciones, cuando el acreedor no colabora oportunamente con el deudor en la medida necesaria para que tenga lugar la realización del programa de prestación establecido».

La mora del acreedor tiene su origen en el Derecho romano. El acreedor incurría en mora (*mora creditoris*) si no aceptaba la prestación en el tiempo en que era efectuada por el deudor[96]. El mecanismo era más o menos el descrito hasta ahora: el deudor ofrecía al acreedor el cumplimiento de la *res debida* (D. 18,1,3,4). Si el deudor, para ejecutar el cumplimiento, necesita la intervención del acreedor, este deberá cooperar, pero si estaba señalado un término con respecto al pago, bastaba una oferta verbal (D. 18,6,5). Si el acreedor rechaza la prestación o descuida su aceptación sin justa causa, cae en *mora creditoris* (D. 46, 3,72). Ante la mora del acreedor, el deudor no quedaba liberado de su responsabilidad. En el Derecho justinianeo se requería que el deudor fuera invitado a pagar (*interpellatio*); ya que él no estaba obligado a ofrecerse espontáneamente[97]. En el Derecho intermedio la mora del acreedor y del deudor quedaron en situación de igualdad[98]. Y en el Derecho común se configuró la mora como un concepto unitario, estableciendo que la *mora creditoris* derivaba de la falta de cooperación por parte del acreedor y considerando necesaria la culpa[99].

Fue el Código Civil francés el primer cuerpo legal que asumió la mora del acreedor como una institución errante y oculta[100], basada en el ofrecimiento real y el depósito (arts. 1257-1264), limitando su aplicación al cumplimiento de una obligación de dar o entregar una cosa debida. Las legislaciones que siguieron este criterio son el derogado Código Civil italiano de 1865, el derogado Código Civil portugués de 1857 y el proyecto de Código Civil español de 1851.

Por su parte, el sistema germanico ensayó un nuevo enfoque basado en la mora del acreedor y del deudor. El parágrafo 293 del BGB refleja que el acreedor incurre en mora si no acepta la prestación que se le ofrece[101]. Así, la culpa del acreedor no es un presupuesto necesario para la mora del deudor, pues, según los parágrafos 293-304 del BGB, la mora del acreedor no supone un incumplimiento culposo, sino inobservancia de una carga[102]. Las legislaciones que siguen este criterio son, entre otras, el Código de las obligaciones suizo, el Código Civil griego de 1940, el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación unitaria y uniforme de la mora del deudor, sino ha sido fruto de una línea de jurisprudencia iniciada con la STS de 27 de diciembre de 1892. Sin embargo, nosotros partimos de la STS de 5 de julio de 1944 *(RA* 1944, 941), en la que se consideró que «el

artículo 1176 del Código Civil preceptivo de que el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación, libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido del depósito carece de eficacia jurídica; ya que, tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solveldi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones; pues, como concretamente dice la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1941, obsta a la declaración autorizada por el tan repetido artículo 1124». En esta misma línea están las SSTS de 21 de junio de 1947 (1947, 778) y de 27 de noviembre de 1950 *(RA* 1950, 1833)[103]. Esta última, citando la sentencia de 9 de septiembre de 1941, señaló «que son instituciones diferentes la oferta real de pago y la oferta no seguida de consignación; la primera es base inexcusable de pago liberatorio; la segunda tiene por efecto fundamental el de constituir el acreedor en mora, que en todo caso sería lo que podría ocurrir en este caso». En análogos términos, las SSTS de 1 de diciembre de 1953 (1953, 3152), 12 de junio de 1969 *(RA* 1969, 3425)[104] y 30 de mayo de 1986 *(RA* 1969, 3425)[105]. Esta última declaró que «si bien el comprador cumplió su obligación de pago del precio, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencia conoce por el nombre de mora del acreedor o *mora accipiendi*, toda vez que se cumplen los requisitos que para su ocurrencia viene exigiendo la aludida doctrina, como son una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor, sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento». La STS de 15 de junio de 1987[106] concretó en su FD 6.º que «la consignación, con todos sus requisitos legales, lo que comporta es una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menos alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla».

De la jurisprudencia expuesta deducimos que entre cooperación y mora existe una relación causa-efecto[107]. Ciertamente, la *mora creditoris* existe porque descansa en el aspecto negativo del acreedor (rehusar, negarse o rechazar) ante la oferta del deudor, pues el acreedor ha de cooperar en el cumplimiento de la obligación con base al principio de buena fe[108].

Antes de abordar el tema del fundamento de la mora del acreedor debemos señalar; por un lado, que el cumplimiento de la obligación no puede quedar al arbitrio de una de las partes; por otro, la cooperación no es entendida en el sentido de constituir un deber jurídico para el acreedor, sino en el de ser necesaria para que se pueda cumplir la obligación[109]. Por tanto, estamos ante dos requisitos para que se cumpla la *mora creditoris*: uno, el deudor ha de ofrecer

la prestación conforme a lo pactado; y dos, la conducta del acreedor consiste en la falta de cooperación necesaria para el cumplimiento[110]. En consecuencia, la mora del acreedor se desenvuelve en el campo de las obligaciones, pero no todas las obligaciones le son aplicables a la *mora creditoris*, sino aquellas donde la prestación requiere la cooperación del acreedor. Como ha puesto de relieve CABALLERO LOZANO[111], la cooperación es necesaria en las obligaciones de dar y de hacer, porque el acreedor ha de recibir la *res debita,* que resulta del cumplimiento de la obligación.

El artículo 1176 del Código Civil habla del ofrecimiento de pago y de la consignación, siguiendo el modelo francés de la oferta de pago y depósito, ya que, como ha señalado la doctrina[112], la mora del acreedor descansa en la negativa del acreedor cuando «sin razón» no admite el pago ofertado por el deudor. La nueva regulación sobre el ofrecimiento de pago no recoge todos los supuestos en que se fundamenta la mora del acreedor, sino parte de ellos: a) la negativa del acreedor (*mora solvendi*) impide que el deudor incurra en mora (art. 1176-1.º); b) ante la situación anterior el acreedor soporta los riesgos sobrevenidos de la prestación, salvo los imputables al deudor[113]; y c) el acreedor abonará al deudor los gastos derivados de la conservación y custodia de la cosa (art. 1179), aunque dicho precepto declara que los gastos de consignación correrán por cuenta del acreedor[114]. Junto a estos supuestos derivados del vínculo obligacional, existen otros: la carga de colaboración[115]. La colaboración se entiende de buena fe y necesaria para que el deudor pueda ejecutar la prestación debida[116]. Todo ello nos lleva a configurar la mora del acreedor no como un deber de la prestación[117], sino como una carga que pesa sobre el acreedor a modo de colaboración que libera al deudor de la prestación.

Por tanto, el artículo 1176 del Código Civil presupone la mora del acreedor ante la negativa sin razón a admitir el pago ofrecido por el deudor. Además de otros preceptos aislados, como el caso del artículo 332 del C.Com., los artículos 1185, 1453-3.º, 1505, 1589 y 1590 del Código Civil y el artículo 48 de la LCCH.

IV. EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y LA CONSIGNACIÓN POR UN TERCERO

La cuestión que nos planteamos en este epígrafe consiste en dilucidar si un tercero puede efectuar el ofrecimiento de pago y la consignación. En este sentido, el artículo 1178 del vigente Código Civil dispone que «la consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial», pero nada dice sobre el «ofrecimiento de pago»; que, en principio, podemos entender implícito, pues quien consigna antes ha de ofertar el pago, salvo los casos previstos en el artículo 1176-2.º.

El origen del pago de un tercero está en el Derecho romano[118]. De este modo, el tercero que efectúa un pago a favor del deudor hace a su favor una acción para recuperar la cantidad satisfecha. Esta acción, por lo general, venía ligada a una relación subyacente[119]. Las fórmulas empleadas en Derecho romano son: el pago con aprobación expresa o tácita del deudor (*actio mandati contraria*), el pago con desconocimiento o ignorancia del deudor (*actio negotiorum contraria*), y el pago contra la expresa voluntad del deudor *(actio in rem verso);* y han sido recogidas en el artículo 1158, párrafo 2.º y 3.º del Código Civil[120] mediante las acciones de reembolso, reposición y enriquecimiento[121]. Sin embargo, un sector de la doctrina[122] entiende que las situaciones de pagos ignorados, pagos aprobados y pagos contra la voluntad del deudor, se corresponden con tres modelos básicos: la acción de mandato (el pago se realiza con aprobación expresa o tácita del deudor), disponiendo el *solvens* de una acción contraria de mandato (art. 1158-2.º); la acción de gestión de negocio (cuando el pago reúne todos los requisitos necesarios para poder decir que estamos ante un gestor de negocio), artículo 11158-2.º; y la acción de enriquecimiento (cuando el *solvens* no reúne los requisitos necesarios para calificarlo de gestor), artículo 1158-3.º. En la época del *ius comune* fue polémica la cuestión de si el tercero tiene legitimidad para pagar y, por tanto, para ofrecer el pago[123]. Fue en el periodo de la codificación y de la mano de la doctrina francesa y alemana, las que se inclinaron a favor del aforismo «quien puede pagar puede ofertar». En nuestro Código Civil, artículo 1158, se habla del pago por un tercero, pero este no puede ser ofrecido por él mismo, mientras que el artículo 1177-2.º habla del tercero a los efectos de consignar, pero no lo autoriza para el ofrecimiento de pago. La doctrina española está dividida en aquellos a favor[124], es decir, que otorga legitimación a un tercero en fase previa, y en aquellos que, con diferentes matices, consideran que le falta legitimación al tercero o estamos ante una prestación personalísima que impide ofrecer el pago por él[125]. Nosotros estamos con la doctrina que comparte la legitimación del tercero a los efectos del ofrecimiento de pago y consignación. Así, la STS de 23 de marzo de 1929[126] declara «que el artículo 1176 del Código Civil no debe ser interpretado literalmente, en el sentido de que haya de ser necesariamente el deudor quien haga la consignación, porque siendo esta una forma de pago, cualquier persona puede consignar, tenga o no interés en la obligación y su cumplimiento, según preceptúa el artículo 1158 del Código Civil»[127].

El artículo 1178, antes de la modificación operada por la LJV, no aludía al tercero, sino que la consignación se depositaba ante la autoridad judicial por quien acredite la oferta y el anuncio. Este precepto tiene su antecedente legislativo en el artículo 1099 del Proyecto de Código Civil de 1851, que, a modo de refundición, parece haber recogido el artículo 1175 del anteproyecto de 1882-88, del que resultó el artículo 1178 hasta su modificación. En opinión de BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN[128], comentando el mencionado

artículo 1178, estamos ante un «acto de jurisdicción voluntaria sin regulación expresa en la LEC»; por su parte, INFANTE RUIZ[129] aprecia que en los métodos previstos en el modificado artículo 1178 cabe hablar de una doble función: aclaratoria (la consignación se hará ante la autoridad judicial), y reguladora (la consignación es la que libera al deudor); así, citando la STS de 30 de noviembre de 1990 *(RA* 1990, 9219), destacó que los depósitos materiales o ante otra persona, solo tienen la consideración de ofrecimiento de pago. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ[130] comenta como posibles métodos de consignación el judicial, el notarial y el tercero, optando en la regulación anterior por el método judicial, que calificó de acto de jurisdicción voluntaria. El vigente artículo 1178 del Código Civil ha optado por el doble modelo de consignación: judicial y notarial, remitiéndose a los artículos 98 y 99 de la LJV y el 69 de la LN. En ambos supuestos se regulan los trámites judiciales y notariales. Hemos de tener en cuenta que el ofrecimiento de pago debe preceder a la consignación, salvo los supuestos previstos en el párrafo 2.º, del artículo 1176 del Código Civil, de tal forma que, si no hay oposición a la oferta la consignación, se entiende como pago o cumplimiento de la obligación y se deberá ejecutar conforme a lo dispuesto en el artículo 1157[131], que dice «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista». Por otro lado, el artículo 1180 del Código Civil, en relación con los artículos 99-3.º y 4.º de la LJV y 69-4.º de la LN, si resulta que el acreedor acepta la consignación o se dicta resolución judicial o acta notarial de que está bien hecha, en este caso el deudor quedará liberado; si el acreedor, por el contrario, se opone al pago por entender que no cumple los requisitos del artículo 1176, o el juez no la declara bien hecha, o, en su caso, el notario, se procederá al archivo del expediente; por último, puede darse el supuesto de que el deudor retire la cosa consignada antes de que el acreedor acepte o se dicte resolución judicial o, en su defecto, acta notarial, y en este caso subsiste la relación obligatoria[132].

El procedimiento descrito es para cuando lo ejecuta el deudor. Pero puede ser de aplicación a un tercero, ya que el artículo 1158 del Código Civil regula el pago por un tercero en los términos siguientes: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor»; añade el párrafo 2.º: «El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, al no haberlo hecho contra su expresa voluntad»; y sigue el párrafo 3.º: «En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

La jurisprudencia, con claridad meridiana, ha declarado el contenido del repetido artículo 1158. Así, la STS de 29 de septiembre de 2005 *(RA* 2005, 184) dispuso que «el artículo 1158 del Código Civil permite a cualquier persona efectuar el pago de la obligación, con independencia de cuál sea la actividad del deudor»; la STS de 23 de julio de 2007 *(RA* 2007, 4704) en su FD. 3.º

estableció «el artículo 1158 del Código Civil con precedentes en el 1099 del proyecto de 1851 y en la regla, según la cual cualquiera puede pagar por el que no lo sabe, aunque se oponga, del mismo modo que se puede mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad («*solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civil constitutum licere etiam ignorantis et inviti meliorem conditionem facere*»; Digesto 46,3,53), se contempla un pago efectuado por «cualquier persona» que no sea el deudor, según la STS de 4 de noviembre de 2003 *(RA* 2003, 8018); la STS de 20 de diciembre de 2007 (2007, 9055) declaró en su FD 4.º: «Cuando es claro que el indicado precepto del artículo 1158 del Código Civil se aplica a supuestos de pago por tercero en los que el deudor ignora el pago, e incluso lo desaprueba expresamente, según se desprende inequívocamente del mismo texto normativo, y nunca ha sido puesto en duda ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1979 *(RA* 1979, 811); 23 de octubre de 1991 *(RA* 1991, 7484); 8 de mayo de 1992 *(RA* 1992, 3892); 18 de diciembre de 1997 *(RA* 1997, 8819); 5 de marzo de 2001 *(RA* 2001, 2564); 18 de diciembre de 2002 *(RA* 2002\2091)». Mientras, la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 *(RA* 1997, 1182) estableció la siguiente doctrina: «La posibilidad de pago por tercero contra la voluntad del acreedor culmina con la incuestionada facultad de acudir a la consignación que regulan los artículos 1176 y sigs. del Código Civil […] y constituye el presupuesto esencial para el pago por tercero en una obligación ajena (STS de 4 de noviembre de 2003, *RA* 2003, 8018)».

Por tanto, el citado artículo 1158 proclama «el principio de que el pago puede realizarlo cualquier persona ajena a la relación obligatoria al margen del consentimiento del deudor y con independencia de la aceptación del acreedor», mediante el ofrecimiento de pago y consignación en su caso[133]. Así que las consecuencias del pago por un tercero, contemplada desde el punto de vista del acreedor satisfecho, conllevan la extinción de la obligación, pero el pago por un tercero, desde el punto de vista del deudor, puede presentar otras características[134]. Así, la doctrina jurisprudencial a la hora de clasificar el pago por tercero ha seguido un doble criterio: el primero, según la STS de 23 de octubre de 1991 *(RA* 1991, 7484) dice que «la norma configura la intervención pagadora del tercero en tres vertientes: a) que el pago tenga lugar con conocimiento del deudor principal, es decir, en situación de delegación consentida y aprobada, lo que ocasiona que este tercero asuma, con la cualidad de subrogado, la postura de acreedor frente a aquel por el que pagó para ejercitar su consecuente derecho de reembolso, surgiendo así una nueva obligación, toda vez que la originaria quedó extinguida; b) que el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el tercero que ha satisfecho el crédito solo tiene derecho a reembolsarse en la medida de la utilidad efectiva de los pagos realizados, y su *«ratio»* deviene de evitar situaciones de enriquecimiento injusto y c) que la intervención de dicho tercero, satisfaciendo la deuda, lo sea sin conocimiento

del verdadero deudor obligado, que de esta manera ignora que su débito ha sido cancelado, lo que determina solo el nacimiento del derecho a ser reembolsado de lo que abonó, ya que la subrogación expresa queda excluida por mandato del artículo 1159 del Código Civil, aunque cabe la posibilidad de que se dé la presunción de subrogación si el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión y a tenor del artículo 1210-3.º del Código Civil. SSTS de 8 de mayo de 1992 *(RA* 1992, 3892) 16 de marzo de 1995 *(RA*, 1995, 2659); 15 de octubre de 1997 *(RA* 1997, 7465)». Este criterio es seguido mayoritariamente por la doctrina[135]; el segundo, según la STS de 18 de febrero de 1997 *(RA* 1997, 8819), sentó el siguiente criterio: «El Código Civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: primero, la subrogación convencional, si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquel posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1209 y 1159); segundo, la subrogación legal, cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1209); tercero, la subrogación legal, cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o si se expresa contrario a él (art. 1210 1.º y 3.º); cuarto, la subrogación legal, cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1210. 2.º y 1159); quinto, el reembolso por lo pagado, cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1158); y, sexto, la repetición por la utilidad producida, cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158)»[136].

De acuerdo con lo expuesto, nosotros seguimos el primer criterio, que se caracteriza por la subrogación como mecanismo de transmisión, por virtud de la cual, el tercero adquiere el derecho de crédito del acreedor[137]; o, subentra en la misma posición jurídica anterior con todos los privilegios, garantías y demás relaciones accesorias[138]. La doctrina mayoritaria contempla la subrogación como un doble derecho a favor del que pagó una deuda ajena (tercero) que le permite elegir entre la subrogación y el reembolso[139]. Así, el artículo 1209-2.º (subrogación convencional) se produce ante el acuerdo del acreedor y el tercero[140]; la subrogación legal, cuando se dan los requisitos previstos en el artículo 1210 del Código Civil: primero, cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente; segundo, cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación del deudor; tercero, cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento[141]; dos categorías distintas, pero complementarias que recogen el pago de un tercero de deuda ajena en la que si el *solvens* tiene interés en el cumplimiento estamos ante una subrogación legal. En cambio, si el tercero carece del mencionado interés, se opone el deudor al pago o es ignorado dicho pago por el deudor, habrá una subrogación cuando sea autorizada por el acreedor (subrogación convencional). La extinción de la obligación, por virtud de la cual, mediante el pago se extingue la deuda, nace a modo de reembolso a favor del tercero y frente al deudor[142].

La cuantía que puede reclamar el tercero de la nueva relación es la misma que pagó, no así aquella que pueda constar como anterior. Lo que caracteriza esta modalidad de pago por tercero es que decaen las relaciones accesorias. Como hemos apuntado, la acción subrogatoria supone que el tercero queda en el lugar de acreedor y frente al deudor originario; sin embargo, la acción de reintegro es más limitada, pues su derecho contra el deudor es nuevo e independiente del anterior[143]. La acción de enriquecimiento dice que en este supuesto se extingue la obligación anterior y nace en su lugar otra a favor del tercero y frente al deudor. Por tradición histórica esta se suele denominar acción *in rem verso*[144]. De igual modo, se denomina acción de enriquecimiento porque el deudor experimenta un aumento patrimonial[145], sobre la base de un pago, ignorando la voluntad del deudor (art. 1158-3.º); en cambio, el derecho de reembolso al tercero no ha actuado contra la voluntad expresa del deudor (art. 1158-2.º). La STS de 12 de noviembre de 1987 *(RA* 1987, 8397) dispuso que «el pago por tercero ha de ser útil al deudor. La utilidad se tiene en consideración por la jurisprudencia no solo en el caso de que el deudor se oponga al pago, sino también cuando un tercero realice el pago sin su conocimiento o al menos sin su aprobación: «esta Sala tiene sentado que en el pago hecho sin conocimiento expreso del deudor por un tercero, solo podrá ejercitarse la *actio in rem verso,* por este último en cuanto probare que le hubiere sido útil a aquel, pues de otra suerte podría darse estado de validez a un posible y eventual fraude por connivencia dolosa», así las sentencias de 18 de noviembre de 1998 *(RA* 1998, 8412) y 5 de junio de 1991 (1991, 4420)».

V. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Situamos la problemática de la jurisdicción voluntaria en que el artículo 1811 de la LEC-1881 está basado en la no contradicción como elemento esencial de los actos de la jurisdicción voluntaria, pero, si ponemos dicho precepto en relación con el artículo 1817 del mismo cuerpo legal, la moderna doctrina[146] estima la supresión de la contradicción como elemento caracterizador de la jurisdicción voluntaria. Hay que buscar un nuevo criterio diferenciador que resulte satisfactorio.

El artículo 1811 de la LEC-1881, dispuso que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promover cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»[147]. Este precepto tiene su precedente legislativo en un pasaje del jurisconsulto romano Marciano recogido en el Digesto (D. 1,16,2, pr. 1)[148], como en el Derecho de Partidas[149] y de ahí pasó a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881[150]. Que, como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ DE BUJÁN[151], ha dado un amplio debate en la doctrina en

torno a la ausencia de conflictos como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria. En cambio, la vigente LJV, en su artículo 1.2.º, dispone: «Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso». Este concepto difiere del derogado artículo 1811 de la LEC-1881, en que alude a los «actos de jurisdicción voluntaria», mientras que el vigente manifiesta que «los expedientes de jurisdicción voluntaria»; pero, ambos gravitan en un elemento común «la carencia de contienda entre los interesados», cuyo elemento representa nuestra tradición histórica[152]. Este criterio que, en línea de principio, lo corrobora la Exposición de Motivos (I) de la LJV, cuando dice: «Por esa razón ahora se opta […] por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, manteniéndose entre ellos las relaciones naturales de especialidad y subsidiaridad que se producen entre normas dentro de cualquier sistema jurídico complejo.

Su regulación en una ley independiente supone, al mismo tiempo, el reconocimiento de la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídicas-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia».

En Roma la jurisdicción fue competencia de los magistrados y posteriormente de los jueces[153]. Solo estos podían a través de un proceso fingido *in iure cessio*, o por medio de un *decretum*, que se decidiera un pleito consensuado por las partes[154]. En la época clásica la *in iure cesio* era un proceso en donde los comparecientes de mutuo acuerdo se sometían a la *addictio* del magistrado, pero en la época postclásica este proceso fue perdiendo vigencia como consecuencia de una disociación entre jurisdicción y proceso[155]. Por tanto, los supuestos que requerían una *in iure cessio* finalizada mediante *additio*, como aquellos que se perfeccionaban mediante un *decretum*, en la práctica postclásica acabaron denominándose *aurisdictio voluntaria*[156].

Es pacífica la doctrina en considerar que los supuestos de jurisdicción voluntaria tenían el carácter de negocio constitutivo de derechos, la emancipación, la manumisión, la adopción, la posición del heredero, entre otros procesos que concluían con una resolución cuando era necesaria la intervención del magistrado, pues tutelaban el interés público, en cambio, las actuaciones de jurisdicción voluntaria tutelaban el interés privado[157].

El antecedente de lo que hoy conocemos por notarios (*notarii*) o fedatarios públicos, en el Derecho romano se denominaban *tabelionis*[158]. Inicialmente los *tabellio* no tenían la consideración de funcionario, sino de profesionales privados con capacidad para redactar documentos, función consultiva y asesora, asistencia a los tribunales, redacción de instancias y consignaciones. El uso de su función como *instrumenta publice confecta* data del 472 d.C[159]. Paulatinamente fueron asumiendo competencias propias de la jurisdicción voluntaria. Por otra parte,

las Partidas fueron la primera fuente de inspiración tanto de la LEC de 1855, como de la LEC de 1881, regulando el libro tercero los actos de jurisdicción civil (arts. 1811 a 2108), y los actos de negocios mercantiles (arts. 2109 a 2174).

Durante la vigencia de esta ley no fue pacífica la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Así, se ha considerado como una «actividad jurisdiccional»[160]; asimismo, se ha estimado como una «actividad administrativa»[161]; sin embargo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN[162] señala que desde el punto de vista intermedio se han desarrollado fórmulas limítrofes entre «función jurisdiccional» y la «función administrativa»[163]; por último, destacamos aquella que ha sido estimada como una actividad autónoma del Estado que incluye el denominado sistema cautelar o garantista de derechos[164].

Sobre el particular, ha tenido ocasión de pronunciarse la STC de 22 de abril de 1981 (FJ 3.º)[165], que dispuso «las variadas tesis formuladas por la doctrina, de una lado, sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria —desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de derecho privado, atribuida por razones históricas a órganos judiciales— y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de LEC de 1881, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 de la CE. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional». Esta resolución, ante la diversidad de posturas doctrinales, no se decanta por una concreta. Sin embargo, la RDGRN de 8 de mayo de 1995[166] viene a considerar que la jurisdicción voluntaria es una verdadera administración de derechos privados. Dice así: «las actas notariales de notoriedad, reguladas en el Reglamento Notarial, entre las que se encuentran las declaraciones de herederos, pertenecen a la esfera de la jurisdicción voluntaria, caracterizada por la ausencia de contienda u oposición, que hace, según la opinión ampliamente mayoritaria, que esta esfera no constituya una verdadera jurisdicción, sino una cierta función de administración de derecho, realizada por órganos judiciales o no, encaminada a tutelar el orden jurídico, mediante la constitución, aseguramiento y modificación de estados y relaciones jurídicas».

Esta diversidad de actuaciones, FERNÁNDEZ DE BUJÁN[167] la divide en dos categorías: a) aquellas actuaciones de carácter constitutivo de derechos, tutela de menores o incapacidades, y b) aquellas actuaciones que consisten en autenticaciones, legalizaciones, registros, certificaciones; lo que se concreta en: la primera en actuaciones judiciales; la segunda en aquellas de naturaleza administrativa. Esta variedad de órganos para conocer las funciones de la jurisdicción voluntaria nos hace pensar que estamos ante una verdadera jurisdicción, pero con una actividad administrativa.

Ciertamente, así la denomina la doctrina, «jurisdicción voluntaria como actividad administrativa»[168], que se fundamenta en que las resoluciones dic-

tadas están desprovistas de cosa juzgada en sentido formal[169], según recoge el artículo 19-3.º de la vigente LJV, que dispone: «Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexas a aquel.

Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales». De esta forma, para LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA[170] se conoce expresamente el efecto de cosa juzgada formal a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, inherentes a su firmeza o inimpugnabilidad, lo que no quiere decir que las resoluciones que resuelvan un expediente de jurisdicción voluntaria no sean efectivas, pues tienen que ser respetadas, ya que, una vez se agote el proceso y adquiera firmeza, no pueden ser modificados dentro del mismo expediente, que es lo que caracteriza la cosa juzgada formal[171]. Sin embargo, la nueva legislación, LJV recoge en el artículo 19-4.º la cosa juzgada material. Esta cuestión se consideraba hasta ahora dudosa, y consiste en la impulsividad de que otro proceso resuelva de modo contrario las cuestiones ya decididas en un proceso anterior[172]. Así, el mencionado artículo 19-4.º dispone que «la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicta sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

VI. LA CONSIGNACIÓN: INTRODUCCIÓN

La consignación es un mecanismo de liberación del deudor[173]. La *consignatio* surgió en el Derecho romano[174]. Este instituto consistía en un depósito con fines liberatorios a favor del deudor[175]. El depósito es fruto de un largo proceso que se inició con la facultad del deudor de liberarse mediante el abandono del objeto debido[176], pero en la época del emperador Diocleciano es cuando se produce un cambio, en el sentido de que dicho depósito adquiere la consideración de liberación del deudor, es decir, no solo se requiere efectuar el mencionado depósito, sino también se realice en lugar público. Este mecanismo se conservó hasta la época de los compiladores justinianeos, salvo algunas modificaciones. El depósito se realizaba después del ofrecimiento de la *pecunia debida* al acreedor, y si esta es rechazada se procede a la *obsignata*[177].

En el Derecho intermedio el antecedente más destacado está en nuestro Derecho de Partidas (P. 5.ª, tít. 13.º, Ley 38) y (P. 5.ª, tít. 14.º, Ley 8.ª), que supuso un trasunto del esquema romano: *«Otrosí decimos que sería lo mismo,*

si el deudor quisiese pagar el deudo e el otro no lo quisiese recibir; e hisiese afrenta (oblatio) de esto ante hombres buenos, e sellase con su sello los dineros (obsignatio) e los pusiese en guarda de algún lugar religioso o de algún hombre bueno (depositio)». Esta fórmula, además de tomar en cuenta los artículos 1257 a 1264 del Código Civil francés, fue el modelo asumido por el proyecto de Código Civil de 1851 (arts. 1107-1115), que a su vez inspiró el Código Civil de 1888 (arts. 1176-1181), salvo las modificaciones introducidas por la LJV.

1. Concepto y naturaleza jurídica

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de consignación[178], pero si tantas definiciones como autores se han dedicado al tema. Así, la STS de 12 de noviembre de 1973 *(RA* 1973, 4164) estableció que «la consignación es la vía que nuestro ordenamiento prevé para el pago de las obligaciones cuando el acreedor se niega a cobrar»; criterio que ha sido corroborado por la SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 *(EDJ* 2003, 211377). En consecuencia, «ante el desacuerdo entre el deudor y el acreedor para el pago, no puede dejarse al primero a merced de una negligencia del segundo»[179]. Por tanto, existe una vez llegado el vencimiento una oferta de pago, que si es rechazada por el acreedor procede el depósito de la cosa debida. No obstante, la jurisprudencia[180] reitera que la consignación es un mecanismo de liberación del deudor.

En cuanto a la naturaleza jurídica, exponemos de modo sucinto la tesis del profesor CABRERA RAMÍREZ[181]. En este sentido y en atención al doble criterio del depósito, se distingue el depósito que se lleva a cabo en establecimiento destinado a tal efecto (noción contractual) y el depósito ante la autoridad judicial (consignación judicial)[182]. El primero es el criterio predominante en Alemania, Francia e Italia; el segundo es el sistema característico de Portugal, Argentina y España.

La consignación contractual consiste en que el deudor, una vez ofrecido el pago al acreedor, y que este lo haya rechazado, se dirige a un ente o establecimiento de depósito entregando la cosa debida, obligándose dicho ente a su custodia y conservación, además de entregárselo al acreedor cuando se lo pida[183]. CABRERA RAMÍREZ[184] señala, a estos efectos, que de este modo queda configurada la consignación como un contrato de depósito, de lo que el autor extrae tres tipos: «depósito simple», «depósito a favor de tercero» y «depósito complejo». En cuanto al primero, el «depósito simple», el deudor entrega la cosa en el establecimiento para su custodia, pudiendo el deudor retirar el objeto antes de que el acreedor lo retire. Esta teoría presenta el inconveniente de la aceptación del acreedor, pues, si no se efectúa dicha aceptación, el depósito queda en el establecimiento[185]; el segundo, denominado «depósito a favor de terceros», en donde el deudor concierta con el establecimiento un contrato

por cuya virtud entrega un objeto para su custodia y el tercero lo entrega al acreedor cuando se lo reclame, tesis de gran predicamento en Alemania[186]; el tercero, «depósito complejo», conocido como «negocio complejo de depósito y asunción de deuda». Esta construcción consiste en sustituir al deudor por el establecimiento depositario y el acreedor conserva las acciones, de tal manera que estamos ante una asunción privativa en donde queda liberado el deudor y en su lugar queda el establecimiento frente al acreedor[187].

En cuanto a la consignación judicial, esta consiste en que dicha autoridad judicial debe declarar que la consignación está bien hecha, teoría que sigue vigente, pues los artículos 1180 del Código Civil y el 99-5.º de la LJV, declaran que el juez resolverá si la consignación está bien hecha o no.

2. Régimen Jurídico

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) tiene vocación codificadora, pues en ella se comprende un único expediente que abarca la totalidad de los mismos. Por otro lado, se destaca la desjudialización de los múltiples expedientes a desarrollar por jueces, secretarios judiciales, notarios y registradores, lo que se ha venido a denominar «alternatividad» o posibilidad de acudir indistintamente a otros operadores jurídicos para obtener el mismo resultado. Por último, se concibe como un proceso especial e independiente del ordinario en donde la LEC tiene carácter supletorio, es decir, todo expediente tiene sus propias normas de desarrollo, en defecto de ellas, y siempre que no lo contradigan se aplicarán las normas de la LEC[188].

Aun así, la mencionada LJV modificó los artículos 1176, 1177 y 1180 del Código Civil, quedando inalterado el resto de los preceptos que componen la sección relativa al «Ofrecimiento de pago y de la consignación». Sin embargo, su estructura histórica no quedó alterada, pues el mencionado artículo 1176 sigue estableciendo: «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago y se negare, de forma expresa o de hecho, sin razón a otorgar el documento justificativo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación»[189], quedando el deudor excluido del ofrecimiento de pago ante los supuestos de «ausencia del acreedor», que «esté impedido», «cuando sean varias las personas con derecho a cobrar», «esté en paradero desconocido» o «se haya extraviado el título». En estos supuestos se podrán consignar por sí solos (art. 1176-2.º del Código Civil)[190]. En todo caso, procederá consignar en aquellos supuestos en que el cumplimiento se haga más gravoso para el deudor (art. 1176-3.º del Código Civil). La aceptación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha extingue la obligación (art. 1180 del Código Civil).

Esta expresión «estar bien hecha»[191] nos lleva al desarrollo de un proceso previsto en los artículos 98 y 99 de la LJV, actuado con carácter supletorio los

artículos 1.º al 8.º (disposiciones generales) y del 9.º al 22.º (normas comunes de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria). Asimismo, la denominada «actuación notarial» ya que, por lo dispuesto en la Disposición Final Undécima de la repetida LJV, se modificó la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introduciendo un nuevo título (Título 7.º), concretamente en el Capítulo 4.º «De los expedientes en materia de obligaciones», sección 2.ª «Del ofrecimiento de pago y la consignación», artículo 69.

2.1. Competencia

Los artículos 1-1.º y 98-1.º de LJV establecen el objeto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, añadiendo el párrafo 2.º del mencionado artículo 1: «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso». Este concepto viene corroborado por la Exposición de Motivos de la LJV cuando dice: «La Ley define su ámbito de aplicación sobre la base puramente formal, sin doctrinarismos, entendiendo que solo serán de aplicación los preceptos que la conforman a los expedientes de jurisdicción voluntaria que, estando legalmente previsto, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

El artículo 2-1.º de la LJV prevé la competencia de los juzgados de primera instancia o de lo mercantil, siendo competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria. Esta competencia, como ha puesto de relieve LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA[192], es por razón de objeto, es decir, estamos ante el órgano encargado de conocer el expediente. En consecuencia, el artículo 117-3.º de la CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los juzgados y tribunales determinados por ley; el artículo 117-4.º del mismo cuerpo legal determina que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las atribuidas por ley; el artículo 85-2.º de LOPJ atribuye a los juzgados de primera instancia los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley. Por tanto, la LJV les reconoce la competencia objetiva para conocer los expedientes en materia de persona, familia, sucesiones, obligaciones, derechos reales y actos de conciliación. En nuestro caso es materia de consignación (art. 98-2.º de la LJV). En cuanto a los juzgados de lo mercantil, conocerán en materia de sociedades, títulos-valores y contratos mercantiles (art. 86-2.º de la LOPJ).

La competencia territorial viene reconocida en el artículo 2-2.º de la LJV, atendiendo al criterio de determinación en cada caso, sin que se pueda modificar

dicha competencia por sumisión expresa o tácita. Así, para determinar la preferencia en materia de jurisdicción voluntaria debe relacionarse a la regulación específica de cada expediente[193]. Por tanto, la consignación deberá efectuarse ante el juzgado de primera instancia del lugar donde deba cumplirse la obligación y, para en el supuesto de cumplimiento en lugar distinto, será a elección del solicitante. En todo caso, será competente el juzgado del domicilio del deudor (art. 98-2.º de la LJV)[194].

El artículo 2-3.º, apartado 2.º, de la repetida LJV, para cuando no venga atribuida la competencia, se somete a decisión judicial en los casos siguientes: los expedientes que afecten al interés público, sobre el estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. El resto de los expedientes serán resueltos por el secretario judicial.

Por último, el artículo 2-3.º de la repetida LJV, puesto en relación con el artículo 237 de la LOPJ, viene a establecer el principio de impulso procesal, es decir, «el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales»[195].

2.2. Procedimiento

Repasamos que, generalmente, antes de llegar al depósito de la cosa debida, el deudor deberá ofertar lo pactado, si esta es rechazada por el acreedor, el deudor no queda liberado, pero el acreedor cae en *mora solvendi,* procediendo a la consignación judicial o, en su defecto, ante notario hábil, salvo los supuestos previstos en el artículo 1176-2.º del Código Civil en donde opera por sí la consignación.

La nueva LJV destaca como disposiciones de carácter general (arts. 1.º a 8.º) y las normas comunes en materia de tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 9.º a 22.º)[196]. Por tanto, la normativa común es de aplicación a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo no dispuesto en las normas específicas de la figura jurídica en cuestión, mientras que las disposiciones generales (arts. 1.º al 8.º de la susodicha LJV), se aplican a todos los expedientes sin excepción.

El procedimiento se inicia mediante una solicitud que deberá concretar lo que se pide por la persona legitimada, también podrá iniciarlo el Ministerio Fiscal cuando exista un interés público, como el juez o secretario judicial según sus competencias (art. 14-1.º y 99-1.º de la LJV)[197]. Quien esté legitimado podrá hacer uso de los modelos normalizados que serán facilitados por las oficinas judiciales[198], en los supuestos de que el deudor no pretenda hacerse valer de abogado y procurador, ya que los artículos 14-3.º y 98-3.º de la LJV prevé que no es preceptiva[199].

Con carácter general, el artículo 99-1.º dispone: «El que promueva la consignación judicial expresará en su solicitud los datos y circunstancias de identificación de los interesados en la obligación a que se refiere la consignación, el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, así como las razones de esta, todo lo relativo al objeto de la consignación, su puesta a disposición del órgano judicial y, en su caso, lo que se solicite en cuanto a su depósito.

Asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediere, y en y todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación.

Con la solicitud se habrá de efectuar la puesta a disposición de la cosa debida, sin perjuicio de que posteriormente pueda designarse como depositario al propio promotor».

Con la solicitud se deberá acompañar toda información testifical y los medios de prueba de que se pretenda hacer valer (art. 5 de la LJV). En este sentido, la SAP de Asturias de 21 de enero de 2002 *(EDJ* 2002, 4679) estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de 14 de mayo de 2001, en su FJ 2.º destaca que «se aporta como prueba de la consignación, en lugar del reguardo de ingreso, un extracto de la cuenta bancaria en el que no se especifica la razón del ingreso ni el destino de la cantidad depositada, datos fundamentales para que se estime procedente la consignación y, por tanto, el pago».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16-1.º de la LJV, corresponde a los secretarios judiciales el examen de oficio si se cumplen las normas en materia de competencia objetiva y territorial.

Si la solicitud no reúne los requisitos necesarios, el secretario judicial dictará un decreto que así lo declare y mandará devolver al promotor lo consignado (art. 99-2.º de la LJV). En cambio, si es admitida la solicitud, el secretario judicial, notificará a los interesados la existencia de la consignación, a los efectos de que en plazo de diez días hábiles retiren la cosa debida o, en su caso, formulen alegaciones que estimen oportunas (art. 99-2.º, apartado 3.º de la LJV). Personados los interesados y retirada la cosa debida, el secretario judicial dictará un decreto teniéndola por aceptada, mandando cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicitara el promotor (art. 99-3.º de la LJV). Si en el plazo concedido no se procede a retirar la cosa debida, ni formular alegaciones o rechazar la consignación, se dará traslado al promotor, en plazo de cinco días hábiles, para la devolución de lo consignado, o, en su defecto, que se mantenga la consignación (art. 99-4.º de la LJV). Si el promotor solicita la devolución del depósito, se dará traslado de la petición al acreedor por cinco días hábiles, si lo autoriza, el secretario judicial dictará un decreto acordando el archivo y el acreedor perderá toda preferencia sobre la cosa, como los copromotores y fiadores quedaran libres. Por el contrario, si el promotor insta el mantenimiento de la consignación, el secretario judicial citará al promotor, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados en una comparecencia ante

el juez (arts. 17-2.º y 99-4.º, apartado 2.º de la LJV), de tal manera que el juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la consignación, procederá a resolver mediante resolución si está bien hecha o no (arts. 19-1.º y 99-5.º de la LJV)[200]. La resolución que declare estar bien hecha la consignación, produce el efecto de entregar la cosa debida y la cancelación de la obligación. En caso contrario, subsiste la obligación y se devolverá lo consignado al deudor (art. 99-5.º, apartado 1.º de la LJV). Los gastos ocasionados serán por cuenta del acreedor si fuese aceptada o si se declara estar bien hecha; y, en cambio, serán por cuenta del promotor si fuera declarada improcedente o retirase la cosa consignada (art. 99-6.º de la LJV y 1179 del Código Civil).

3.3. Resolución

En el procedimiento de jurisdicción voluntaria existen dos formas de terminación: la resolución normal y la anormal[201]. Así, el artículo 19-1.º de la LJV prevé que el expediente se resuelva por medio de auto o decreto, según corresponda al juez o secretario judicial, aclarando que dicha resolución se dictará al quinto día de la comparecencia o, si esta no se hubiere celebrado, desde la última diligencia. Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99-4.º, apartado 2.º de la LJV, el secretario judicial citará al promotor, al acreedor y a aquellos que pudieran estar interesados a una comparecencia a celebrar ente el juez. Así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 99-5.º de la mentada LJV, el juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la consignación, resolverá declarando estar o no bien hecha. Por tanto, la resolución adoptará la forma de auto (arts. 245 de la LOPJ y 206-2.º, apartado 2.º de la LEC-2000) y se dictará conforme a los principios de exhaustividad, congruencia y motivación[202]; o sea, tomará la forma de auto cuando el juez resuelva si está bien hecha (art. 99-5.º, apartado 2.º de la LJV), procediendo a la entrega al acreedor de la cosa consignada y se mandará cancelar la obligación, si el promotor lo solicitare. En caso contrario, es decir, si se declara no estar bien hecha, la obligación subsistirá y se devolverá al promotor lo consignado (art. 99-5.º, apartado 2.º de la referida LJV). Salvo dos supuestos: a) según el artículo 99-3.º, cuando comparezcan los interesados y retiren la cosa debida, aceptada expresamente la consignación, el secretario judicial dictará un decreto teniéndola por aceptada, mandando a cancelar la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicita el promotor; b) la otra salvedad es la devolución de lo consignado, pues, previo traslado al acreedor por cinco días, el secretario judicial dictará un decreto archivando el expediente (art. 99-2.º, apartado 2.º de la LJV).

Por otro lado el artículo 20 de la repetida LJV, establece tres medios de impugnación: reposición, revisión y apelación. No obstante, el artículo 20-2.º prevé que contra la resolución definitiva dictada por el juez en los expedientes de

jurisdicción voluntaria podrá recurrirse en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado. El decreto del secretario judicial se podrá impugnar en revisión ante el juez competente. El recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, salvo disposición en contrario (art. 20-2.º, apartado 2.º de LJV). Este precepto, puesto en relación con el artículo 456-2.º de la LEC, corrobora el criterio anteriormente expuesto en el sentido de que la apelación contra los autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos[203].

Por último, en cuanto a la tramitación, se rige por lo dispuesto en los artículos 455 a 467 de la LEC, en donde se distinguen la preparación, la interposición y la contestación ante el juez *a quo,* y la sustanciación y decisión se llevarán a cabo ante el tribunal *ad quem*.

JURISPRUDENCIA CITADA

- STC de 22 de abril de 1981 (n.º 13/1981) *RTC* 1981, 13
- STC de 8 de noviembre de 1983 (n.º 93/1983) *RTC* 1983, 93
- STC de 26 de abril de 1990 (n.º 76/1990) *RTC* 1990, 76
- STC de 18 de octubre de 1993 (n.º 298/1993) *RTC* 1993, 298
- STC de 8 de noviembre de 1993 (n.º 328/1993) *RTC* 1993, 328
- STC de 25 de noviembre de 1996 (n.º 187/1996) *RTC* 1996, 187
- STC de 16 de junio de 1997 (n.º 114/1997) *RTC* 1997, 114
- STC de 20 de mayo de 2002 (n.º 124/2002) *RTC* 2002, 124

- STS de 1 de febrero de 1876
- STS de 27 de diciembre de 1892
- STS de 27 de noviembre de 1906 (JC de 1906, tomo 105, n.º 145)
- STS de 9 de julio de 1941 *(RA* 1941, 905)
- STS de 5 de julio de 1944 *(RA* 1944, 941)
- STS de 15 de junio de 1946 *(RA* 1946, 141)
- STS de 21 de junio de 1947 *(RA* 1947, 778)
- STS de 26 de noviembre de 1948 *(RA* 1948, 1273)
- STS de 9 de enero de 1950 *(RA* 1950, 19)
- STS de 27 de noviembre de 1950 *(RA* 1950, 1833)
- STS de 1 de diciembre de 1953 *(RA* 1953, 3152)
- STS de 24 de mayo de 1955 *(RA* 1955, 1709)
- STS de 12 de junio de 1969 *(RA* 1969, 3425)
- STS de 12 de noviembre de 1973 *(RA* 1973, 4164)
- STS de 8 de febrero de 1975 *(RA* 1975, 417)
- STS de 28 de junio de 1978 *(RA* 1978, 3381)
- STS de 12 de febrero de 1979 *(RA* 1979, 811)
- STS de 7 de noviembre de 1979 *(RA* 1979, 3613)

- STS de 29 de mayo de 1984 *(RA* 1984, 2809)
- STS de 14 de junio de 1984 (ROJ: STS 1226, 1984)
- STS de 20 de noviembre de 1984 (ROJ: STS 1795, 1984)
- STS de 2 de diciembre de 1985 (ROJ: STS 1718, 1985)
- STS de 16 de diciembre de 1985 *(RA* 1985, 6443)
- STS de 30 de mayo de 1986 *(RA* 1986, 3425)
- STS de 15 de junio de 1987 (ROJ: STS 4172, 1987)
- STS de 12 de noviembre de 1987 *(RA* 1987, 8397)
- STS de 30 de noviembre de 1990 *(RA* 1990, 9219)
- STS de 5 de junio de 1991 *(RA* 1991, 4420)
- STS de 23 de octubre de 1991 *(RA* 1991, 7484)
- STS de 8 de mayo de 1992 *(RA* 1992, 3892)
- STS de 16 de marzo de 1995 *(RA* 1995, 2659)
- STS de 26 de marzo de 1996 *(RA* 1996, 2446)
- STS de 10 de junio de 1996 *(RA* 1996, 5456)
- STS de 18 de febrero de 1997 *(RA* 1997, 8819)
- STS de 24 de marzo de 1997 (ROJ: STS 2204, 1997)
- STS de 17 de julio de 1997 *(RA* 1997, 216)
- STS de 15 de octubre de 1997 *(RA* 1997, 7465)
- STS de 18 de diciembre de 1997 *(RA* 1997, 8819)
- STS de 18 de noviembre de 1998 *(RA* 1998, 8412)
- STS de 22 de mayo de 2000 *(RA* 2000, 6275)
- STS de 5 de marzo de 2001 *(RA* 2001, 2564)
- STS de 18 de diciembre de 2002 *(RA* 2002, 2091)
- STS de 4 de noviembre de 2003 *(RA* 2003, 8018)
- STS de 4 de noviembre de 2003 *(RA* 2003, 8018)
- STS de 4 de noviembre de 2003 *(RA* 2003, 8018)
- STS de 29 de septiembre de 2005 *(RA* 2005, 184)
- STS de 20 de febrero de 2007 *(RA* 2007, 9055)
- STS de 23 de julio de 2007 *(RA* 2007, 4704)
- STS de 20 de diciembre de 2007 *(RA* 2007, 9055)
- STS de 9 de mayo de 2008 *(RA* 2008, 2965)
- STS de 26 de mayo de 2011 *(RA* 2011, 3988)

- SAP de Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 1991 (1993): *RGD,* n.º 580-581, pp. 801-803.
- SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 1994 *(AC* 1994, 964)
- SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 *(RA* 1997, 1182)
- SAP de Las Palmas de 20 de febrero de 1998 *(EDJ* 1998, 4470)
- SAP de Huesca de 25 de noviembre de 1998 *(EDJ* 1998, 8666)
- SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2000 *(EDJ* 2000, 18615)
- SAP de Málaga de 20 de febrero de 2001 *(EDJ* 2001, 57139)

- SAP de Burgos de 21 de mayo de 2001 *(EDJ* 2001, 12595)
- SAP de Asturias de 21 de enero de 2002 *(EDJ* 2002, 4679)
- SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 *(EDJ* 2002, 24255)
- SAP de Barcelona de 29 de abril de 2002 *(EDJ* 2002, 50109)
- SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 *(EDJ* 2003, 211377)

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J. (1991). *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia,* dirigidos por José Luis Albácar López, Madrid: Editorial Trivium.

ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones,* 14.ª edición, Madrid: Edisofer.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (1991). Comentario a la STS de 23 de octubre de 1991, *CCJC,* 27: 1045-1056.

— (1996). El pago por tercero, *Extinción de obligaciones,* (dir.) por José R. Ferrándiz Gabriel, *Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid: CGPJ.

ALONSO PÉREZ, M. (1972). *El riesgo en la compraventa,* Madrid: Editorial Montecorvo.

ALLORIO, E. (1963). Ensayo polémico sobre la «jurisdicción» voluntaria, *Problemas de Derecho Procesal,* trad. de Santiago Santis Melendo, tomo 2.º Buenos Aires: Editorial Ejea.

BANACLOCHE PALAO, J. (2015). *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio,* Madrid: La Ley.

BADOSA COLL, F. (1991). *Comentario del Código Civil,* (dir.) por Paz-Ares, Díez Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.

BARCELÓ OBREGÓN, J. (2000). El ofrecimiento de pago, *Carta Civil,* 6: 3-12.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). *El cumplimiento de las obligaciones,* Madrid: Editorial RDP.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, *CCJC,* 5: 1719-1727.

— (1991). *Comentario del Código Civil,* (dir.) por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1991). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 16.º, vol. 2.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

BONDÍA ROMÁN, F. (1993). La subrogación en el crédito, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* Coordinación a cargo del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tomo 2.º, Barcelona: José María Bosch.

BUSTOS VALDIVIA, C. (1994). El pago por consignación, *Boletín del Ministerio de Justicia,* n.º 1709, de 5 de junio de 1994, pp. 147-177.

CABALLERO LOZANO, J. M.ª (1992). *La mora del acreedor,* Barcelona: José María Bosch, Editor.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987). La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan,* Murcia: Secretariado de Publicaciones.

— (1987). La mora del acreedor, *ADC,* 40 (fascículo 4.º): 1341-1422.
— (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil,* Madrid: Editorial Montecorvo.
CABRERA RAMÍREZ, B. (1965-66). Naturaleza jurídica de la consignación y su proceso, *Anales de la Universidad de La Laguna,* 3 (fascículo 1.º): 109-167.
CAMPUZANO TOME, H. (1989). La intervención del tercero en una deuda ajena, *AC,* 3: 3501-3523.
CANO HURTADO, M. D. (2003). *La consignación como mecanismo de liberación del deudor,* Alicante:
CANO MATA, A. (1969). La consignación, *ADC,* 22 (fascículo 4.º): 753-776.
CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho Civil español, Común y Foral, Derecho de Obligaciones,* tomo 3.º, 17.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid: Editorial Reus.
CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1961). El *«favor debitoris»* en el Derecho español, *ADC,* 14 (fascículo 4.º): 835-850.
CASTAÑEDA MUÑOZ, J. E. y OLMEDO, A. (1997). Notas para un concepto de la consignación, *Cuadernos de Estudios Empresariales,* 7: 27-53.
COCA PAYERAS, M. (1995). Voz: *Consignación, Enciclopedia Jurídica Básica,* tomo 1.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
CRISTÓBAL MONTES, A. (1987). Los elementos personales y reales del pago, *RCDI,* 579: 337-411.
DE DIEGO LORA, C. (1952). *La consignación judicial. Estudio teórico-práctico,* Barcelona: Editorial Bosch.
DE RUGGIERO, R. (1977). *Instituciones de Derecho Civil,* traducción de la 4.ª edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, tomo 2.º, vol. 1.º, Madrid: Instituto Editorial Reus.
DEL OLMO GARCÍA, P. (1998). *Pago de tercero y subrogación,* 1.ª edición, Madrid: Civitas.
— (1999). Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar, *ADC,* 52 (fascículo 1.º): 145-208.
— (2012). El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 de mayo de 2011), *ADC,* 65 (fascículo 3.º): 1407-1417.
DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1985). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, Parte general, delito y cuasidelito,* (dir.) por José Luis Lacruz Berdejo y *et al,* vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona: José María Bosch.
DÍEZ-PICAZO, L. (1964). El contenido de la relación obligatoria, *ADC,* 27 (fascículo 2.º): 349-366.
— (1966). *Estudios sobre la jurisprudencia civil,* vol. 1.º, Parte general y Derecho de obligaciones, Madrid: Editorial Tecnos.
— (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias,* 6.ª edición, Pamplona: Thomson-Civitas.
D'ORS, A. (1991). *Derecho Privado romano,* Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra.
FAIRÉN GUILLÉN, V. (1991). Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual), *ADC,* 44 (fascículo 3.º): 941-959.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (1953). *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria,* Madrid: Editorial Iustel.
— (1953). *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano,* 3.ª edición, Madrid: Editorial Reus.
— (2011). *La jurisdicción voluntaria,* 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
— (2015). *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria,* 1.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
FONT BOIX, V. (1967). El Notario y la Jurisdicción voluntaria, *AAMN,* 15: 211-295.
GALICIA AIZPURUA, G. (2006). *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación,* Valencia: Tirant lo Blanch.
GIMENO GAMARRA, R. (1953). Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *ADC,* 6 (fascículo 1.º): 3-80.
GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (2009). Visión notarial de la jurisdicción voluntaria, *RJN,* 70: 115-134.
GONZÁLEZ GARCÍA, J. (1986). Notas para un concepto de carga, *RGLJ,* 42: 179-222.
GONZÁLEZ POVEDA, B. (2008). *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios,* 4.ª edición, actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Pamplona: Thomson-Aranzadi.
HERNÁNDEZ MORENO, A. (1983). *El pago del tercero,* Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
HERNÁNDEZ-GIL, A. (1960). *Derecho de Obligaciones I,* Madrid.
IGLESIAS, J. (1979). *Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado),* 6.ª edición 1.ª reimpresión, Barcelona: Editorial Ariel.
INFANTE RUIZ, F. (2013). *Comentarios al Código Civil,* dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch.
JÖRS, P. (1965). *Derecho Privado romano,* edición totalmente refundida por W. Kunkel, traducción de la 2.ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona: Editorial Labor.
LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al* (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato,* vol. 1.º, 5.ª edición, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Editorial Dykinson.
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1986). Voz: *Pago, NEJ,* 18: 770-784, Barcelona.
LETE DEL RIO, J. M. (1988). *Derecho de Obligaciones. La relación obligatoria en general,* vol. 1.º, Madrid: Tecnos.
LIÉBANA ORTIZ, J. R. (2005). Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria. (A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2005), *REDUR,* 3: 163-182.
— (2012). *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria,* 1.ª edición, Madrid: Iustel.
LIÉBANA ORTIZ, J. R y PÉREZ ESCALONA, S. (2015). *Comentario a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio,* 1.ª edición, Pamplona, Thomson Reuters.
LINARES NOCI, R. (1991). Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *RDP,* 75 (fascículo 3.º): 172-192.
LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. (2015). *Jurisdicción Voluntaria Notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria y Ley de Navegación Marítima,* 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

MALUQUER DE MOTES, C. (1986). Voz: *Ofrecimiento de pago, NEJ,* 18: 430-433, Barcelona.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2011). *Código Civil Comentado,* dirigido por A. Cañizares Laso *et al,* coord. por J. Orduña Moreno *et al,* Pamplona: Thomson Reuters.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones,* coord. por Carlos Martínez de Aguirre, 3.ª edición, Madrid: Editorial Colex.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L. (2013). *De la consignación en Derecho romano y su proyección en el Derecho Civil,* Madrid: Editorial Dykinson.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1988). *Respondere, Postulare, Cavere, Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo,* tomo 6.º, Madrid: Consejo General del Notariado, 303-318.

NART, I. (1951). Pago por consignación, *RDP,* 35: 206-213.

NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (1982). Notas para un estudio sobre la consignación, *RGLJ,* 85 (fascículo 3.º): 179-192.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 6.ª edición, Madrid: La Ley.

PRIETO CASTRO, L. (1956). Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria, *RDP,* 45: 107-116.

PUIG BRUTAU, J. (1986). Voz: *Mora, NEJ,* 16: 645-649, Barcelona.

PUIG PEÑA, F. (1953). Voz: *Consignación*, *NEJ,* Barcelona: Francisco Seix, Editor.

REINO CAAMAÑO, J. (1926). De la consignación, *RGLJ,* 148: 313-321.

ROCA SASTRE, R. M.ª y MOLINA JUYOL, J. (1953). *Jurisprudencia Registral,* tomo 8.º (años 1940-1950), Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

RUBIO TORRANO, E. (1986). Comentario a la STS de 30 de mayo de 1986, *CCJC,* 11: 3697-3705.

SABATER BAYLE, E. (1989). Contribución al estudio de la mora del acreedor, *AC,* 2: 1997-2025.

SERRA CALLEJO, J. (1991). Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *RJE. La Ley,* 2: 1082-1107.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969). Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona: Editorial Ariel.

SEOANE CACHARRÓN, J. (2015). La moderna Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015: objeto, ámbito de aplicación y competencia», *Diario La Ley núm. 8652, Sección Tribuna, 24 de noviembre de 2015, D-440*. 1-7.

TRABUCCHI, A. (1967). *Instituciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos. Sucesiones «mortis causa». Donaciones*. Traducción de la 15.ª edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid: Editorial RDP.

VAQUER ALOY, A. (1997). *El ofrecimiento de pago en el Código Civil,* Madrid: Marcial Pons.

VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal, *RDP,* 69 (fascículo 6.º): 491-514.

NOTAS

[1] *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2015.

[2] ESPIAU ESPIAU, S. (1997): Prólogo a la obra: *El ofrecimiento de pago en el Código Civil,* Madrid, p. 11.

[3] (2008): *Derecho Civil español, Común y Foral. Derecho de obligaciones*, tomo 3.º, 17.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, p. 450; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigido por Albaladejo-Díaz Alabart, tomo 16.º, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, p. 280; PUIG PEÑA, F. (1953): *Voz*: *Consignación, NEJ,* tomo 5.º, Barcelona, p. 190; CABALLERO LOZANO, J. M.ª (1992): *La mora del acreedor,* Barcelona, pp. 159-160; LINARES NOCI, R. (1991): Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, en *RDP,* p. 172. Teoría denominada «declaración de la voluntad», que se caracteriza porque sus efectos jurídicos son *ex voluntate*, por lo que su naturaleza es negociar. *Vid*. VAQUER ALOY, A. (1997): *El ofrecimiento de pago en el Código Civil,* Madrid, p. 34; STS de 26 de marzo de 1996 *(RA* 1996, 2446); y SAP de Madrid de 15 de febrero de 2003 *(EDJ* 2003, 211377).

[4] (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias,* 6.ª ed., Pamplona, p. 607. Aunque el concepto propuesto se puede encuadrar dentro de la teoría de la «declaración de la voluntad», sus partidarios añaden unos requisitos materiales; en análogos términos: EYRÉ VARELA, F. (1946): Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial, en *RJC,* p. 25; y CANO MATA, A. (1969): La consignación, en *ADC,* p. 763.

[5] (1956). *El cumplimiento de las obligaciones,* Madrid, p. 478; SABATER BAYLE, E. (1989): Contribución al estudio de la mora del acreedor, en *AC,* p. 2005; BUSTOS VALDIVIA, C. (1994): El pago por consignación (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales), en *BMJ,* p. 3044; VAQUER ALOY, *op. cit*., pp. 34-35. Teoría que se configura como un «acto jurídico», con efecto *ex lege* y la conducta del deudor está encaminada al cumplimiento de la casa debida.

[6] ROJ: STS 2204, 1997.

[7] DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., p. 607; CABALLERO LOZANO, *op. cit*., p. 164.

[8] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1988): *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil,* Madrid, p. 72.

[9] CABALLERO LOZANO, *op. cit*., p. 165.

[10] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit*., pp. 75-78.

[11] El artículo 1176 del Código Civil de 1882-88 regulaba conjuntamente el ofrecimiento de pago y la consignación. Esta necesidad tiene su antecedente en el Derecho de Partidas (P. 5.ª, tít. 14.º, Ley 8.ª), que recogió el artículo 1107 del Proyecto de Código Civil de 1851, pasando de este modo al artículo 1193 del anteproyecto de Código Civil de 1882-88, quedando definitivamente encuadrado en el artículo 1176 hasta la reforma de la Ley de 2 de julio de 2015, en la que «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida».

[12] BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit*., p. 280.

[13] *Op. cit*., p. 607; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones,* Madrid, p. 170; MALUQUER DE MOTES, C. J. (1986): *Voz: Ofrecimiento de pago, NEJ,* Barcelona, p. 430; LÓPEZ ALARCÓN, M. (1953): El pago por consignación y otras instituciones afines, en *Pretor,* p. 14.

[14] (1991). *Comentario del Código Civil,* tomo 2.º, Madrid, p. 248; CANO HURTADO, M.ª D. (2003): *La consignación como mecanismo de liberación del deudor,* Alicante, p. 248.

[15] *Op. cit*., p. 162.

[16] *Op. cit*., p. 607.

[17] *Op. cit*., pp. 184-185; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit*., p. 479; MARÍN LÓPEZ, *Código Civil Comentado,* dirigido por Ana Cañizares Laso *et al*., (coord.) por Javier Orduña Moreno *et al*., vol. 3.º, Pamplona, p. 8655.

[18] *Vid*. CANO HURTADO, *op. cit*., pp. 250-254.

[19] *Op. cit*., p. 8655.

[20] DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., p. 607; BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit*., p. 280.

[21] MARÍN LÓPEZ, *op. cit*., p. 8655.

[22] SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2000 *(EDJ* 2000, 18615), que estimó en parte el recurso de apelación contra el auto de 25 de octubre de 1999, del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona. El fondo del asunto está en la aceptación por parte de la sala de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1177, la consignación se deberá anunciar cuando existan varios acreedores, (art. 1178) que, por otro lado, queda excusado el deudor de la oferta de pago (art. 1176-2.º). En el presente caso no se acreditó el anuncio previo; sin embargo, se admite la subsanación en los términos siguientes: «ha de aceptarse que ya iniciado el expediente y puesto de manifiesto el defecto de falta de anuncio de la consignación, puede la parte instante subsanar la omisión comunicando que se ha efectuado la consignación».

[23] *Op. cit*., p. 290.

[24] *Op. cit*., p. 609.

[25] (2008). *Código Civil, Comentado y con jurisprudencia,* Madrid, p. 1205.

[26] (1975). Análisis del ofrecimiento de pago y la consignación judicial. Cumplimiento de las obligaciones. Teoría del pago. Ofrecimiento de pago y consignación, en *BMJ*, n.º 1010, p. 3.

[27] *Op. cit*., p. 426.

[28] *Op. cit*., p. 8678.

[29] (1991). *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo 4.º, dirigido por José Luis Albácar López, Madrid, p. 332.

[30] *Vid*. Trabucchi, (1967): *Instituciones de Derecho Civil,* tomo 2.º, traducción de la 15.ª edición italiana, con notas y concordancia al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, p. 68.

[31] BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit*., p. 471; REINO CAAMAÑO, J. (1926): De la consignación, en *RGLJ*, p. 313; DE DIEGO LORA (1952): *La consignación judicial. Estudio teórico-práctico*, Barcelona, p. 9; LETE DEL RÍO, J. M. (1988): *Derecho de obligaciones. La relación obligatoria en general*, vol. 1.º, Madrid, p. 98.

[32] VAQUER ALOY, *op. cit*., p. 19, que afirma que el derecho del deudor a cumplir conlleva evitar el pago de intereses, los riesgos o las hipotecas de garantías reales. Para ello existe la oferta de pago y la consignación, incluso contra la voluntad del acreedor.

[33] VAQUER ALOY, *op. cit*., p. 19; REINO CAAMAÑO *op. cit*., p. 313.

[34] FALZEA, A. (1947): *L'offerta reale e la liberazone coattiva del debitore,* Milán, pp. 33-99, citado por CANO HURTADO, *op. cit*., pp. 183-184. La teoría parte de que el deudor no es que tenga un simple interés en cumplir la obligación, sino que es titular de un derecho a liberarse mediante un depósito liberatorio. La tesis expuesta está fundamentada en los artículos 1236 y 1180 del Código Civil italiano de 1942: el primero autoriza al deudor a rechazar la condonación de la deuda, y el segundo regula el pago por un tercero, que puede ser rechazado por el acreedor. Con ello, CANO HURTADO (*op. cit*., p. 186), citando a FALZEA (*op. cit*., pp. 34-36), señala que los preceptos indicados suponen remedios para satisfacer los intereses del acreedor o del deudor cuando no se haya cumplido la obligación.

[35] VAQUER ALOY, *op. cit*., p. 20, citando a FALZEA, *op. cit*., p. 51, manifiesta que «el deber del acreedor de no agravar la posición del deudor con respecto al cumplimiento […]. Y ello se conecta en la existencia de un derecho del deudor a conseguir mediante el pago su definitiva liberación».

[36] CABANILLAS SÁNCHEZ (1989): La imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de cooperación del acreedor, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan,* Murcia, p. 118; señala que en nuestro ordenamiento jurídico se deduce que, ante la imposibilidad transitoria o definitiva de la prestación por no prestar el acreedor la cooperación necesaria para la ejecución de la prestación por el deudor, será el acreedor el único responsable.

[37] CANO HURTADO, *op. cit.*, pp. 200-202.
[38] *Op. cit.*, p. 21.
[39] *Vid.* CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 191.
[40] CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 197.
[41] *Op. cit.*, pp. 114-115.
[42] *Op. cit.*, p. 42.
[43] *Op. cit.*, p. 606.
[44] CABANILLAS SÁNCHEZ (1988): *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil, Madrid*, pp. 42 y sigs., 72-73; DÍEZ-PICAZO, (1964): «El contenido de la relación obligatoria», en *ADC,* 1964, p. 358; GONZÁLEZ GARCÍA, (1986): «Notas para un concepto de carga», en *RGLJ,* pp. 179-222; VAQUER ALOY, *op. cit.,* pp. 27-29; BADOSA COLL (1991), *Comentario del Código Civil,* tomo 2.º, Madrid, p. 261; y en contra, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en la compraventa,* Madrid, pp. 38-46; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 128.
[45] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 44, define la carga como «una conducta del acreedor que ha de observar en su propio interés para que pueda ejercitar una facultad». Más adelante, añade: «la inobservancia de la carga determina la imposibilidad del acreedor para ejercitar el poder de actuación en qué consiste la facultad»; para VAQUER ALOY, *op. cit.*, p. 27, la carga es «aquella conducta inserta en una determinada institución jurídica no necesaria jurídicamente […] pero que, al mismo tiempo, no constituye un acto discrecional, puesto que su no realización afecta negativamente al infractor. Y no solo produce tal consecuencia negativa, sino que también repercute en el sujeto interesado en dicha conducta».
[46] CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 205.
[47] *Op. cit.*, pp. 471-472.
[48] (1987). La mora del acreedor, en *ADC,* p. 1358.
[49] El contenido de la relación obligatoria, *op. cit.*, pp. 357-358.
[50] CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 200.
[51] *Ibídem*.
[52] (1947): *L'offerta reale e la liberazone coattiva del debitore,* Milán, pp. 33-99, citado por CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 200.
[53] *Op. cit.*, pp. 123-124.
[54] *Op. cit.*, p. 57.
[55] CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 202.
[56] *Begriff unf Wesen der Mora creditoris im österrechischen und im gemeinen Rechte,* Meinz, Wien, 1884, pp. 102 y sigs., citado por Cano Hurtado, *op. cit.*, p. 203.
[57] *Vid.* CANO HURTADO, *op. cit.*, p. 203.
[58] *Op. cit.*, p. 107.
[59] (1973): Della mora del creditore, en *Comentario del Codice Civile*, bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, p. 62.
[60] SAP de Madrid de 15 de febrero de 2003 *(EDJ* 2003, 211377), que sentó el criterio de que «frente al auto de instancia, que no admitió a trámite la solicitud de consignación judicial, la AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y confirma dicha resolución. Antes de la consignación, el deudor actor ha tenido que ofrecer el pago, al acreedor demando. La parte recurrente no ha acreditado el ofrecimiento de pago a favor de la persona a cuyo favor está constituida la obligación. Puesto que no consta liquidada, ni ha desaparecido la sociedad acreedora, por tanto, no puede considerarse ausente, para exonerar a la promovente de proceder al ofrecimiento de la cantidad».
[61] BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op cit.*, p. 280.
[62] *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 159.
[63] *Vid.* La STS de 10 de junio de 1996 *(RA* 1996, 5456).
[64] *Op. cit.*, p. 8652.
[65] *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 123-124.
[66] *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 124-125.

[67] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 107-111.

[68] CASTÁN VÁZQUEZ, El *favor debitoris* en el Derecho español, en *ADC,* 1961, pp. 835-836.

[69] CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 163-164.

[70] *Op. cit.*, p. 608.

[71] STS de 9 de mayo de 2008 *(RA* 2008, 2965).

[72] *Vid.* MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8666. Sin embargo, MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432, entiende la ausencia en sentido vulgar, esto es, en paradero desconocido del acreedor en relación con el lugar del pago, que impide la posibilidad del cumplimiento del deudor.

[73] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 608; MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8666.

[74] *Op. cit.*, pp. 280-281.

[75] *Op. cit.*, pp. 287-288.

[76] *Op. cit.*, pp. 608-609; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 423.

[77] *Op. cit.*, p. 8665.

[78] *Op. cit.*, p. 8667.

[79] *Op. cit.*, p. 452.

[80] JC, 1906, tomo 105, n.º 145; SAP de Palma de Mallorca de 16 de diciembre de 1991, *RGD,* n.º 580-581, p. 802.

[81] CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 452; CABANILLAS SÁNCHEZ, La mora del acreedor, *op. cit.*, pp. 1359 y sigs.; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 93-94: PUIG BRUTAU, voz: *Mora, NEJ,* tomo 16.º, Barcelona, p. 648; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 430; LETE DEL RÍO, J. M. (1988): *Derecho de obligaciones. La relación obligatoria en general,* vol. 1.º, Madrid, p. 100; VAQUER ALOY, *op. cit.*, pp. 93-94; SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 2010; CANO MATA, La consignación, en *ADC,* 1969, pp. 762-765, cita tres supuestos que han de cumplir la consignación, entre ellos está la incondicionalidad, que no supone una condición impuesta, sino una modalidad de pago; SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 *(EDJ* 2002, 24255), que estableció que «la consignación llevada a cabo por la demandada no constituyó un medio liberatorio de pago, al no haber ido precedido del ofrecimiento incondicional de pago, ni haberse efectuado judicialmente».

[82] *Op. cit.*, pp. 1359 y sigs., dice que la mora del acreedor se produce cuando el deudor oferta el pago, añadiendo que el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias ha declarado que para que «el ofrecimiento de pago produzca los efectos previstos en el artículo 1176 y sigs. del Código Civil (*mora creditoris* y consignación) es preciso que se cumplan cuatro requisitos» (STS de 9 de enero de 1950, *RA* 1950, 19).

[83] CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 217, señala que, según el artículo 1108-3.º del proyecto de Código Civil de 1851, el artículo 1258-5.º del Código Civil francés y el artículo 1208-5.º del Código Civil italiano de 1942, son favorables a que el ofrecimiento de pago pueda estar sometido a condición; aunque añade: «esta doctrina puede ser aplicable en nuestro Derecho, pero no hay nada establecido».

[84] *Vid.* la STS de 15 de junio de 1946 (1946, 141).

[85] DÍEZ-PICAZO (1966): *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, pp. 417-418.

[86] *Vid.* la STS de 26 de noviembre de 1948 *(RA* 1948, 1273).

[87] *Vid.* la STS de 9 de enero de 1950 *(RA* 1950, 19).

[88] *Op. cit.*, p. 609; INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 423*;* otro sector de la doctrina; MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432, para quien el extravío del título refleja aquellos supuestos de dudas racionales para el deudor respecto de quien es el verdadero acreedor.

[89] *Op. cit.*, p. 8667; BERCOVITZ Y VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 288.

[90] MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 432.

[91] *Op. cit.*, pp. 181-182.

[92] ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 159; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 244-245; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 738-739; (1985): DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, Parte general, delito y cuasidelito*, dirigido por José Luis Lacruz Berdejo *et al.*, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona, pp. 252-255; PUIG BRU-

TAU, *op. cit.*, p. 648; CABANILLAS SÁNCHEZ La mora del acreedor, *op. cit.*, p. 1384; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 19 y sigs.

[93] CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 245; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 159; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, *op. cit.*, p. 117; SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 1999; STS de 7 de noviembre de 1979 *(RJ* 1979, 3613).

[94] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1384.

[95] *Op. cit.*, p. 9.

[96] JÖRS, P. (1965): *Derecho Privado romano,* edición totalmente refundida por Wolfgang. KUNKEL, traducción de la 2.ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, p. 265.

[97] *Vid.* JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 266; D'ORS, A. (1991): *Derecho Privado romano*, Pamplona, p. 443; Iglesias, J. (1979): *Derecho romano (Instituciones de Derecho Privado)*, Barcelona, p. 470; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 37-49.

[98] *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 21 y 49.

[99] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1376.

[100] *Vid.* CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 49.

[101] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 1379-1380.

[102] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1380.

[103] *Vid.* RUBIO TORRANO, (1986): Comentario a la STS de 30 de mayo de 1986, en *CCJC,* pp. 3697-3705; CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 134-138.

[104] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1348.

[105] *Vid.* RUBIO TORRANO, *op. cit.*, pp. 3697 y sigs.

[106] ROJ: STS 4172, 1987; en análogos términos las SSTS de 14 de junio de 1984 (ROJ: STS 1226, 1984); 20 de noviembre de 1984 (ROJ: 1795/1984); 2-12-1985 (ROJ: STS 1718/1985).

[107] CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 26; SABATER BAYLE (1989): Contribución al estudio de la mora del acreedor, en *AC,* p. 2003, señala que el deber de cooperación supone un presupuesto de existencia de la mora del acreedor.

[108] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1365; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 27.

[109] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 207.

[110] CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 99.

[111] *Op. cit.*, p. 103.

[112] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1356; VAQUER ALOY, *op, cit.*, p. 129; RUBIO TORRANO, *op. cit.*, p. 3701.

[113] Este criterio no está regulado en la vigente legislación, pero es asumido por la doctrina, Albaladejo, *op. cit.*, p. 154; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 217; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 725; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 649*;* MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, p. 430; CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 153.

[114] Este precepto (art. 1179) solo alude a los gastos de consignación, pero CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 184, señala que los argumentos históricos avalan que el acreedor abonará los gastos de custodia y conservación.

[115] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 204 y sigs.

[116] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 205; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 35 y 95, y sigs.

[117] CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 47-50; CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, pp. 125-126.

[118] GAYO 3,174, habla de la fórmula «*solatio per aestet libran*», negocio de carácter formal que permitía liberar a un deudor.

[119] BAYO RECUERO (2000): *Pago del tercero. Subrogación*, Madrid, pp. 31-33, señala que: a) si el *solvens* realizaba un pago consentido por el deudor, estamos ante una relación de mandato, en donde el mandante (deudor) y el *solvens* (mandatario) tienen una obligación de pago. En virtud de esta relación nace, a favor del tercero (*solvens*), una *actio mandati contraria*; b) si el pago era hecho por un tercero con aprobación tácita del deudor, estamos

ante un mandato tácito entre el deudor y el *solvens*, en la que el tercero tiene una *actio mandato contraria;* c) cuando el *solvens* pagaba ignorándolo el deudor, estamos ante la gestión de negocios ajenos *actio negatiorum contraria*. Por último, cuando el pago era contrario a la voluntad del deudor, el tercero carecía de una acción para recurar lo pagado. *Vid*. Del Olmo García, «El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 de mayo de 2011)», en *ADC*, p. 1414.

[120] BAYO RECUERO, *op. cit*., pp. 169 y sig*s*.

[121] *Vid*. DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., pp. 559-560; BAYO RECUERO, *op. cit*., pp. 261-262.

[122] DEL OLMO GARCÍA, *op. cit*., pp. 64-65; HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit*., p. 94, 144-146; BAYO RECUERO, *op. cit*., pp. 97-98; GALICIA AIZPURUA, G. (2006): *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, pp. 21 y sigs.

[123] VAQUER ALOY, *op. cit*., pp. 73-74.

[124] ALBALADEJO, *op. cit*., p. 165; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit*., p. 491; CABALLERO LOZANO, *op. cit*., p. 194; BERCOVITZ y VALLADARES RASCÓN, *op. cit*., p. 285; REINO CAAMAÑO, *op. cit*., p. 316; LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit*., p. 15; EYRÉ VARELA, *op. cit*., pp. 36-37; CANO MATA, *op. cit*., pp. 758-760; DE DIEGO LORA, *op. cit*., pp. 46, 66-65; MALUQUER DE MOTES, *op. cit*., p. 430; LINARES NOCI, *op. cit*., pp. 415-416; BUSTOS VALDIVIA, *op. cit*., pp. 3034-3036; BAYO RECUERO, N. (2000): *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, p. 172.

[125] DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit*., pp. 253-254; NART, I. (1951): «Pago por consignación», en *RDP*, p. 213; VAQUER ALOY, *op. cit*., p. 79; DEL OLMO GARCÍA, (1999): Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar, en *ADC*, p. 190.

[126] JC de 1929, tomo 188, n.º 117.

[127] *Vid*. la STS de 12 de enero de 1943 (1943, 17).

[128] *Op. cit*., p. 293.

[129] *Op. cit*., p. 427.

[130] *Op. cit*., p. 8682.

[131] *Vid*. DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., p. 607.

[132] *Vid*. DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., p. 610.

[133] LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, (2011): *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, Parte general. Teoría general del contrato*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, p. 220; CAMPUZANO TOME, H. (1989): «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, p. 3502.

[134] DEL OLMO GARCÍA, P. (1998): *Pago de tercero y subrogación,* 1.ª ed., Madrid, pp. 25-26.

[135] LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 221; ALBALADEJO, *op. cit*., pp. 145-146; DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., pp. 627-628; HERNÁNDEZ MORENO, A. (1983): *El pago del tercero,* Barcelona, pp. 168-170; CAMPUZANO TOME, *op. cit*., p. 3517; SERRA CALLEJO, J. (1991): Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *RJE*, p. 1085; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1986): voz: *Pago, NEJ*, Barcelona, pp.775-776; BONDÍA ROMÁN, F. (1993): «La subrogación en el crédito», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* Barcelona, pp. 1014-1015; DEL OLMO GARCÍA, *op. cit*., pp. 176 y 234.

[136] *Vid*. BERCOVITZ, Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, en *CCJC,* 1984, pp. 1723-1724; BERCOVITZ Y VALLADARES Rascón, *op. cit*., p. 39.

[137] CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit*., pp. 421-422; DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., p. 557; Albaladejo, *op. cit*., p. 145.

[138] LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit*., p. 221; SERRA CALLEJO, *op. cit*., p. 1089.

[139] HERNÁNDEZ-GIL, A. (1960): *Derecho de obligaciones,* Madrid, p. 294; BERCOVITZ, Comentario a la STS de 29 de mayo de 1984, *op. cit*., p. 1723; DEL OLMO GARCÍA, *op. cit*., p. 234; CRISTÓBAL MONTES, (1987): Los elementos personales y reales del pago, en *RCDI,* p. 363; BAYO RECUERO, *op. cit*., pp. 272-273; VATTIER FUENZALIDA, C. (1985): Notas sobre la subrogación personal, en *RDP,* p. 503; ALBIEZ

DOHRMANN, (1996), El pago por tercero, en *Extinción de obligaciones,* dirigido por José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, Madrid, pp. 90-91. Sin embargo, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 561, aprecia dificultades legales en admitir el sistema opcional en nuestro sistema. En análogos términos, GALICIA AIZPURUA, *op. cit.*, pp. 45-46; HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit.*, p. 215.

[140] STS de 18 de diciembre de 1997 *(RA* 1997, 8819); la SAP de Huesca de 25 de noviembre de 1998 *(AC* 1998, 8666), que dispuso: «Los artículos 1158 y 1159 del Código Civil, en relación con los artículos 1209 y 1210 del mismo cuerpo legal, principalmente regulan los efectos derivados del pago de la deuda por el tercero. De su tenor literal, se desprenden tres tipos de acciones a favor del solvente. En primer lugar, una acción subrogatoria, basada en la misma relación jurídica de la que deriva la deuda, o subrogación legal (no convencional o por acuerdo entre el deudor y el acreedor). Que se produce cuando el deudor aprueba expresa o tácitamente el pago».

[141] SSTS de 29 de mayo de 1984 *(RA* 1984, 2809); 16 de diciembre de 1985 (1985, 6443); 20 de diciembre de 2007 (2007, 9055); SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 1994 *(AC* 1994, 964), dispuso: «El artículo 1210 señala tres casos en los que la subrogación habrá de presumirse por ministerio de la ley, es decir, se establece en este precepto unos supuestos de subrogación legal con efecto automático, independiente de la voluntad de los implicados, atribuido por la ley al pago hecho por terceros en las condiciones legalmente tipificadas»; la RDGRN de 7 de diciembre de 1950, ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL (1953): *Jurisprudencia Registral,* Barcelona, p. 962, en su 5.º considerando, estableció que la subrogación legal, prevista en los artículos 1209 y 1210 del repetido Código, se presume realizada cuando un acreedor pague a otro preferente, o un tercero, no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor y dinero propio del pagador, quien se subrogará *ope legis* en el crédito y derechos a él anexos, sin que el acreedor deba aprobar la subrogación ni se modifiquen las particularidades del crédito transferido, que se adquirirá íntegro o parcialmente, según que se efectúe el pago de una u otra forma, puesto que todas las modificaciones que pudieran introducirse requerirían el consentimiento del obligado, y transformarían la naturaleza de la subrogación, convirtiéndola con convencional».

[142] CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 221; DÍEZ-PICAZO *op. cit.*, p. 557; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 145; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 221; SERRA CALLEJO, *op. cit.*, p. 1087.

[143] CAMPUZANO TOME, *op. cit.*, p. 3510;

[144] LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 221; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 557. STS de 8 de mayo de 1992 *(RA* 1992, 3892).

[145] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 557.

[146] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2001): *La jurisdicción voluntaria,* Madrid, pp. 34-35; GONZÁLEZ POVEDA, B. (2008): *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios,* 4.ª ed., actualizada por Pedro González Poveda y Jorge González Rodríguez, Pamplona, pp. 53-54.

[147] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 34, señala que el artículo 1811 utiliza las expresiones «actos de jurisdicción voluntaria», en otros preceptos hace referencia a «negocios» o «expedientes». No obstante, añade que se ha generalizado la expresión «asunto» para la jurisdicción contenciosa y «negocio» para la jurisdicción voluntaria.

[148] *«Todos los procónsules, tan pronto como hubieren salido de Roma, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones». Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 52.

[149] *Vid.* FAIRÉN GUILLÉN, V. (1991): Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa (El art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual), en *ADC,* pp. 948-949, que detalla en este trabajo las distintas partidas que formaron la jurisdicción voluntaria.

[150] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 33.

[151] *Op. cit.*, pp. 33-34.

[152] LIÉBANA ORTIZ J. R. y PÉREZ ESCALONA, S. (2015): *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, 1.ª ed., Pamplona, p. 50.

[153] FERNÁNDEZ DE BUJAN, *op cit*., p. 57, la *iusrisdictio* supuso el poder de que estaban investidos los magistrados.

[154] MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L. (2013): *De la consignación en Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil*, Madrid, pp. 25-26; LIÉBANA ORTIZ, (2012): *Fundamentos dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria,* Madrid, p. 26.

[155] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., pp. 68-69; LIÉBANA ORTIZ, (2005): Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. (A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2005), en *REDUR*, p. 166.

[156] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., pp. 80-82.

[157] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 82.

[158] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 83, nota al pie de p. 87. Debe su denominación a los primeros documentos en forma de tablillas de madera que recogían los acuerdos o voluntades de partes añadiendo un sello (*sigilatio*).

[159] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 83.

[160] DE MARINI A. (1954): Considerazione sulla natura della giurisdizione voluntaria, en *RDPR*. pp. 225 y sigs., citado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN *op. cit*., p. 97, teoría que parte del interés protegido por la jurisdicción (interés mediato del Estado), y el interés inmediato son los individuos (teoría del interés privado); RAMOS MÉNDEZ, F. (1992): *Derecho Procesal Civil,* Barcelona, pp. 1294 y sigs.; ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, P. (1947): El proceso de jurisdicción voluntaria, en *Separata de la Revista de Derecho Procesal*, donde señala que la jurisprudencia se diferencia de la administración en que la primera actúa en virtud de una pretensión y en defensa del interés particular; la segunda, actúa espontáneamente para fines generales. Por tanto, añade que el proceso nace por una pretensión de parte, es conducido y resuelto por un órgano jurisdiccional y no por la administración. Tesis que en opinión de LIÉBANA ORTIZ, *op. cit*., pp. 167-168, se basa en las *auctoritas* y *potestas* jurídicas de las que está investido el juez, pero añade que no puede utilizarse la *potestas* para diferenciar los actos de jurisdicción voluntaria de los actos administrativos.

[161] GIMENO GAMARRA, R. (1953): Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en *ADC,* p. 14; LIÉBANA ORTIZ, *op. cit*., p. 173, también en *Fundamentos dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, pp. 159-160; BANACLOCHE PALAO, J. (2015): *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid, p. 29; ALLORIO, E. (1963): Ensayo polémico sobre la «jurisdicción» voluntaria, en *Problemas de Derecho Procesal,* traducción de SENTÍS MELENDO, p. 30, teoría que se fundamenta en que la «jurisdicción voluntaria es actividad administrativa, esto es, desprovista de cosa juzgada, por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignada, en cuanto a la competencia a órganos habitualmente jurisdiccionales, es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de la casa juzgada». Es resumen, la pertenencia de la jurisdicción voluntaria a la actividad administrativa no tiene otro valor, sino que está desprovista de eficacia de cosa juzgada.

[162] *Op. cit*., pp. 97-98.

[163] Seguimos en este punto lo expuesto por LIÉBANA ORTIZ, *op. cit*., pp. 60 y sigs., que distingue tres supuestos de jurisdicción voluntaria: la denominada «jurisdicción voluntaria *stricto sensu*», que hemos encuadrado en la denominada «actividad administrativa»; otra, es la «jurisdicción voluntaria administrativa y formalmente judicial», que se fundamenta en la tutela de los derechos privados mediante autorizaciones, homologaciones o documentos jurídico-privados. Apoyan esta teoría CHIOVENDA, J. (1922): *Principios de Derecho Procesal civil,* traducción de J. CASÁIS Y SANTALÓ, vol. 1.º, pp. 363-373, citado por LIÉBANA ORTIZ, *op. cit*., p. 61; SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969): Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, en *Estudios de Derecho Procesal,* p. 635; y, por último, la denominada «jurisdicción voluntaria como administración pública de Derecho privado», basada según sus autores, entre

otros, CALAMANDREI (1930): *Studi sul procedimiento civile,* vol. 1.º, PADOVA, p. 193, citado por LIÉBANA ORTIZ, *op. cit*., p. 63; GIMENO GOMARRA, *op. cit*., p. 11; PRIETO-CASTRO, L. (1956): «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *RDP,* pp. 109-110. Esta tesis se puede definir como una administración pública de Derecho privado; por tanto, estamos ante una actividad reglada, de asistencia y control, que corresponde a la actividad del Estado.

[164] FONT BOIX, V. (1967): El notariado y la jurisdicción voluntaria, en *AAMN,* tomo 15.º, pp. 249-250 y 294. A modo de conclusión señala que la jurisdicción voluntaria no es una verdadera jurisdicción, tampoco es una actividad administrativa, sino una actividad autónoma del Estado caracterizada por una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. (2009): Visión notarial de la jurisdicción voluntaria, en *RJN,* pp. 116-117, sostiene que existe un amplio consenso en la doctrina sobre la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria a notarios, registradores, secretarios judiciales, por lo que la jurisdicción voluntaria no es una jurisdicción; MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1988): *Respondere, Postulare, Cavere*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo 6.º, p. 310, ha acuñado la expresión «Derecho cautelar», en donde se engloba el Derecho notarial, el Derecho registral y la jurisdicción voluntaria como una función autónoma del Estado.

[165] STC 13/1981. Con análogo fundamento encontramos las SSTC 76/1990, de 26-4 (FJ 6.º); 298/1993, de 18-10 (FJ 6.º); 187/1996, de 25-11 (FJ 2.º); 114/1997, de 16-6 (FJ 3.º).

[166] *RJ* 1995, 4094.

[167] *Op. cit*., pp. 100-101.

[168] LIÉBANA ORTÍZ, *op. cit*., p. 53.

[169] LIÉBANA ORTÍZ, *op. cit*., p. 60.

[170] (2015). *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio,* 1.ª ed. Pamplona, p. 186.

[171] GIMENO GAMARRA, *op. cit*., p. 69.

[172] GIMENO GAMARRA, *op. cit*., p. 69.

[173] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, op. cit*., p. 609; LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 360; CANO HURTADO, *La consignación como mecanismo de liberación del deudor, op. cit*., 403; DE DIEGO LORA, *op. cit*., p. 8; COCA PAYERÁS, M. (1995): voz: *Consignación, EJB,* Madrid, p. 1511; BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit*., pp. 471 y 498; CASTAÑEDA MUÑOZ J. E. y OLMEDO, A. (1997): Notas para un concepto de la consignación, en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 7: 27-53.

[174] MARTÍNEZ DE MORENTIN, *op. cit*., pp. 36-37, señala que la consignación ha tenido una larga evolución histórica hasta la codificación en que fue considerada un acto de jurisdicción voluntaria.

[175] CANO HURTADO, *op. cit*., p. 12. Paulatinamente se debilita la facultad del deudor de quedar liberado mediante el abandono de la cosa debida, dando paso al depósito con efectos liberatorios.

[176] CANO HURTADO, *op. cit*., p. 12, señala que inicialmente estaba difundida la práctica del depósito de sumas de dinero o joyas en el templo (depósitos *in aede*). Posteriormente se desarrolla la mora del deudor (*in soluto*) y la mora del acreedor (*in accipiendi*), de tal manera que el ofrecimiento efectuado por el deudor (*oblatio rite falta*) al acreedor y este lo rechaza el deudor no queda liberado, pero el acreedor queda en situación de mora.

[177] MARTÍNEZ MORENTÍN, *op. cit*., pp. 55 y 93.

[178] BUSTOS VALDIVIA, C. (1994): El pago por consignación. (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales), en *BMJ,* n.º 1709, pp. 147-177; NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (1982): Notas para un estudio sobre la consignación, en *RGLJ,* 85 (fascículo 3.º): 179-192.

[179] EYRE VARELA, *op. cit*., p. 22.

[180] SAP de Málaga de 20 de febrero de 2001 *(EDJ* 2001, 57139); SAP de Zaragoza de 15 de abril de 2002 *(EDJ* 2002, 24255); SAP de Barcelona de 29 de abril de 2002 *(EDJ* 2002, 50109).

[181] (1965-66). «Naturaleza jurídica de la consignación y su proceso», en *Anales de la Universidad de La Laguna,* 3 (fascículo 1.º): 109-167.

[182] CABRERA RAMÍREZ, *op. cit*., p. 112.

[183] CABRERA RAMÍREZ, *op. cit*., p. 112.

[184] *Op. cit*., pp. 112-113.

[185] CABRERA RAMÍREZ, *op. cit*., p. 114.

[186] CABRERA RAMÍREZ, *op. cit*., p. 115.

[187] CABRERA RAMÍREZ, *op. cit*., pp. 123-124.

[188] *Vid*. BANACLOCHE PALAO, *op. cit*., pp. 37-44.

[189] *Vid*. la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 1997 *(RA* 1997, 1182).

[190] *Vid*. ALBALADEJO, *Derecho de Obligación II, op. cit*., pp. 163 y sigs.; CANO HURTADO, *op. cit*., p. 408; Auto de AP de Córdoba de 10 de noviembre de 1994 *(RA* 1994, 1293).

[191] CANO HURTADO, *op. cit.,* p. 407, estima que hasta que no se efectúe la declaración de estar bien hecha el deudor puede retirar lo consignado.

[192] *Op. cit*., p. 86; GIMENO GAMARRA, *op. cit*., pp. 38-39; CANO MATA, *op. cit*., p. 767.

[193] LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 91.

[194] LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 94.

[195] LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 146.

[196] BANACLOCHE PALAO, *op. cit*., p. 71.

[197] BANACLOCHE PALAO, *op. cit*., p. 75.

[198] BANACLOCHE PALAO, *op. cit*., p. 77; LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 155, aclaran la clásica distinción entre demanda para juicios ordinarios (art. 399 de la LEC-2000) y la demanda sucinta para juicios verbales (art. 437 de la LEC-2000); en cambio, se usa la expresión «solicitud» para incoar expedientes de jurisdicción voluntaria, acto de petición en sentido técnico-jurídico para iniciar un procedimiento.

[199] El artículo 3-2.º de la LJV prevé la actuación de letrado y procurador para aquellos supuestos en que así lo prevea la ley. Aun cuando no sea requerido por la ley, las partes se podrán hacer valer, si así lo desean. En todo caso, será preceptiva para la presentación del recurso de revisión y apelación.

[200] SAP de Las Palmas de 20 de febrero de 1998 *(EDJ* 1998, 470), declaró que «De lo dispuesto en el artículo 1176 y sigs. del Código Civil, reguladores del ofrecimiento de pago y la consignación como medio de extinción de las obligaciones, se desprenden los presupuestos o requisitos para que la misma se tenga por bien hecha»; SAP de Burgos de 21 de mayo de 2001 *(EDJ* 2001, 12595); SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2003 *(EDJ* 2003, 211377).

[201] LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 168.

[202] LIÉBANA ORTIZ y PÉREZ ESCALONA, *op. cit*., p. 169, estiman que es de aplicación analógica el artículo 218 del LEC a los autos y decretos en cuanto a la exhaustividad, congruencia y motivación.

[203] BANACLOCHE PALAO, *op. cit*., p. 104.

(Trabajo recibido el 18-3-2016 y aceptado para su publicación el 5-4-2016)

DICTÁMENES Y NOTAS

Comentario crítico a un reciente trabajo sobre la fuerza de la primera inscripción en la Ley Hipotecaria de 1861

A critical commentary to a recent paper on the force of the first entry in the Mortgages Act of 1861

por

JOSÉ ANTONIO GARCÍA VILA
Notario

RESUMEN: Este trabajo es un intento de refutación de la tesis sostenida por Celestino PARDO sobre la fuerza de la primera inscripción en la Ley Hipotecaria de 1861. Y trata de hacerlo con los mismos criterios empleados por el autor. Se analizan así, críticamente, el efecto que tenían los títulos no inscritos en los viejos registros; el valor que tras la ley tendrían las inscripciones en los Registros de Hipotecas y el de las primeras inscripciones de títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Mediante su estudio se puede entender que el tercero al que se refiere la Ley no puede ser nunca el que causa la primera inscripción y que el conflicto de títulos es uno de los supuestos comprendidos en el primitivo artículo 34. Con ello se critica directamente la base histórica que pretende tener la denominada tesis dualista del tercero hipotecario. Pero es también, y sobre todo, un intento de refutar la extendida tesis de que es la inscripción en el Registro lo que dota a los derechos reales de eficacia *erga omnes*.

ABSTRACT: This paper is an attempt to refute the view taken by Celestino Pardo on the force of first entry in the Mortgage Act of 1861 by applying the same criteria employed by the author. The paper critically analyses the effect of titles not registered in the old registry; of the value that registrations entries would have had in the Mortgages registry after the law went effect, and of the first registrations of titles prior to the entry into force of the Law. Through his study one can infer that the third party to which the Law refers may not ever be the cause of the first registration entry, and that the conflict of titles is one of the assumptions included in the original Article 34. This paper directly criticizes the historical basis claimed by the so-called dualist thesis. But it is also, and above all, an attempt to refute the widespread view that it is the entry in the registry which gives property rights of effectivens erga omnes.

PALABRAS CLAVE. Tercero hipotecario. Nulidad. Derecho real.

KEY WORDS. Third in mortgage act. Nullity. Property right.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUATRO PROBLEMAS EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y EXPOSICIÓN DE LA TESIS DE PARDO NÚÑEZ.—III. UNA DUDA SOBRE EL CONCEPTO DEL TERCERO EN MORELL Y TERRY.—IV. EFICACIA DE LOS TÍTULOS INSCRITOS EN LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—V. LOS EFECTOS DE LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES CAUSADAS POR TÍTULOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—VI. LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO PROTEGIDO FRENTE A HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES PREEXISTENTES. —VII. LA INSCRIPCIÓN Y SU EFICACIA RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN O NO DEL CARÁCTER REAL AL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN

Acaba de aparecer publicado en la RCDI (año núm. 91, núm. 750, 2015, pp. 1915-1971) un trabajo de Celestino PARDO (en adelante PARDO NÚÑEZ) sobre «la fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria».

En él, con la agudeza y brillantez que le es característica, el autor expone una bien trabada argumentación histórica y sistemática sobre la eficacia de lo que hoy denominamos el asiento inmatriculador en la LH 1861.

A lo largo de las páginas que siguen trataré de exponer (de un modo necesariamente sucinto) la tesis del autor, y, ya con detenimiento, los contraargumentos basados tanto en el estudio de la legislación de 1861 como de las consecuencias prácticas que se siguen de su tesis, pues si *«the proof of the pudding is in the eating»,* nada mejor para entender el sentido de una legislación que ver cómo fue entendida y aplicada. Una ley es, sin duda, un conjunto de proposiciones normativas con un valor «en sí», pero, dirigida la acción normativa a la práctica, es preciso también conocer cómo se realiza la Ley en esa práctica social; no es, por tanto, que también, un problema de desuso o de práctica en contrario sino que quizás (y resalto este «quizás») haya que acabar entendiendo que si nuestra interpretación del texto legal choca con la práctica puede ser que en nuestra interpretación exista un fallo, ya que puede suceder que tengamos todos una cierta dificultad (y el autor insiste en esta idea) para entender desde nuestra perspectiva los conceptos y criterios en que se apoyaba una legislación de mediados del siglo XIX.

Para evitar equívocos, quizás valga la pena ampliar la idea antes expuesta. El autor es consciente del problema que plantea la interpretación de los textos históricos y, especialmente, de la dificultad para acercarse a estos textos con los conceptos propios del momento en que se dictó la norma. Pero los textos legales se dan dentro de una comunidad jurídica que se expresa en unos términos y conceptos y no es descabellado pretender que para conocer el sentido del texto haya que ver cómo se interpreta y aplica por la comunidad a la que va referida[1]. Eso no es obstáculo para reconocer que es perfectamente posible (pero esto habrá que demostrarlo) que ante el cambio profundo que suponía la LH 1861, la comunidad jurídica la recibiera y retorciera para hacerle decir en la práctica algo distinto de lo que el legislador quiso decir. Y esta parece ser la opinión del autor (2015, 1920) cuando indica que «doctrina y jurisprudencia, apelando a la *mens legislatoris*, exigiesen, para lograr la protección del Registro, dos asientos sucesivos (es decir, que concurriese el que consideraban «presupuesto implícito» de que había partido el legislador). O lo que es igual, que el «inmatriculante», inscrito su título, transmitiese de nuevo su derecho y el adquirente lo inscribiese a su favor», pero señalando que, a su juicio esta (re)construcción histórica no puede ser compartida.

PARDO NÚÑEZ hace constar expresamente que el propósito del legislador de 1861 fue completamente modificado por la reforma de 1869, y nace, junto con doctrina y jurisprudencia, una corriente que lleva a la LH 1909, y, posteriormente, a la legislación de 1944. En mi opinión, esta Ley de 1944, si bien se presenta como de «reforma» de la LH vigente, es, en realidad una completa ley de nuevo cuño, en la medida en que desecha gran parte de los presupuestos en que se basaba la LH 1861 y le da un cariz marcadamente monista. No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que es precisamente a partir de esta Ley cuando retoma fuerza la polémica monismo y dualismo hipotecario. Y es que,

precisamente, el trabajo presenta una visión especial del dualismo que define como «monismo inverso»: el verdadero tercero de la LH es el del actual artículo 32, de forma que el tercero del artículo 34 es un tercero para un caso especial.

Pero la afirmación del autor sobre el devenir de la LH 1861 también implica reconocer que el texto legal que llega a nuestro Código Civil es, precisamente, el que deriva de la profunda reforma de 1869 y que es desde esta Ley desde la que debemos contemplar el sentido de los problemas que plantean tanto el artículo 609 como el artículo 1473 del Código.

II. CUATRO PROBLEMAS EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y EXPOSICIÓN DE LA TESIS DE PARDO NÚÑEZ.

1. Cuando se aborda el problema de la eficacia del primer asiento de inscripción en la LH 1861, hay que tratar, al menos, cuatro problemas distintos, pero claramente relacionados:

— la eficacia de los títulos posteriores a la entrada en vigor de la LH 1861.
— la eficacia de los asientos procedentes de las Contadurías de Hipotecas.
— la eficacia de los títulos anteriores a 1863 que causan la primera inscripción, que es el supuesto que de modo principal trata el autor en este trabajo.
— la eficacia del expediente de liberación de cargas y gravámenes, al que el autor dedicó un trabajo denominado «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español» en RCDI, 614 (1993).

2. Si se tratara exclusivamente del primero de los problemas, resultaría que, en realidad, no habría problema; o el problema sería otro distinto, porque en la LH 1861 los títulos posteriores a 1863 jamás causaban primera inscripción. Esta afirmación de que no cabe, en el sistema de la LH 1861, ninguna primera inscripción que se base en un título posterior a la entrada en vigor de la propia Ley resultaba con claridad de su artículo 20 LH, el cual establecía que «también será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave. Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley».

Las dificultades interpretativas que suscitó este artículo llevó a que la Real Orden de 20 de febrero de 1863 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 1863 aclararan que el requisito de la previa inscripción es aplicable exclusivamente a los títulos otorgados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

La consecuencia de ello es que en el caso de que se presentara un título posterior al 1 de enero de 1863 en el Registro de la propiedad, y faltara la previa inscripción a favor del transmitente, se producía, conforme al artículo 20, una falta subsanable[2]. Se trata de la presentación «en el oficio del registro de algún título, cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable» al que se refiere el artículo 42-8.º de la propia Ley. Esa falta se puede subsanar presentando el título anterior a 1863 que permita practicar la primera inscripción y, sobre ella, practicar la del título segundo en el tiempo pero primeramente presentado[3].

Y es que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación francesa o en el Código italiano de 1865, nuestra legislación hipotecaria eleva a principio fundamental del sistema el principio de tracto sucesivo.

Por lo tanto, la tesis dualista sobre el concepto de tercero podrá decir que el artículo 23 LH 1861 (en el que esta tesis basa su fundamentación histórica) no nos dice nada sobre los requisitos de «su» tercero, pero de lo que no cabe duda, en su sistema, es que el tercero de este artículo no puede ser nunca el causante de una primera inscripción: o su transmitente estaba ya inscrito en la Contaduría de Hipotecas o el título adquisitivo de este transmitente era anterior a la entrada en vigor de la Ley, y había que inscribir previamente ese título para poder inscribir el del adquirente posterior a la entrada en vigor de la Ley.

3. A la práctica de la primera inscripción dedica la Ley su título XIV, llamado, sintomáticamente, «De la inscripción de las obligaciones[4] contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley».

Y es a este supuesto al que ahora dedica PARDO NÚÑEZ su atención.

Como señala (2015, 1951), «el problema como veremos radica en la eficacia a reconocer a esas primeras inscripciones en virtud de títulos anteriores a 1863 inscritos en el periodo del año de suspensión o una vez transcurrido este: esto es, sin necesidad de cumplir el requisito del tracto sucesivo ni de constar inscritos en la Contaduría de hipotecas».

La LH 1861, consciente de que, si se basara exclusivamente en los asientos de la Contaduría de Hipotecas, nacería muerta (dada la magnitud de la propiedad no inscrita), y consciente también de que permitir de modo indiscriminado el acceso al Registro de los títulos posteriores supondría una «loca carrera» para el acceso al Registro que perjudicaría los derechos civiles existentes, establece (con un ingenuo voluntarismo demostrado por las sucesivas prórrogas del sistema) un plazo de un año para que pudieran acceder al Registro los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley[5].

Durante este plazo, no regiría el principio de cierre registral del artículo 17 de la ley[6] (art. 35 RH 1861) de forma que sería perfectamente posible que, como consecuencia de ello, en el nuevo Registro aparecieran inscripciones de dominio contradictorias[7]; el conflicto entre estas inscripciones se resolvería ex-

clusivamente con arreglo a la legislación civil y a los efectos que le atribuía al negocio jurídico adquisitivo al tiempo en que este se había producido.

Para evitar los problemas que, de otro modo, se presentarían, se suspende también durante este plazo el juego del artículo 34, al establecer en su párrafo tercero que «lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley»; consiguientemente, un tercero del artículo 34 no podría oponer preferencia adquisitiva alguna derivada de su inscripción (basada, como hemos visto, en una inscripción anterior a la entrada en vigor de la Ley) a un titular anterior a 1863 que inscribiera en plazo y demostrara que su título adquisitivo era anterior al del transmitente del tercero del artículo 34 (más dudas se plantean si era anterior al del propio tercero del art. 34 pero ambos posteriores a 1863[8]).

La Exposición de Motivos de la LH 1861 (en adelante EM) señala que esta parte de la Ley, dedicada a la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la ley, era una «ley distinta e independiente» de la de hipotecas; consideró la Comisión que había que respetar los derechos adquiridos, pero que era preciso no confundirlos con las formalidades que se establecían para conservarlos. PARDO NÚÑEZ recoge, finalmente, las manifestaciones de la Exposición de Motivos sobre el contraste entre el nuevo sistema y el viejo de la Contaduría de Hipotecas que se basaba, teóricamente, en la nulidad de lo no inscrito[9].

Recoge PARDO NÚÑEZ, y me parece fundamental para lo que se dirá más adelante, una parte de la EM[10] que señala[11] que «la pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro. De todos modos, es claro que la inscripción nueva que se haga no debe ser de mejor condición que las hechas oportunamente en adelante y que no puede, por lo tanto, perjudicar a tercero sino desde el día de la inscripción». Pero la EM sigue diciendo, y ello también es importante para lo que luego se dirá, que «respecto a los derechos adquiridos antes de la nueva ley, y que según esta dan lugar a anotaciones preventivas, se establecen reglas precisas para que los interesados puedan obtenerlas, siguiendo siempre el espíritu que prevalece en todo el proyecto».

Concluye PARDO NÚÑEZ (2015, 1994) señalando que, desechada la pena de nulidad, las primeras inscripciones de dominio perjudicaban, por tanto, según la EM, a terceros civiles que descuidasen inscribir sus títulos en plazo.

Pero se pregunta a continuación qué decía la Ley, si esta conclusión que él saca de la EM se correspondía con el texto legal o si, por el contrario, había que esperar a que se transmitiese otra vez el derecho inscrito e inscribiese la adquisición.

Transcurrido el plazo de un año operaba, por un lado, en su integridad el principio de cierre registral del artículo 17 LH; al mismo tiempo, funcionaba también en su integridad el principio de oponibilidad, recogido en esta materia en el artículo 392 LH[12]. La consecuencia de ello, señala, era que el primeramente inscrito vencía a todos los títulos no inscritos[13].

Pero esto era así si el título inscrito era válido. No si era nulo o lo era cualquiera de los anteriores de que trajera causa, incluso inscrito, ya que, recordemos, el artículo 34 tenía su eficacia suspendida.

4. Y aquí introduce el autor, en una interesantísima nota (2015, 1956, nota 36), su posición en cuanto a las causas de nulidad del título.

Para eso es preciso recordar la dicción del artículo 34 LH 1861. Su primer párrafo decía que «no obstante lo declarado en el artículo anterior[14], los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante *en virtud de título anterior no inscrito* o de causas que no resulten claramente del mismo Registro».

Señala PARDO NÚÑEZ que «el título inscrito es anulable pero no por razón de sus propios vicios (vicios intrínsecos) ni de los que le hayan precedido en la cadena de títulos (inscritos) sino en virtud de los vicios generados por títulos no inscritos… La solución legal es también híbrida y así se admite que, contra el 32 (sic, en realidad, debería decir el 23), título no inscrito puede perjudicar a otro inscrito, y, contra el 33, que únicamente resuelve el viciado y nada más que este (no los posteriores que de él traigan causa: 34.1)».

Dicho de otra forma, el título del tercero es nulo no solo cuando lo era el de su causante, o por causas intrínsecas a su propia adquisición, sino que puede ser nulo si existe un título no inscrito anterior al suyo que priva a su disponente del poder de disposición. Esta era la posición de PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (1999, 546), y también la defendí yo analizando lógicamente el concepto de título anterior[15].

En conclusión, nos encontramos con un conflicto entre un título válido no inscrito y uno inválido (y cuya invalidez se debe precisamente a la existencia de ese otro válido anterior) pero inscrito. En el régimen general (arts. 33, 36, 37 y 38 LH) la inscripción no sana las acciones que deriven del propio título inscrito; sin embargo, y creo que esta es la tesis central, señala PARDO NÚÑEZ que «el verdadero problema radicaba en si esa primera inscripción, concluido el periodo transitorio, también purgaría las acciones de anulación que derivasen de otros títulos no inscritos en el plazo de un año», y encuentra la solución al problema no en el texto de la Ley, sino en el artículo 309 RH 1861. Este artículo establece que «dentro del año siguiente al día en que empiece a regir la Ley, se podrán deducir las demandas que procedan, según la anterior legislación, y tengan por objeto o resultado, invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén… Transcurrido dicho plazo, no se podrán interponer tales demandas,

sino en virtud de títulos, cuya inscripción sea anterior a la del que pueda quedar sin efecto, por consecuencia de las mismas demandas».

El artículo 309 RH reconocía así, a juicio del autor, al primer asiento eficacia purgatoria de los vicios de nulidad de que adoleciese el título inscrito cuando derivasen esos vicios de otros títulos no inscritos; reconoce que esta doctrina estaba en oposición con lo dispuesto en el artículo 34 LH, y concluye el autor (2015, 1930) diciendo que «la primera inscripción tendría así mayor fuerza frente a títulos no inscritos que las subsiguientes, las practicadas después, que debían someterse al régimen general del artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria».

La tesis central del autor, por tanto, puede resumirse (entiendo) señalando que la primera inscripción de dominio, basada en un título adquisitivo anterior a la entrada en vigor de la Ley, vence, pese a la nulidad del título derivada de la existencia de otro título no inscrito derivado del mismo causante, una vez transcurrido el plazo de un año, a ese adquirente, también anterior a 1863, que hubiera omitido la inscripción. Y, al mismo tiempo, supone reconocer que en los supuestos de hecho del artículo 34 se contempla el título no inscrito como causa de nulidad del título inscrito, nulidad que salva precisamente el propio artículo 34, si se dan en el adquirente los requisitos que el mismo establecía.

5. Una vez sentada esta tesis central, se ocupa PARDO NÚÑEZ de las acciones resolutorias o rescisorias que procedían con arreglo a títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, a las que se refieren los artículos 347 y siguientes de la LH, y señala que las acciones resolutorias y rescisorias que no se ejerciten en el plazo de un año no podrán ejercitarse después en perjuicio de tercer poseedor (art. 360 LH), entendiendo por tal solamente al que no había sido parte en el contrato del que nacen las causas resolutorias o rescisorias.

Dentro de las acciones rescisorias, destaca la que resulta de una doble venta, supuesto al que dedica una atención especial. Señala que en el régimen vigente a la entrada en vigor de la LH, que era el de las Partidas, en caso de doble venta se atribuía una acción rescisoria al primer comprador, pero que la LH introduce en el artículo 38 una importante innovación al establecer que «no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho: (.) 4.ª. Por la doble venta de la misma cosa cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita».

En conclusión, señala, se atribuyó en caso de doble venta la propiedad al comprador que inscribe (incluso aunque fuese otro primero en la posesión y la conservase cuando plantea la impugnación), siempre que, naturalmente, el primer comprador no hubiese inscrito en el plazo de un año, pues entonces ese comprador tendría un título inscrito que perjudicaría a los inscritos antes y tenía acción para rescindir la venta previamente inscrita, e imponerse a ese titular inscrito. Señala que, tal y como resulta de la glosa de GREGORIO LÓPEZ la Partida 5, 5, 50, para que procediera la rescisoria era precisa la mala fe en el segundo comprador, y que si la LH suprimió en este caso la rescisoria (si el primer comprador no inscribía) fue porque en este caso no importaba nada

que el inscrito supiese de la venta anterior, y, por tanto, aunque fuera de mala fe, ya que, «por mandato expreso del 23 de la Ley, la inscripción es un modo de adquirir como consecuencia de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero» (2015, 1935).

Para entender la posición del autor resulta, a mi juicio, fundamental la nota 78 (2015, 1966). En esta nota se señala que el artículo 34 es una concreción del principio general recogido en el 36 para el caso de que el título anterior (el del otorgante) constase inscrito y por tanto una aplicación singular de la regla del 36. Para protegerse contra las acciones con eficacia anulatoria de terceros no inscritos no basta con ser titular inscrito, sino que debe adquirirse de titular inscrito. La razón es que la nulidad exige mayor protección y por eso se exige, para su ineficacia frente a tercero, que haya asiento previo; para las rescisorias de origen legal del 36 y 38 basta con que el tercero inscriba su título aunque no adquiera de persona que aparezca en el Registro con derecho a transmitir.

6. Después de un interesante estudio de la prescripción del artículo 35, PARDO NÚÑEZ examina el concepto de tercero y la fuerza real del asiento. Considera que «como el título no inscrito no produce efecto frente a terceros, hayan o no inscrito su título, no tendrá nunca eficacia real *erga omnes* (sino solo *inter partes*); esto es, valor equivalente a una simple obligación… sin inscripción no hay derecho real pleno frente a terceros, es decir, ni contra titulares inscritos ni contra titulares no inscritos. Solo la inscripción, según la Ley, es la única capaz de dispensar el efecto real *erga omnes*[16]» y remacha esta idea afirmando un poco más tarde que «si no se inscriben los títulos sujetos a inscripción, que enumeran los artículos 2 y 5 de la Ley, la transmisión no produce efecto real ni siquiera frente a terceros no inscritos», es decir, lo que hoy denominamos «terceros civiles».

Esta eficacia real del asiento de inscripción no es, a su juicio, germanismo de ningún tipo, sino, como resalta la EM, la vuelta al sistema que se deriva de las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana, Felipe V y Carlos III. Como dijo el ministro de Justicia FERNÁNDEZ NEGRETE, en su defensa del proyecto de Ley en Cortes, «la cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25. Es una base esencialísima de la Ley».

Una vez sentado este principio, la conclusión se torna, según PARDO NÚÑEZ, evidente: en tanto no estén inscritos los títulos adquisitivos, «el mapa jurídico de las fincas o propiedades y los derechos constituidos sobre ellas se organizaba como una malla o entramado de relaciones que desconocía una relación directa (Acción real), cara a cara, entre terceros»; entre terceros rivales no hay relación jurídica directa ya que (si sus títulos no están inscritos) carecen de acción real entre sí. Según la Ley, concluye, se convertía en propietario inatacable el que se adelantaba a inscribir, inscripción que no duda en calificar de constitutiva.

Pero, señala el autor, la Comisión deslizó una frase que se convertiría en fatídica para el sistema que se trataba de introducir, o, mejor dicho, restaurar. Según la EM[17], «en el sistema de la Comisión no cabe fijar término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces frente a tercero necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero solo cuando esta haya inducido a otro *por error a contraer* acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

A juicio de PARDO NÚÑEZ, la interinidad en la atribución de la propiedad (sintomáticamente el apartado del artículo comentado se denomina «la propiedad relativa») cesa solo cuando uno de los contrincantes o rivales se adelantaba a inscribir, por lo que solo la inscripción (reitera[18]) atribuye la propiedad y entre tanto no se practique no habrá acción real frente a terceros; pero, continúa diciendo, y con ello termina, el párrafo final de la EM antes transcrito fue ganando fuerza y entenderse que la exigencia de buena fe era aplicable a todo adquirente (aun los inscritos); esta exigencia es la que, conculcando el pensamiento original del autor de la LH 1861 llevará a que el 38.4 caiga en el olvido, y el 34 de la Ley acabe comiendo gran parte del terreno al 23 arrebatándole su fuerza constitutiva.

III. UNA DUDA SOBRE EL CONCEPTO DEL TERCERO EN MORELL Y TERRY

1. En 1921 MORELL Y TERRY[19] publica un interesante trabajo sobre la cualidad de tercero en la Ley Hipotecaria de 1909, en el que defiende lo que hoy denominaríamos un «tercero dualista»[20], es decir, un tercero que existe y cuya inscripción produce todos sus efectos sin necesidad de que conste previamente inscrito el título de su transmitente[21]. Sin embargo, el autor termina su trabajo con una reflexión que es preciso transcribir. Escribe el autor[22] «terminado este estudio, o la serie de reflexiones que nos ha sugerido el examen del tercero en la Ley Hipotecaria, no queremos dejar de consignar cierta duda que nos ha asaltado al escribirle.

Cabe en el artículo 27 una interpretación en que hasta ahora no habíamos pensado, *que no la hemos encontrado en otros estudios*[23], y que en parte pudiera conciliar las opuestas tendencias de que nos hemos ocupado, en cuanto al concepto de tercero.

Al decir la ley que son terceros los que no han intervenido en el acto o contrato *inscrito*, parece suponer que, *necesariamente*, existe ya con anterioridad, un acto o contrato inscrito, para calificar el tercero a partir de él, y siendo así, el concepto del tercero ha de estudiarse con relación a ese acto o contrato primero. El que no fue parte en tal acto e inscribe después, es en tal caso el verdadero tercero que perjudica. *En su consecuencia, el tercero debe siempre*

resultar por terminante exigencia del artículo 20, aquel que adquiere de persona que según el Registro tiene derecho para transmitir».

Y se pregunta «¿Sería esto lo que quiso decir o establecer el artículo 27?». Y concluye, «presentamos, pues, la expresada interpretación, como algo digno de estudio, pero en modo alguno claro o conveniente».

2. Recordemos que MORELL Y TERRY escribe bajo la redacción del artículo 20 introducida por la reforma de 1909[24].

La consecuencia del sistema legal de 1909 es el siguiente:

— libre acceso (califico de libre acceso el que el título pueda causar directamente y por sí solo la primera inscripción) de los documentos anteriores a 1 de enero de 1863, y sin limitación alguna de efectos contra tercero[25].
— libre acceso de los documentos anteriores a 1 de enero de 1909 aunque el derecho del transmitente no conste en ningún otro documento, con la limitación de efectos contra tercero hasta transcurrido el plazo de dos años.
— acceso de los documentos posteriores a 1 de enero de 1909, siempre que el transmitente justifique con documentos fehacientes[26] la adquisición anterior a dicha fecha, con la misma limitación de efectos contra tercero.
— por el contrario, todos los documentos posteriores a 1 de enero de 1909 que no se apoyen en un documento fehaciente de fecha anterior, han de estar basados en una inscripción anterior de un título que, por definición, ha de ser anterior a dicha fecha, ya que, de otro modo, el Registrador no procedería a la práctica del asiento, pudiendo tomarse anotación preventiva.

En la sistematización de los supuestos de inmatriculación en virtud de título público de adquisición he alterado conscientemente el orden que establece el artículo, pues, como hemos visto, el artículo parte de que el supuesto esencial es el del requisito del tracto sucesivo. Dirigida la Ley hacia el futuro, resulta normal que contemple en primer lugar los títulos que se generen a partir de la entrada en vigor de la misma. Y lo hace denegando el acceso al Registro si no consta previamente inscrito el derecho de su transmitente. Es a partir de aquí cuando la Ley y el Reglamento desgranan las excepciones al sistema fundamental.

3. Pues bien, este principio de la vigencia del tracto sucesivo aparece con mayor claridad si cabe, como ya he señalado, en el artículo 20 de la LH 1861.

En el sistema legal de 1861, los títulos que nazcan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley no podrán ser inscritos si el derecho de su transmitente no consta ya inscrito en el nuevo Registro, o en la Contaduría de Hipotecas o si, tratándose de un título anterior a la entrada en vigor de la Ley y todavía no inscrito, no se presenta para su inscripción. Fuera de esos supuestos, los títulos posteriores solo pueden acceder por la vía subsidiaria de la inscripción de posesión (arts. 397-410 LH).

La consecuencia de la aplicación rigurosa del principio de tracto sucesivo para todos los títulos posteriores a 1863, tiene consecuencias evidentes, intuidas por MORELL Y TERRY.

Como he señalado anteriormente, en la LH 1861 ningún título posterior a 1863 (fecha de su entrada en vigor) podía causar una primera inscripción de dominio, ninguno de ellos podría ser un título inmatriculador[27].

Resulta, pues, llamativo que todos los autores que a partir de 1944 defiendan el sistema dualista, entendiendo que el tercero del artículo 32 puede ser un inmatriculante, se remitan al artículo 23 de la LH 1861.

El artículo 23, al establecer que «los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero» es una norma que se dicta para el futuro, para todos los actos que nazcan a partir de la entrada en vigor de la Ley. Pero del artículo 20 resulta, como ya he señalado, que no puede haber «tercero» que inscriba si el derecho de su transmitente no constaba ya inscrito en el Registro de la propiedad o se inscribe (siempre que sea anterior) simultáneamente[28].

Es preciso reiterar que en ningún caso el tercero del artículo 23 de la Ley puede ser lo que hoy denominamos un inmatriculante, porque ningún título posterior a 1863 puede por sí solo causar un primer asiento de inscripción.

Pero, como ya he señalado, si los títulos posteriores tuvieran que apoyarse siempre en un título anterior inscrito, esto solo podría suceder si el dominio constase en la Contaduría de Hipotecas.

De mantenerse a ultranza este principio, la Ley Hipotecaria habría nacido muerta, ya que en el viejo sistema registral no se recogía la mayor parte de la propiedad inmobiliaria.

Precisamente por eso se dedica todo un título (que, como he dicho, se califica por la propia EM como una ley distinta e independiente) a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley (Título XIV), porque en la inmensa mayoría de los casos es este título el que va a ocasionar la primera inscripción.

Creo que PARDO NÚÑEZ es consciente (aunque no lo explicite) de que el artículo 23 solo puede tener efecto si hay un previo derecho inscrito, y precisamente por eso desplaza su estudio a la inscripción de los títulos anteriores a 1863, que son los que pueden causar la primera inscripción.

Dado que no puede haber ningún título posterior a 1863 que cause por sí primera inscripción, la eficacia que haya de darse al artículo 23 la predica de los únicos supuestos en que cabe primera inscripción, que son, precisamente, y con la excepción de los asientos en la Contaduría de Hipotecas, los casos de inscripción de los títulos anteriores. El artículo 23, así, «desplaza» su peculiar eficacia a los títulos anteriores, ya que, en cuanto a los posteriores, y en cuanto que apoyados en un título anterior ya inscrito, resultaría enormemente difícil predicar unos requisitos del tercero del artículo 23 distintos de los del tercero del artículo 34.

La primera conclusión que de todo ello puede sacarse es que, para el autor, el artículo 23 LH 1861 brinda una especial protección a los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, no inscritos, y que se inscriben al amparo de las disposiciones, que se pensaban transitorias, de la propia Ley.

IV. EFICACIA DE LOS TÍTULOS INSCRITOS EN LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. Sin embargo, antes de entrar en el estudio específico de la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la LH 1861 hay que realizar un examen de la eficacia de los títulos ya inscritos en las viejas Contadurías de Hipotecas.

Y ello, en primer lugar, porque su estudio nos va a brindar una magnífica ocasión para entender el artículo 34 LH 1861; en segundo lugar, porque PARDO NÚÑEZ centra su tesis sobre eficacia de la primera inscripción precisamente en un artículo del RH dictado para estos casos de asientos en las Contadurías y, en tercer lugar, porque parece sensato entender que las primeras inscripciones posteriores a la LH 1861 no deben producir más efectos que los asientos ya existentes.

El Título XV de la LH 1861 («De los libros de registro anteriores a esta Ley y su relación con los nuevos») es de una gran parquedad. Apenas regula el cierre de los libros de registro existentes en las Contadurías de Hipotecas y el traslado de sus asientos a los nuevos libros del Registro.

Es en el Reglamento Hipotecario[29] (Título XIII, «Del efecto de las inscripciones hechas en los antiguos registros») donde nos encontramos una verdadera regulación sustantiva.

El principio básico es el establecido por el artículo 307 al señalar que «las inscripciones en los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley bajo pena de nulidad, y no se llegue a trasladar a los nuevos registros»[30].

El artículo 308 tiene una compleja redacción. Señala este artículo que «la disposición del artículo 34 de la Ley será también aplicable a los títulos inscritos en los antiguos registros, respecto a los anteriores que no se inscriban en el plazo señalado en el artículo 389 de la misma, y también en cuanto a aquellos que, inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción».

Esta redacción es compleja, pero interesantísima.

En primer lugar, establece la aplicación del artículo 34 de la nueva Ley a los asientos contenidos en las Contadurías. Esto es ciertamente llamativo porque nada en la regulación de las Contadurías podía hacer pensar que en ellas tenía

vigencia el principio sentado posteriormente por el artículo 34, al menos como salvador de ineficacias derivadas de nulidades del título anterior o de circunstancias resolutorias que no constasen inscritas.

Y es que, tal y como resulta de la propia redacción, la finalidad del artículo es establecer (y limitar) la eficacia del artículo 34 exclusivamente respecto a los títulos anteriores no inscritos que no se inscriben en el plazo de un año o que, inscritos en ese plazo, «deban surtir su efecto solamente desde la fecha de la inscripción»[31]. En definitiva, reconocer que uno de los supuestos de hecho contemplados por el artículo 34 es precisamente que exista un título anterior no inscrito, que es inoponible al título inscrito.

Pero este es precisamente el supuesto de hecho contemplado por el artículo 23 de la Ley.

PARDO NÚÑEZ, como ya he señalado, reconoce que este (el problema que se deriva de la existencia de un título no inscrito otorgado por el titular registral que después transmite al tercero) es uno de los supuestos contemplados en el artículo 34.

El artículo 308 del RH aplica este principio a todos los títulos anteriores a los inscritos en las Contadurías si aquellos no se inscriben en el plazo de un año (o, inscritos en plazo, son de aquellos que solamente surten efectos desde la inscripción). En consecuencia, el artículo 308 aplica los efectos del artículo 34 a un supuesto no previsto en el mismo: el artículo 34 exige la previa inscripción del título del transmitente para que su tercero pueda desconocer y prevalecer sobre el título anterior al suyo y derivado de su mismo transmitente; el artículo 308 RH permite al titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas desconocer el título anterior al suyo si este no se inscribe en plazo.

2. NÚÑEZ LAGOS[32] fue el autor que defendió que el artículo 34 LH 1861 fue una innovación que se introdujo cuando se estaba discutiendo la LH 1861, y sin antecedente alguno. Esta tesis ha sido combatida por JIMÉNEZ PARÍS[33]. Pero el artículo 34 de la Ley fue, en cualquier caso, una «innovación»[34] enormemente meditada. CÁRDENAS (1871, 170) señala que este artículo fue «el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la ley». Como continúa diciendo, «su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que tiene su título inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a *resolverse en virtud de título no inscrito* (cursivas mías) en el tiempo en que contrató o de causas que no resultaran del mismo registro. Al acordarlo así la Comisión se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución si no era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas. En vano se suprimirían las hipotecas tácitas y otros gravámenes ocultos si el adquirente de un derecho inscrito a favor suyo y de su causante había de quedar expuesto a las resultas de un litigio entre este y un tercero que no hubiese inscrito oportunamente su título, pero que sin embargo

lograra vencer con él a su contrario en juicio, por no haber perdido su fuerza entre las partes. Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente» (1871, 171).

Resulta, pues, que CÁRDENAS considera, al explicar el sentido del artículo 34, que el motivo fundamental del mismo es dar aplicación al principio de que lo no inscrito no perjudica al tercero[35].

Reitera esta idea en el informe (Apéndice XIX de la Memoria) sobre el modo de inscribir los títulos anteriores a la publicación de la Ley Hipotecaria. En las páginas 534-535 hay una referencia específica al artículo 34 de la Ley, al señalar que «entre el derecho del *propietario despojado* que no inscribió, pudiendo y debiendo hacerlo, y el del tercer adquirente de buena fe que cumplió con esa formalidad no será nunca justo optar por el primero en perjuicio del segundo, lo cual es el fundamento de la disposición contenida en el referido artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Ya no es, por tanto, que GÓMEZ DE LA SERNA interprete, él solo, y basado en su «visión romanista», que el principio de que lo no inscrito no perjudica a lo inscrito tiene como base el supuesto de que se adquiera de titular inscrito y de buena fe[36], sino que el propio CÁRDENAS, considera esta idea como el fundamento del artículo 34.

Para lo que diremos más adelante, interesa destacar ahora dos términos usados por CÁRDENAS: el título no inscrito podría ser causa de «resolución» del inscrito que deriva de titular registral, y que el artículo 34 supone una «privación» de un derecho a quien sería «propietario» conforme a la legislación civil.

En la cita que hacía antes de PÉREZ PEDRERO y SIDRO Y SURGA he destacado cómo usaban el término «rescisión»; PANTOJA y LLORET usaban indistintamente nulidad y rescisión. Y, para terminar de sorprender al lector, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN[37] señalan que «la enajenación y tradición hechas por el dueño que no tiene la libre disposición de la cosa, no traspasan la propiedad; semejantes actos son *nulos* y no pueden producir efectos».

La utilización de esta variada terminología no debe, sin embargo, llamarnos a sorpresa. En el conocido diccionario de ESCRICHE[38], al comentar la voz «nulidad» se nos dice que hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno; que hay rescisión cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que puede hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como, por ejemplo, el error, la violencia, el dolo, una causa falsa o la menor edad, concluyendo que «mas a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las expresiones nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o tal acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse».

Pues bien, si el artículo 308 RH liga los efectos de los asientos ya practicados en los viejos registros al artículo 34, en cuanto que este protege frente a títulos anteriores no inscritos, el artículo 309 del RH remacha esta idea de la «invalidez», en general, de la segunda venta al señalar que dentro del plazo de un año se podrán interponer demandas que tengan por objeto invalidar los títulos inscritos (en las Contadurías y aunque se haya producido el traslado al nuevo Registro de la propiedad) en virtud de otros que no lo estén. Esto es un nuevo reconocimiento paladino de que el supuesto de que la transmisión anterior a la que había causado la inscripción en la Contaduría suponía la «invalidez» de esta inscripción, pero que esta, junto con el transcurso del plazo, sanaba el defecto y consolidaba el dominio en el titular inscrito. El titular inscrito será mantenido en su adquisición, pese a haber adquirido de quien ya no era titular.

En primer lugar, es preciso reiterar que esta limitación se produce solo respecto de los títulos inscritos en las Contadurías de Hipotecas. PARDO NÚÑEZ aplica esta norma a la primera inscripción (en el nuevo Registro) de títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, pero esto no se deriva, en absoluto, de la norma a que hace referencia, que, reitero, se refiere a un supuesto de hecho diferente (y, formalmente, en Título distinto).

En segundo lugar, hay que señalar que la limitación se refiere exclusivamente a la invalidez en virtud de títulos no inscritos. Y ello porque, como veremos más adelante, también al titular inscrito en las Contadurías se le van a poder oponer las hipotecas legales. Dentro de ellas hemos de distinguir entre ciertas hipotecas legales que se pueden oponer a cualquiera (incluso un adquirente ulterior) y otras hipotecas legales que no se van a poder oponer a tercero pasado el plazo de un año.

3. El problema que plantea esta norma es si se refiere exclusivamente a los títulos derivados del mismo *auctor* o si incluye también el supuesto de títulos derivados de otro transmitente.

Es claro que se aplica al primer supuesto. A, dueño, transmite el dominio a B, con arreglo a la legislación anterior a 1863. B no había inscrito su título en la Contaduría. A vuelve a vender a C, que sí había inscrito en la Contaduría. Durante el plazo de un año, B podría inscribir su dominio en el Registro de la propiedad, ya que no funcionaba el cierre registral del artículo 17. El Registro publicaría así titularidades contradictorias, que habrían de resolver su preferencia exclusivamente con arreglo a la legislación bajo la que se había producido la adquisición.

Así mismo, durante ese plazo, B podría interponer la oportuna demanda contra C. Si B era poseedor de la finca, parece claro que no podría interponer la acción reivindicatoria. Se trataba de una pretensión procesal dirigida exclusivamente a hacer constar que la adquisición de C era inválida y lograr la expulsión del Registro de esta inscripción a favor de C. Según cual sea la posición de los autores, se hablará de «nulidad», de «rescisión» o de «resolución» del derecho

de C. El artículo 309, con mayor generalidad, habla simplemente de «invalidez». Y el conflicto se resolvería exclusivamente con arreglo a la legislación anterior, como resulta del inciso final del párrafo primero del artículo 309 RH, sin que el hecho de la inscripción de C le dotara a este de una especial protección.

Pero el titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas podría transmitir a un tercero del artículo 34 LH. ¿Qué ocurría en tal caso?

Durante el plazo de un año, el artículo 34 tenía su eficacia suspendida. En lo que ahora nos atañe (los efectos de los asientos en las Contadurías), el titular anterior al que había causado la inscripción en las Contadurías podría reaccionar contra este tercero durante el plazo de ese año, ya que ese tercero no estaba protegido por el artículo 34 y el título del transmitente del tercero era posterior al del titular no inscrito, que debía triunfar en la contienda. Pero ese titular anterior no inscrito debía interponer la demanda en el plazo de un año. Pasado el plazo de un año, solo triunfaba el título anterior si se había inscrito en el Registro en plazo, es decir, si había inscripciones contradictorias[39] o de lo que hoy denominamos doble inmatriculación.

El párrafo segundo del artículo 309 RH no deja de plantear problemas cuando dice que «transcurrido dicho plazo, no se podrán interponer tales demandas, sino en virtud de títulos cuya inscripción sea anterior a la del que pueda quedar sin efecto, por consecuencia de las mismas demandas».

En una primera aproximación, parece que para que triunfe después del plazo del año contra el tercero del artículo 34 el título anterior al de su causante, ese título anterior no solo debió haberse inscrito en plazo, sino, además, haberlo hecho antes de que el tercero del 34 hubiese inscrito. Es decir, si A era el titular anterior no inscrito; B el titular posterior inscrito en la Contaduría, y B vendía a C, que inscribía, dentro del plazo de un año, para que A triunfara pasado ese plazo, debía haber inscrito su derecho en el nuevo Registro antes que C.

La eficacia de su pretensión procesal no solo dependería de la inscripción, sino de que fuera anterior a la del tercero del artículo 34, ya que en tal caso la protección registral cedía porque ya había otra inscripción que ya publicaba el título anterior al del causante del tercero.

Sin embargo esta interpretación sería completamente contraria a las disposiciones del propio artículo 34. GÓMEZ DE LA SERNA, al estudiar la expresión «*hasta un año después que empiece a regir la Ley hipotecaria*» señala que (1862, 637-638) «enlazada se encuentra esta disposición con el artículo 389 de la Ley, el cual ordena que los que a su publicación hayan adquirido y no inscrito bienes o derecho que según ella se deben inscribir, puedan inscribirlos en el término de un año contado desde la fecha en que la Ley empiece a regir. Sin la excepción que aquí se establece, se causarían perjuicios injustificables a los que, usando del derecho que a todos da la Ley, inscribieran dentro del plazo que se les señala actos o contratos, *solo porque otro se hubiera adelantado a inscribir su título posterior* (cursivas mías)»[40].

La inscripción en la Contaduría de Hipotecas tenía así dos efectos especiales.

Por un lado, protegía al titular que procedía de las Contadurías sin necesidad de una ulterior inscripción a favor de otro tercer adquirente. Y le protegía contra el verdadero propietario si este no reaccionaba contra él en plazo o no inscribía en el plazo de un año[41], permitiéndole desconocer la adquisición no inscrita, de suerte que el anterior propietario quedaba privado de su derecho. Como ya he dicho, la preferencia entre ambos en caso de reacción oportuna se determinaba por la legislación civil anterior.

Por otro lado, el tercer adquirente no iba a estar protegido (respecto de títulos nacidos antes de la entrada en vigor de la LH) en dos situaciones: si dentro del plazo de un año el titular anterior inscribía su derecho o si reaccionaba contra él en plazo y aunque no hubiera inscrito su derecho.

En consecuencia, hay que destacar, que en el sistema de la Ley el título anterior no inscrito tenía fuerza suficiente para expulsar del sistema (si bien sometido a un plazo y, en su caso, a la inscripción) al posterior inscrito en la Contaduría de Hipotecas. Y esto obliga a matizar toda la doctrina que diga que, con arreglo a la legislación anterior a la LH 1861, los títulos no inscritos y que deriven del mismo *auctor* (que es el supuesto del art. 34 LH) no producían efecto contra tercero. Solo no producen efecto contra tercero inscrito pasado el fatídico plazo de un año.

Pero todo lo que he señalado parte de un principio: debe haber un titular inscrito en las Contadurías de Hipotecas. Por lo tanto, cuando se trata de contrincantes no inscritos, no puede nadie alegar protección registral alguna. La Ley Hipotecaria se desentiende de ellos, solo atiende a los efectos de la inscripción, a que exista un titular registral, y, por tanto (y esto es importante para lo que luego se dirá respecto a la fuerza constitutiva de la inscripción), el título no inscrito continuaba produciendo plenos efectos, ya que la segunda venta no podría alegar preferencia registral de ningún tipo.

En la regulación que la Ley y el Reglamento hacen de la situación de los titulares que tuvieran inscrito su derecho en las Contadurías de Hipotecas se produce un silencio llamativo si la comparamos con la regulación tanto del expediente de liberación de cargas como con la regulación de la primera inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley: brilla por su ausencia toda expresión que haga referencia a que la inscripción surta efectos contra o respecto de tercero o que no perjudicará a tercero, o cualquier otra similar.

Por lo tanto, parece que donde quiera que aparezca con posterioridad cualquiera de estas expresiones hemos de dotarle de un sentido acorde con la misma, que no podrá, por tanto, ser igual a la que se ha predicado de la regulación de los títulos ya inscritos en las Contadurías, que producen sus efectos sin necesidad de traslado al nuevo Registro de la propiedad.

4. El problema, como he señalado, era si el título inscrito en las Contadurías de Hipotecas podría oponerse triunfalmente a un título no inscrito procedente de un *auctor* diferente pero que fuera propietario real.

El supuesto es el siguiente: A era dueño por legítimos títulos. B, quien nunca fue dueño, vende a C, quien logró la inscripción de su título en las Contadurías. ¿Triunfaría C frente a A? Desde luego, no hay en la doctrina de la época referencia alguna a este supuesto[42], y ello es precisamente porque el supuesto de hecho del que parte la Ley es el del conflicto entre títulos procedentes de la misma persona, en una cadena más o menos larga de transmisiones. Más exactamente, la pregunta debiera ser si, pasado el plazo del año, y si A no había inscrito su título, este podría reaccionar contra C.

Con claridad, el supuesto de hecho del artículo 308 RH es el relativo a transmisiones derivadas del mismo *auctor*; hay que reconocer que ya no es tan claro el artículo 309; pero si se interpreta el artículo 309 en relación con el artículo 308 se pone de manifiesto que el artículo 309 fija un plazo para que entre en juego la protección que brinda el artículo 308, e inspirada en el mismo principio del artículo 34 LH: el conflicto *transversal* de títulos.

Afirmar lo contrario supondría atribuir a la inscripción en la Contaduría de Hipotecas un efecto mucho más fuerte del pretendido por el legislador. La «nulidad» del título no registrado fue siempre un recurso para resolver el conflicto de las dobles ventas o de la venta como libre de los bienes que estuvieran gravados con carga no registrada. Y eso con independencia de que la denominada «nulidad» no fuera tal, ya que el Tribunal Supremo había declarado en varias ocasiones, con referencia a las Contadurías, que el título no registrado podría registrarse y, en tal caso, producir todos sus efectos siempre que esa registración se hubiera producido antes de la interposición de la demanda, siendo inútiles los documentos si este registro se hubiera producido durante el término de prueba (STS 27 de octubre de 1860, 17 de septiembre de 1864 y 2 de abril de 1869).

La LH vuelve a reiterar esta prohibición de utilización procesal del título no inscrito en su conocido artículo 396[43]. Con independencia del destino ulterior de esta norma[44] (y de las dificultades de su interpretación, fruto de las reformas legislativas), ahora hemos de fijarnos en que la norma lo que hace es impedir la prueba documental, pero no priva al negocio de eficacia jurídica, ni implica una *denegatio actionis*[45]. De hecho, la EM de la LH nos dice expresa y reiteradamente que se abandona toda idea de «nulidad» del negocio no registrado. Como he dicho, la limitación se hace a la prueba documental, y esta limitación podría resultar de extraordinaria trascendencia práctica, pero ello no supone privar al verdadero propietario de su capacidad de reacción procesal, probando, por otros medios[46], la existencia de su derecho.

La EM así lo señala cuando dice (Leyes Hipotecarias, p. 333) «pero la más firme garantía del cumplimiento de la ley está en la prohibición que expresa-

mente se establece en admitir ningún documento de que no se haya tomado razón, si por él se constituye, transmite, reconoce, modifica o extingue derecho sujeto a inscripción».

El propio CÁRDENAS (1871, 150), aunque en realidad refiriéndose a los supuestos de transmisiones derivadas del mismo *auctor*, nos dice que la sanción derivada de la no inscripción no consiste ni en que el derecho haya dejado de adquirirse ni en la pérdida del derecho, sino en «no poder destinar a ningún uso oficial, ni oponerse a tercero, los *documentos* registrales que no hubieran sido inscritos oportunamente». Incluso autores como GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo VI, 233) van, y a mi juicio con razón, mucho más allá, al decir que han de admitirse en ciertos casos los documentos no inscritos, incluyendo en los casos citados (algunos con sentencias del Tribunal Supremo favorables) el caso del documento que se presente para pedir la nulidad de algún asiento que impida que se inscriba aquel. Como señalan los autores citados «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos; y esta solemne declaración del Legislador sería letra muerta en muchos casos, si rechazase como prueba de la nulidad de un asiento la presentación de un título que no podía ser inscrito hasta que aquel se cancelara, mediante la declaración de nulidad».

La LH 1861 suscitó una importantísima polémica por la trascendencia que tenía en la reorganización de la propiedad territorial. GÓMEZ DE LA SERNA, en su comentario al artículo 34, se hace eco de las discusiones a que ya había dado lugar, recogiendo la opinión contraria a la Ley del señor Cardellach y las contestaciones a la misma, y señala, en una extensa nota, que para interpretar la Ley hay que atender a los principios reguladores de la misma, y no llevarla más allá de los supuestos a que la misma hacía referencia. El problema que se planteaba era si el «malvado A» había conseguido un título falso de dominio (que inscribía) y si su adquirente podía estar protegido o no contra el verdadero dueño, pero jamás se hace referencia a si el que había ocasionado la primera inscripción podría defenderse con razón contra el verdadero propietario. Se planteaba si el «despojo» del *verus dominus* podría producirse de surgir un tercer adquirente, pero nadie defendió que quien hubiera adquirido de un *non dominus* podría estar protegido por la inscripción, y el argumento recurrente en todos los autores (a favor o en contra de la Ley) era que la inscripción no convalidaba los actos o contratos nulos (el art. 34 constituye precisamente, en esta Ley, una excepción a este principio).

No obstante, esta cuestión está estrechamente ligada al problema de si la inscripción es o no un requisito necesario para que surja un derecho real y cuál es la posición de los titulares de derechos no inscritos, y, por tanto, he de aplazar la consideración detenida para un momento posterior.

V. LOS EFECTOS DE LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES CAUSADAS POR TÍTULOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. Una vez estudiados los peculiares efectos de los asientos en las Contadurías de Hipotecas, podemos comenzar a estudiar los efectos de los primeros asientos basados en títulos anteriores a la entrada en vigor de la LH 1861.

El artículo 389 LH establecía que «los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma empiece a regir»[47]. El Real Decreto de 8 de febrero de 1861 señaló que la Ley empezaría a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señalara el gobierno. Este momento fue fijado en el día 1 de enero de 1863.

Los artículos 391 y 392 LH establecían un curioso régimen de eficacia de esas primeras inscripciones. Las que se practicaran en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley e indicaran el título adquisitivo del transmitente (que eran la mayoría, dada la práctica documental) producirían sus efectos contra tercero retrotrayéndolos no a la fecha de la inscripción, sino a la fecha de adquisición. Si los títulos no indicaban tal circunstancia, o se practicaba la inscripción pasado el plazo, no perjudicarían ni favorecerían a tercero sino desde su fecha.

Durante el plazo de este año, como ya se ha indicado, no jugaba el cierre registral, de modo que era perfectamente posible que se inscribieran títulos contradictorios. Y tampoco actuaba el artículo 34 LH, dado que este tenía su eficacia suspendida durante este plazo. En consecuencia un tercero del artículo 34 podría ser perjudicado por un titular anterior no inscrito si este inscribía su derecho en el plazo de un año o pedía la nulidad de su inscripción por no tener su transmitente (pese a estar inscrito) el derecho del que había dispuesto a su favor.

PARDO NÚÑEZ trata de aplicar a estas primeras inscripciones (es decir, al inmatriculante, y, por tanto, no al tercero del artículo 34) los efectos que la LH establece para las inscripciones en las Contadurías, aplicándoles el artículo 309 RH. Pero nada hay en la Ley que autorice a semejante interpretación extensiva de la eficacia de estos asientos. Ni la Ley ni el Reglamento, al regular estas primeras inscripciones, hacen referencia alguna a que se les puedan aplicar los efectos que la Ley predica de los asientos ya practicados en las Contadurías de Hipotecas. Pero, como veremos, hay además argumentos en la propia Ley y, sobre todo, el Reglamento, contrarios a esta interpretación.

2. Una tesis es cierta en la medida en que no exista ningún caso de donde resulte lo contrario a lo afirmado en la tesis. O de otro modo (frase atribuida al físico y premio Nobel R. FEYNMAN), no es que la excepción confirme la regla, sino que la excepción confirma que la regla no es cierta.

Recordemos que para los autores de la LH el problema básico que se planteaba era la eficacia de los títulos anteriores no inscritos. Bajo este supuesto, en realidad, caben al menos dos. En primer lugar el supuesto de que el título anterior al que causara la primera inscripción fuera un título de dominio. En segundo lugar, que ese título anterior fuera constitutivo de una carga o gravamen sobre el bien, carga o gravamen del que se hubiera omitido dar conocimiento al adquirente.

Pues bien, la Ley dedica a este segundo supuesto tres artículos (arts. 393, 394 y 395) y el Reglamento cuatro (arts. 317, 318, 319 y 320).

La Ley se refiere a los que pudieran solicitar anotación preventiva de su derecho. Me interesa destacar ahora dos casos de los contemplados por la Ley: la anotación preventiva de demanda de propiedad del artículo 42.1 LH y la anotación preventiva de embargo del artículo 42.4 LH. Ordenaba el artículo 393 LH que el que a la publicación de la Ley tuviese adquirido algún derecho de los que se pudieren anotar preventivamente, podrían pedir su anotación en el plazo, y el que la obtuviere surtiría efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado con arreglo a la legislación anterior. Pasado ese plazo, podría hacerse anotación preventiva, pero no surtiría efecto sino desde su fecha.

Si al tiempo de la entrada en vigor de la Ley se estuviera tramitando alguna demanda de propiedad, el demandante podría pedir anotación preventiva de demanda.

Para que esta anotación preventiva se practicara, lógicamente sería necesario que el dominio que se ataca estuviera inscrito en la Contaduría de Hipotecas, pero el texto legal permite también entender que esta anotación podría solicitarse cuando el titular del dominio discutido inscribiese su título en el Registro en el plazo de un año.

Las consecuencias de ello son evidentes. Si el título estaba inscrito en la Contaduría, pero se había interpuesto contra el titular una demanda relativa al dominio, ese titular inscrito no iba a estar protegido por el simple transcurso del plazo de un año. Los efectos del artículo 309 RH se predican solo respecto de títulos anteriores no inscritos, siempre que no se reaccionara en plazo y, lógicamente, debe incluirse el supuesto de que el perjudicado por la inscripción no hubiera reaccionado ya antes de la entrada en vigor de la Ley contra el titular inscrito. Si el título no estaba inscrito, pero se había interpuesto la demanda contra el titular, el hecho de la inscripción con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley no supone tampoco que el titular que inscriba vaya a estar protegido frente a las demandas no anotadas en plazo. La sentencia que se pudiera dictar siempre le iba a perjudicar. A menos, lógicamente, que apareciera un tercero, que habría adquirido ya de titular registral.

En cuanto a la anotación preventiva de embargo, se establecía especialmente (art. 395 LH) que los mandamientos de embargo de que no se hubiese tomado razón con arreglo a la LEC 1855 no surtirían efecto, en cuanto a tercero, sino

desde la fecha de la anotación, y ello aún sin perjuicio de lo dispuesto por la propia Ley para los supuestos de enajenación hecha en fraude de acreedores[48].

La solución es, también, completamente lógica. Pese a que la LEC 1855 ordenaba la toma de razón de los embargos en las Contadurías de Hipotecas[49], el embargo surtía ya efectos desde que se había practicado. Un problema que se planteaba era si el embargo producía o no prohibición de disponer en el embargado[50]; la LH 1861 aclara, a mi juicio, la cuestión: el embargo no anotado no surte efecto contra un tercero posterior, que hubiera adquirido de quien figurara inscrito en la Contaduría de Hipotecas o de un titular no inscrito que provoca la primera inscripción. Pero, al limitar la protección al tercero, parece lógico pensar que se trata de un tercero contemplado por la propia Ley y que este tercero ha debido de adquirir de titular inscrito.

Los efectos del embargo entre acreedor y un eventual adquirente posterior no inscrito se siguen rigiendo por la legislación anterior, pese a que este titular pueda llegar a inscribir. Trataré de explicar el supuesto: A es dueño no inscrito en la Contaduría; B (su acreedor) consigue un embargo ejecutivo (LEC 1855); A transmite a C. Con arreglo a la legislación procesal vigente si hay algo claro (como ya he dicho, lo que se discute es si era válida la enajenación, pero soportando el gravamen el adquirente, o estaba afectado A por una prohibición de disponer que no protegía nunca a su adquirente C[51]) es que nuestro adquirente C no estaba protegido. Si C inscribe su dominio en el nuevo Registro, la LH acota la eficacia del embargo: este no perjudicará a tercero. El tercero estará protegido por el Registro, al menos pasado el plazo de un año, ya que durante ese plazo continuará rigiendo el artículo 34 que establece, como hemos visto, una limitación temporal para la plena protección de los terceros.

Lo cierto es que el artículo 393 LH diferencia entre anotaciones de embargo practicadas en plazo (en que surten todos sus efectos con arreglo a la legislación anterior desde que el embargo se practicó) y anotaciones practicadas pasado ese plazo, en que surten efectos desde su fecha. Esto podría hacer pensar que el adquirente anterior a la entrada en vigor de la LH estaría protegido si el embargo no se anotaba en el plazo de un año. Ya he señalado, sin embargo, que la eficacia de la anotación preventiva de embargo era para proteger al tercero que adquiría de titular registral.

Esto resulta con más claridad cuando se examina el embargo de fincas en las que el dominio no estuviese inscrito en las Contadurías ni se inscribiera. La Real Orden de 16 de mayo de 1863 se enfrentó a este problema (de un modo semejante a cómo hace el RH según veremos para los derechos reales sobre cosa ajena), estableciendo que el embargante de finca no inmatriculada debía pedir la anotación preventiva del embargo y ante la suspensión de la misma por falta de inmatriculación, pedir una anotación especial por esta razón, pudiendo después pedir el acreedor al juez la inmatriculación de la finca presentando los títulos del deudor.

La solución que ofrece el RH para los casos de derechos reales sobre fincas no inscritas es la siguiente: si el dominio estuviere inscrito en «los registros antiguos», podrá solicitar directamente la inscripción de su título[52]. Si la finca no estuviera inscrita a favor de persona alguna, podría presentar su título adquisitivo del derecho real limitado, y se practicaría el asiento de presentación con una anotación preventiva por defecto subsanable, y exigir del dueño que inscriba su propiedad, y si el dueño se negara, solicitar del juez que mande traer los títulos de propiedad del dueño «de donde existan», para que se pudiera practicar la inscripción del dominio y la del derecho real.

La finalidad de este conjunto normativo es clara: había que evitar que por presentar el deudor o el propietario posteriormente su título e inscribir pudiera después surgir un tercero protegido, pero la doctrina no se planteó ni siquiera unos posibles efectos sanatorios derivados de la primera inscripción de dominio contra el acreedor que había obtenido embargo o contra el titular del derecho real.

3. Y la razón de ello es que en todos los casos en que se puede tomar anotación preventiva es de aplicación el artículo 69 LH.

Este artículo establecía que «el que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad para transmitirlo». Por si quedara alguna duda sobre los requisitos del tercero a que se refiere, el artículo 65 del RH establece que «el que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerlo, no podrá después inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido e inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el artículo 34 de la Ley».

El artículo 69 LH (cuya redacción casi no ha experimentado variación desde 1861) es uno de los baluartes más fuertes de la tesis monista del tercero hipotecario.

Lo curioso del caso es que un autor declaradamente dualista como GARCÍA GARCÍA, tratando de minusvalorar la fuerza del artículo 69, al que califica de «momia histórica», no duda en señalar (1993, tomo II, pp. 180 y sigs.), basándose en la expresión «dentro del término señalado al efecto», que este artículo hay que ligarlo a las anotaciones preventivas del artículo 393 LH 1861. En realidad, según hemos visto, no solo con el artículo 393, sino con el 395 LH y 318 RH.

Si el titular del derecho real lo hubiera adquirido del dueño que no tiene su título inscrito, el titular del derecho real podrá pedir anotación preventiva de su derecho. Si no lo hace, la inscripción ulterior del dueño que constituyó a su favor un derecho real no perjudica al titular del derecho real, porque solamente está protegido *ex* artículo 69 el tercero posterior, que debe ser un tercero del artículo 34. Es decir, no hay en ni en la Ley ni en el Reglamento norma alguna que establezca una purificación automática del dominio inscrito.

Hay que reconocer que es muy diferente la situación de quien hubiera adquirido el derecho real de un titular anterior a aquel titular que hubiera practicado la primera inscripción en el nuevo Registro[53]. Pese a los términos del artículo 392 LH, que permitirían practicar la inscripción transcurrido el término del año, si bien «no perjudicarán ni favorecerán a tercero, sino desde su fecha», parece claro que, pasado el plazo, actuaría el principio de cierre registral del artículo 17 de la Ley y el titular del derecho real no podría inscribir su derecho por estar inscrito su dominio no a favor de su causahabiente sino de un adquirente ulterior, de quien no deriva su derecho.

Pero de este cierre no puede derivarse en modo alguno la extinción respecto del titular registral del derecho anterior no registrado.

4. PARDO NÚÑEZ hace referencia a una «fatídica frase» que supondría un cambio en la orientación que, a su juicio, suponía la LH.

En realidad, esta frase, u otras equivalentes, las encontramos desperdigadas por toda la EM de la LH. Así se indica, y se refiere expresamente al artículo 17, que «en el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero solo cuando esta *haya inducido a otro por error* a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: este no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por *cargas reales que no pudo conocer oportunamente*».

Y en el apartado de la EM referido a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley se indica (Leyes Hipotecarias, 333) que «la pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a *salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio* u otro derecho real sobre bienes inmuebles, *en la seguridad de que estaban libres de cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro*».

Y es que a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de inscripciones en las Contadurías de Hipotecas, en que el artículo 309 RH cierra el camino a que los titulares de derechos reales anteriores pudieran, pasado el plazo, actuar contra el titular inscrito, no ocurre lo mismo en relación a los que tuvieran título anterior a la entrada en vigor de la Ley y lo inscriban con posterioridad. Los titulares de derechos reales sobre fincas no inscritas hubieran podido pedir anotación

preventiva de su derecho; del artículo 69 resulta con claridad que, aunque el adquirente posterior de la finca como libre de cargas pueda inscribir su derecho, causando una primera inscripción, y esto pueda suponer el cierre registral para aquel titular de un derecho real, esta inscripción le perjudica solamente en la medida en que, si quiere evitar ulteriores perjuicios, ha de interponer demanda contra el titular inscrito y anotar preventivamente la demanda, so pena de que surja un tercero que, engañado por el silencio del Registro, pueda adquirir con los requisitos del artículo 34. Es evidente que este tercero sí estará definitivamente protegido.

Antes he señalado que no encuentro en la Ley ni en el Reglamento un principio de purificación por la inscripción de los títulos anteriores a la entrada en vigor de la misma, entendiendo por purificación que por el hecho de la inscripción y la ausencia de reacción en plazo quede libre el dominio del derecho real limitativo, de la carga o del gravamen.

Al contrario, para al menos dos casos particulares (el embargo y el derecho real) creo que hay una constatación de que solamente va a ser protegido el tercero del artículo 34.

Y si esto es así para estos supuestos, con mayor razón cuando lo que se enfrenta al titular que causa la primera inscripción es un adquirente del dominio anterior a él.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL TERCERO PROTEGIDO FRENTE A HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES PREEXISTENTES

1. Por si estos argumentos no fueran suficientes, creo que el título XIII de la Ley, relativo a la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes preexistentes, nos proporciona, en mi opinión, la prueba definitiva.

El artículo 358 LH establece que «los que a la publicación de esta Ley tengan a su favor alguna acción resolutoria o rescisoria, procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto en cuanto a tercero, sin su inscripción, conforme a los artículos 16, 36 y 144, la podrán ejercitar dentro de un año, contado desde que empiece a regir la misma Ley, si antes de hacerlo no hubiere prescrito».

Recordemos que el artículo 36 señala que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en la Ley.

PARDO NÚÑEZ hace especial hincapié en que uno de los supuestos de acción rescisoria es la que se deriva de la doble venta de Partidas y enlaza, correctamente, el artículo 36 con el artículo 38.4.º que se refiere a la doble venta de una cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita.

G. LÓPEZ señala, en su comentario a la Ley 50, del L. 5, P. 5, refiriéndose a fórmulas de doble venta en que el segundo comprador era advertido por el

vendedor de la existencia de la primera venta que «parece que la *revocación* (las cursivas referentes a este término son mías), de la segunda venta debería tener también lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula porque siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al efecto de *revocar* lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Bald. en la rubr. C. *de revoc. his quae in fraud. creditor. alien.* al princ., y parece probarlo la Glos. en d. l. 17, sobre la palabra *iure,* y allí Alber. y Jas. *oposit. 9.:* empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo del contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesión, tuviera noticia de la primera venta,; toda vez que el comprador no participó en el fraude, respecto del cual, por lo que mira a la *acción revocatoria*, se atiende al tiempo del contrato». Las cursivas relativas a revocación son mías y sirven para indicar que la terminología empleada era variada. El glosador de las Partidas utiliza el término «revocación», pero la referencia a fraude permite a PARDO NÚÑEZ enlazar el supuesto con el término más reciente y más adecuado de rescisión.

Pero las Partidas hacen referencia a un supuesto de doble venta muy distinto del que es objeto de consideración en la LH 1861. En las Partidas hay un contrato de compraventa con un primer comprador, pero al que no se le ha hecho la tradición, y, por tanto, no ha adquirido el dominio. Y en esta situación, el todavía dueño vende a otro, el cual era conocedor de la primera transmisión al tiempo de concertar su contrato. El primer comprador podría ejercitar una pretensión revocatoria o rescisoria de la segunda compraventa, aunque al segundo comprador se le hubiera entregado la cosa y hubiera pagado el precio.

Por el contrario, frente a esta doble venta «obligacional»[54], el supuesto contemplado básicamente por la LH 1861 en el artículo 38 es aquel en el que la primera venta ya ha transmitido el dominio. La segunda venta es, genéricamente, «inválida», pero, pese a ello, transmite el dominio al segundo comprador si el primero tenía inscrita la finca a su favor, es decir, aparecía en el Registro con derecho para otorgar o ejecutar el contrato, como resulta de la dicción literal del artículo 34.

Así resulta de la propia EM (Leyes Hipotecarias, 249) al explicar los «efectos de la inscripción» cuando nos dice que «otras innovaciones no menos trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho respecto a las acciones rescisorias o resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado[55], *no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro*», y acto seguido examinar el problema de la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.

Incluso para el caso de la hipoteca constituida por no propietario la LH establece un efecto más radical: según su artículo 126 «la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según el Registro, no convale-

cerá, aunque el constituyente adquiera después dicho derecho». Frente a la interpretación de que se necesitaba tener inscrito el dominio para hipotecar[56], las resoluciones de 23 de mayo y 1 de octubre de 1874 interpretaron el artículo en el sentido de que se refiere a quien, careciendo de título de dueño, por más que estuviese en expectativa del mismo[57], hipotecaba lo que no era suyo (sin constar en el Registro como propietario), señalando que la hipoteca, si bien nula en su origen, convalecía con arreglo a las prescripciones del derecho común, si el constituyente adquiría después el dominio de la cosa hipotecada, pero no lo hacía así con arreglo a las disposiciones de la LH.

Aquí debo hacer una precisión. La terminología utilizada por la Ley (y ya hemos visto como también por la doctrina) es variada y puede llevar a confusión. El artículo 34 utiliza los términos nulidad o resolución, con lo que no se termina por saber si es que es el derecho del tercero el que deriva de un título nulo o por la primera venta se resuelve del derecho del vendedor. El artículo 36 habla de revocación y rescisión, pero en el artículo 38 habla de anulación y rescisión, cuando el primer supuesto que regula es la revocación de donaciones y el número 3 se refiere a la resolución por falta de pago del precio aplazado, y aunque PARDO NÚÑEZ considera que el artículo 38.4 es un supuesto de rescisión, podría entenderse también como uno de nulidad.

Pero si algo puede quedar claro tras esta variada terminología es que se califique la doble venta de una forma o de otra, si es de rescisión queda incluida en los supuestos del artículo 38, y por tanto del artículo 358, o si es de nulidad, esta no puede nunca producir unos efectos más beneficiosos para el tercero que los que se deriven de la resolución del derecho de su transmitente o de la rescisión de su propia adquisición.

2. Continuando con el sistema que establecía el artículo 358 LH, transcurrido el término de un año sin que se hubiese ejercitado la acción resolutoria, «no se podrán ejercitar las expresadas acciones en perjuicio de tercero» (art. 360 LH).

De nuevo nos encontramos con la expresión de «en perjuicio de tercero».

Antes he señalado que el artículo 309 LH se pronunciaba por una producción de efectos plenos a favor del titular que hubiera tenido inscrito su título en los antiguos Registros; y señalaba que esta disposición se hacía sin referencia alguna a surtir efectos contra o respecto a tercero, y que de esa llamativa ausencia debíamos sacar alguna conclusión interpretativa cuando la Ley usara esas u otras expresiones, ya que parece que no pueden decir lo mismo dos normas que se expresan de modo absolutamente distinto.

Pues bien, sentado esto, hay que preguntarse ¿quién es este tercero del artículo 360?

De los términos de la propia EM resulta que el titular anterior a 1863 no puede ser el tercero al que se refiere el artículo 36 (y por extensión el del art. 38), pues afirma de un modo claro que el tercero está protegido cuando la

causa de la revocación, resolución o rescisión no aparezca en el Registro y sea en base a él por lo que el tercero realiza la adquisición.

Pero, a mi juicio, la solución a este enigma de quién es ese tercero del artículo 360 LH la encontramos también en el expediente de liberación de cargas diseñado por la Ley y regulado en los artículos 365 y siguientes.

En el Título XIII de la Ley se comienza permitiendo a los titulares de hipotecas legales la conversión en hipoteca especial[58] (art. 347). Estas hipotecas legales son las de los artículos 168 y 353. Pero hay otras hipotecas legales, las del artículo 354, que son de carácter netamente familiar (dotales, de parafernales entregados o de bienes reservables o de peculio familiar) en que no se permite a los titulares la conversión en hipotecas especiales[59].

Según el artículo 351, estas hipotecas legales no comprendidas en el artículo 354 no surtirán efecto contra tercero, transcurrido el año.

3. Pero como era perfectamente posible que dentro del plazo de un año el titular anterior, practicando la inscripción de su dominio si no estaba ya inscrito en las Contadurías, quisiera vender, se introduce el expediente de liberación de cargas[60].

En el expediente de liberación, los que a la publicación de la Ley tuvieren gravados sus bienes con hipotecas legales del artículo 353 y 354[61] o sujetos a alguna acción resolutoria o rescisoria, podrían liberarlos acudiendo al juez y manifestando la hipoteca legal o gravamen oculto a que estuviera o pudiera estar afecto el bien, o de no estarlo con ninguno, las personas favorecidas por las hipotecas o acciones o ser desconocidas y la pretensión de liberar sus bienes de tales gravámenes, pidiendo del juez que señale un término para que puedan comparecer bajo apercibimiento de que no haciéndose dentro del plazo que se señale, se tenga por extinguida la carga o hipoteca *en cuanto a tercero que después adquiera* dominio o derecho real sobre cualquiera de los bienes tácitamente gravados y que se liberen (art. 366).

La acción tiene, pues, una doble pretensión: a) el titular registral conoce la existencia de cargas y gravámenes no inscritos o acciones resolutorias o rescisorias, en cuyo caso intima a los titulares de las mismas a que comparezcan para instar su inscripción, b) o afirma que no están gravados con hipoteca legal, o sujetos a acción resolutoria o rescisoria, en cuyo caso intima a cualquiera que pretenda ser titular de tales derechos o acciones para que comparezcan y demuestren su existencia.

Después del emplazamiento, y transcurrido el término sin presentarse reclamación se declararán, en virtud de nueva instancia del actor, libres de toda hipoteca tácita y gravamen no inscrito los bienes cuya liberación se hubiera solicitado (art. 379 y 380-5).

Aquí debemos señalar una cierta contradicción formal entre la pretensión y la resolución. La pretensión (art. 366) debe ser que se tenga por extinguida la carga en cuanto al tercero que después adquiera dominio sobre la finca, mientras

que la resolución (art. 380-5) debe declarar libre de toda carga no inscrita los bienes liberados, sin referencia alguna a tercero[62].

El principal problema que plantea este expediente es a quien va a proteger, es decir, quien va a ser beneficiado por la liberación de cargas.

Caben tres interpretaciones: a) entender que el tercero protegido es el titular registral que insta el expediente; b) entender que es el tercero que hubiera adquirido de quien estuviera sujeto a la acción resolutoria o rescisoria o la hipoteca legal; c) entender que solamente va a ser protegido el adquirente ulterior de quien ha instado el expediente.

La primera de las posiciones fue defendida por PARDO NÚÑEZ[63]. A su juicio, este procedimiento de liberación de cargas o gravámenes, semejante al sistema de purga francés, protege al que lo insta, de modo que este ve como su derecho, después de la declaración judicial, renace libre de toda carga.

Como vemos, esta interpretación viene avalada por la contradicción formal señalada entre la pretensión de liberación y el contenido de la sentencia.

La segunda de las posiciones fue defendida por OLIVER[64] al analizar los efectos de las nulidades o resoluciones en cadena que se producían en el sistema del Derecho Civil. Estudiando las soluciones al problema concluye que o bien conservaban siempre su fuerza las acciones resolutorias o de nulidad antiguas o bien había que establecer su extinción. La solución la encuentra el autor en un interesante estudio sobre la retroacción de las leyes[65]: la existencia del derecho no se discute, pero se modifica el modo de conservarlo, de modo que si no se inscribe o ejercita en plazo, pasado que sea el mismo la acción o derecho pierde su carácter real. Esto se explica a su vez porque la acción derivada de una acción de resolución era mixta, porque se daba contra el que había adquirido en virtud del negocio impugnable y contra el tercero que después había adquirido el bien de este, pero a quien afectaba la acción ejercitada.

Por ello, a juicio de OLIVER, que pasado el plazo no se den las acciones contra tercero significa que las acciones mixtas quedaban reducidas a acciones meramente personales, es decir, acciones contra quien había sido parte en el contrato que se trataba de impugnar, pero no contra los adquirentes ulteriores. La posición de OLIVER atiende fundamentalmente al problema de quien es el tercero del artículo 360, pero es aplicable al expediente. Esta posición de OLIVER respecto del artículo 360[66] es la que sigue PARDO NÚÑEZ en el trabajo que estamos estudiando.

La tercera de las posiciones fue defendida por GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo 6, pp. 138 y sigs.), para los que la finalidad del precepto es proteger al que después adquiera el dominio o un derecho real sobre la finca, pero no impide al titular de la hipoteca o acción purgada ejercitarla contra quien ha instado la purga. Consideran que si no hay tercero posterior al expediente, el interesado que no haya comparecido puede oponerse a la liberación de la finca en tanto no haya tercero, porque «la Ley Hipotecaria es ley de terceros; los

derechos entre los otorgantes están bajo el amparo de las leyes comunes, salvo respecto a la tramitación…».

Más adelante, hablan de tercero a título oneroso, porque, señalan respecto a la reclamación del perjudicado por la sentencia de liberación, se producen «efectos muy distintos en su reclamación, si la finca está en su poder[67] o está en poder de tercero que la ha adquirido por título oneroso. Si está en su poder… el juicio de liberación en nada le perjudica, porque produciendo solo efectos a favor de tercero, y no habiéndose transmitido a nadie, no ha tenido aplicación la sentencia; y contra el deudor principal las acciones de derecho común y las disposiciones de este que las regulan se conservan íntegramente».

Como señalé en las conclusiones del trabajo sobre «La inmatriculación y los terceros», al estudiar quien es el tercero protegido frente a las acciones rescisorias, resolutorias o revocatorias, «en nuestra opinión no es a) el inmatriculante que ha sido parte en el negocio afectado o contra el que, civilmente, se podría ejercitar la acción (tesis débil del tercero), b) ni siquiera el adquirente ulterior de quien ha sido parte en el negocio afectado, aunque ese adquirente ulterior haya logrado la primera inscripción (tesis intermedia), sino c) quien, sin haber sido parte en el negocio afectado, ha adquirido de una persona que aparece en el Registro como titular sin tacha (tesis fuerte del tercero)».

Y es que, a mi juicio la dicción de la ley es razonablemente clara: el titular registral que hubiera podido ser sujeto pasivo de la pretensión procesal de resolución o rescisión, por haber intervenido en el contrato resoluble o rescindible (tesis débil del tercero), nunca es un verdadero tercero, de modo que el titular registral afectado directamente por la acción que se pretenda ejercitar (en cuanto que parte en el negocio) no puede oponer el transcurso del plazo establecido por la Ley; por lo tanto, en realidad, solo nos quedan dos alternativas: o se trata de proteger al adquirente ulterior del titular registral que ha instado el expediente, o se puede llegar a proteger al titular registral que lo ha instado, si este es tercero (civil) respecto del contrato nulo, resoluble o rescindible.

En mi opinión, quien va a estar protegido por la liberación es el adquirente ulterior. Y es que el contenido de la sentencia de quedar liberada la finca debe entenderse siempre en relación con la pretensión del escrito inicial de la demanda de liberación, teniendo en cuenta el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, de modo que una aparente contradicción formal (por silencio) no puede significar una alteración sustancial de un principio procesal fundamental.

Como he señalado, el tercero a quien no afectan pasado el plazo de un año tanto las hipotecas legales (art. 351) como las acciones resolutorias (art. 360) debe ponerse en conexión con el concepto de tercero protegido que nos proporciona el artículo 366, y la conclusión es que todos estos terceros deben ser el mismo: quien adquiere de titular registral.

La conclusión de lo que he señalado anteriormente es, pues, absolutamente contraria a la tesis de PARDO NÚÑEZ. El causante de la primera inscripción

no va a estar protegido por este hecho frente a cualquier pretensión resolutoria o rescisoria que hubiera podido ejercitarse respecto de su título adquisitivo, ya que no es el tercero a quien quiere proteger la Ley. Y si se entiende que la doble venta genera una acción rescisoria o resolutoria (y más cuando se califica de nulidad) no cabe protección por el hecho de haber practicado la primera inscripción. Respecto del problema de la doble venta, creo que el autor incurre aquí en una relativa contradicción: si se acepta que en el supuesto de doble venta del artículo 34 la segunda venta es nula[68], pero se salva por adquirir de titular inscrito (y esto lo acepta PARDO NÚÑEZ), resulta llamativo que al estudiar la doble venta del artículo 38.4 hable de rescisión, y más cuando el propio artículo utiliza los dos términos de nulidad y rescisión.

4. De todo lo señalado anteriormente se puede concluir:

a) El artículo 396 LH no contiene un supuesto de denegación de la acción por el hecho de que el documento no estuviera inscrito, sino una limitación de la prueba, excluyendo o limitando la prueba documental;

b) no puede pretenderse que el artículo 309 RH, que limita al plazo de un año el ejercicio de la pretensión que tenga por objeto invalidar títulos inscritos por otros que no lo estén, y que es aplicable a los títulos inscritos en los antiguos Registros, sea aplicable a las primeras inscripciones causadas por títulos anteriores a la entrada en vigor de la Ley;

c) las acciones rescisorias o resolutorias pueden interponerse contra el primer titular registral en el plazo de un año, y, dado que el protegido por el expediente de liberación de cargas es un tercero que, después, adquiera el bien o derecho liberado, y la finalidad del expediente es, precisamente, permitir la negociabilidad de los bienes dentro del plazo de un año, hay que entender que el tercero del artículo 360 LH es, precisamente, ese tercero del expediente de liberación;

d) si entendemos que la segunda venta es, en sentido estricto, nula, no estaría incluida en los supuestos del artículo 360 ni del expediente de liberación, ya que la primera inscripción no convalida los actos o contratos nulos.

VII. LA INSCRIPCIÓN Y SU EFICACIA RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN O NO DEL CARÁCTER REAL AL DERECHO

1. PARDO NÚÑEZ señala, como conclusión de su tesis sobre la fuerza de la primera inscripción, que, a raíz de la LH 1861, para que exista un derecho real en sentido completo debe estar inscrito el dominio o el derecho real, de modo que antes de que eso se produzca no existe más que una «malla» de relaciones personales, sin existencia alguna de acción real. Esta tesis, por un lado, goza de antecedentes doctrinales de indudable mérito, y, por otro, viene siendo reiterada actualmente (aunque ciertamente con otro sentido) por un sector

de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado[69] cuando se nos indica que es la inscripción en el Registro lo que dota al derecho de eficacia *erga omnes*.

Por lo que hace al Derecho actual, es doctrina común que, con algunas excepciones, el régimen general en nuestro Derecho es que los derechos reales nacen fuera del Registro de la propiedad, sin necesidad de la inscripción[70]. Y los derechos reales tienen dos características, la atribución de un poder directo sobre la cosa y la absolutividad o eficacia *erga omnes*. Y esta eficacia se produce con independencia de la inscripción del derecho real. Por un lado, cualquiera que extrarregistralmente perturbe o desconozca el derecho real va a estar sujeto a la correspondiente pretensión procesal del titular del derecho, pretensión que no depende para su existencia y acogida por los Tribunales de la inscripción registral; por otro lado, la existencia del derecho de propiedad no depende del conocimiento del sujeto ni del objeto (y mucho menos de la relación del sujeto con la cosa) por parte de los terceros. Si se me permite la expresión, yo soy dueño de una finca, aunque muchos conciudadanos no sepan de mi existencia, ni de la finca, ni de mi relación dominical con ella, y soy dueño aunque la finca no conste inscrita a mi favor en el Registro. La inscripción lo que publica es un efecto ya producido extrarregistralmente.

No obstante, la inscripción en el Registro de la transmisión o de la constitución de los derechos reales (en los supuestos en que esta no es constitutiva) es evidente que produce importantes efectos. Por un lado, permite al adquirente inscrito (en ciertos casos y con ciertas condiciones) desconocer transmisiones o constituciones de derechos reales que no hayan llegado al Registro y, por otro, le atribuye presunciones de existencia del derecho (con importantes repercusiones procesales y sustantivas, defensivas y ofensivas).

Pero la inscripción no añade al derecho real ya existente ninguna eficacia *erga omnes* que antes no tuviera, no aumenta para nada el círculo de personas frente a los que pueda alegar su existencia. Ni se pasa a ser dueño ni se pasa a ser «más» dueño.

La inscripción lo que le permite es impedir que, con posterioridad a su adquisición, pueda surgir un tercero protegido, él sí, por la fe pública registral.

La inscripción, pues, si bien publica algo, no tiene una mera eficacia publicadora de algo existente.

La inscripción tiene una eficacia protectora respecto del pasado (que no le pueda ser alegada al tercero que inscribe la alteración de la realidad jurídica ya producida, pero que no ha accedido al Registro) e impeditiva (y por tanto, protectora) respecto del futuro, pero no conforma el derecho real (en el sentido de que le da un efecto ínsito en la nota del derecho real que antes no tenía)[71].

Y esto interesa aclararlo: si por «conformar» el derecho real entendemos darle un efecto ínsito en los caracteres de derecho real, creo que la inscripción no conforma; pero sí hace al titular registral «mejor» dueño al dotarle de una

protección que sin el Registro no tendría, y con ello favorece notablemente la negociabilidad de su derecho, que es precisamente lo que buscaron los legisladores ya en 1861[72].

He señalado que la posición de PARDO NÚÑEZ cuenta con claros antecedentes doctrinales. OLIVER (1892, 461) señalaba, por contraste con lo que ocurría en la legislación anterior a 1861, que «la existencia y eficacia absoluta de tales actos[73], o sea *erga omnes*, depende de su inscripción; de tal modo que sin cumplir este requisito no se entiende adquirido, constituido, extinguido o transmitido ningún derecho real, incluso el de dominio, sobre los inmuebles».

2. Entiende PARDO NÚÑEZ que en esta posición no hay atisbo alguno de germanismo, sino que se vuelve o recoge el sistema tradicional español, iniciado por la Pragmática de 1539 de Carlos I y Juana I de Castilla.

Aunque no es el objeto de este trabajo un estudio detenido del sistema anterior a la LH 1861, sí creo que vale la pena hacer un resumen de la situación que se planteaba a la entrada en vigor de la Ley[74].

En las Cortes de Toledo, en 1539, don Carlos y (nominalmente) doña Juana dictan la Real Pragmática de 1539 (pasaría a la Nueva Recopilación como Ley 3, Título 15, Libro 5) en que ordenan que se registren los instrumentos de censos, tributos e hipotecas, señalando que si no se registraran en el plazo de seis días, «no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor».

Es cierto que la doctrina reciente (SANZ FERNÁNDEZ y JIMÉNEZ PARÍS, citados por el autor) entiende que el hecho de no registrar el censo o hipoteca les privaba de efecto no solo respecto de tercer poseedor, pese a la dicción de la Pragmática, sino incluso *inter partes*. Con ello, los autores siguen la posición de GÓMEZ DE LA SERNA, para quien (1862, 92; reitera esta posición en p. 562, en su comentario al artículo 23 de la Ley) «la nulidad de las obligaciones entre las partes contratantes, que es lo que quiso significar la ley al negar la fe a las escrituras fue un excesivo rigor», y por ello, señala, los tribunales se consideraron facultados para juzgar ya que no con arreglo a las escrituras, al menos con sujeción a los actos y contratos que con las escrituras se probaban, *interpretación farisaica*, pero muy conforme con las opiniones entonces dominantes[75], o la de OLIVER, quien consideraba que la Pragmática solo tuvo por objeto dar seguridad a los compradores de bienes inmuebles respecto de los censos y tributos con que estuvieren gravados, «declarando nulos los que no se hubieran hecho públicos por medio del Registro» (1892, 248)[76].

La Pragmática fue completamente ignorada por los jueces y tribunales. De ahí la necesidad de reiterar su vigencia e imponer a los jueces que la desconocieran sanciones, no solo pecuniarias, sino incluso de pérdida del oficio[77].

Con ello llegamos a la Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768[78] (L.3, T.16, Libro 10 de la Novísima Recopilación). En ella se ordenaba que «se tome razón de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y reden-

ciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces o considerados por tales, que constaren estar gravados con alguna carga, fianzas, en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgo u obra pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravamen, con expresión de ellos o su liberación o redención»; se reiteraba la prohibición de que sin toma de razón no hicieran fe en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas[79], imponiendo, bajo pena de nulidad del instrumento que esta advertencia constara en los instrumentos.

Esta Pragmática se dio no solo para la Corona de Castilla, sino también para la de Aragón (no así para Navarra) y no declaraba sometidos a registro ningún acto traslativo del dominio de bienes inmuebles[80]. Va a ser, curiosamente, el Edicto de 11 de julio de 1774 de la Audiencia de Cataluña[81] el que declare, exclusivamente para el territorio del Principado, que estuvieran sujetos a registro los contratos de venta de bienes raíces, aunque no constaran hipotecados.

Antes hacía referencia expresa a la «interpretación farisaica» que se había hecho de la Pragmática de 1539, y esto tiene especial importancia para el cabal entendimiento del artículo 396 LH. Pero tal interpretación tenía poco de «farisaica», como resulta de las opiniones de GÓMEZ DE LA SERNA, CÁRDENAS o el propio OLIVER. Y es que, ya no en el ámbito de la opinión doctrinal, sino en el del derecho constituido, tal interpretación resulta de la Real Cédula de 10 de marzo de 1778 que estableció con claridad que los actos y contratos sobre bienes inmuebles no registrados quedaban sometidos «a la disposición del derecho común, porque no tiene que ver con la Pragmática de registro de hipotecas, *que trata de escrituras, y no de acciones*; y el acreedor censualista tiene derecho a hacer compeler a su deudor para que le reconozca, oyéndose a este; y hasta para que se otorgue el reconocimiento por escritura formal, no tiene lugar el registro».

Concluye OLIVER señalando que «la Pragmática de 1768 tampoco alteró la naturaleza y efectos de la toma de razón, ya que continuó constituyendo una formalización meramente ritual, sin valor sustantivo alguno, cuya omisión no producía otro efecto que el de no hacer efecto en juicio, y fuera de él, los *documentos* que carecían de dicho requisito para perseguir las hipotecas» (1892, 283).

Van a ser el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 (que crea un impuesto denominado «derecho de hipotecas») y el artículo 8 de la Instrucción dada por Real Decreto de 29 de julio de 1830 los que amplían los actos sujetos a inscripción en las Contadurías, incluyendo los demás actos y contratos relativos a la adquisición de bienes inmuebles otorgados pública o privadamente, señalando la Instrucción que no se admitirán en juicio ni producirán efecto legal ni los documentos públicos ni los documentos privados que contuvieran el negocio, ni el Notario podría sacar segunda copia del instrumento si no se le justificaba que había sido inscrito. Esta Instrucción de 1830 generó muchas dudas y por eso la Real Orden de 17 de agosto de 1831 dice que la Instrucción no deroga

en ninguna de las partes la Pragmática de 1768, de forma que los documentos sujetos a la Pragmática surtían los efectos previstos en la misma.

Ya con claridad, el Real Decreto de 23 de mayo de 1845 establece la «nulidad» del documento no registrado, al privarle al documento no registrado tanto de las acciones personales como reales que surgieran del negocio documentado. En esta línea, el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852 (dictado por el Ministerio de Hacienda, cuyo titular en aquel momento era BRAVO MURILLO) prohíbe a los notarios autorizar documento relativo a bienes raíces, sin que previamente se acreditase haberse registrado el título que acreditase la legítima adquisición del inmueble que fuera objeto del contrato que se otorgaba (art. 16), y, al mismo tiempo, imponía la necesidad de que todo acto o contrato sujeto al pago del impuesto debía constar necesariamente en escritura pública.

Pero estos artículos quedan sin efecto por Real Decreto de 19 de agosto de 1853, y la Real Orden de 18 de octubre de 1855 ordenó que se admitiesen en el Registro todos los documentos públicos cualquiera que fuera la fecha de su otorgamiento, puesto que esta circunstancia no alteraba su valor legal.

La jurisprudencia inmediatamente anterior a la LH 1861 es variopinta. GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 564-565) realiza un resumen de la misma, de la que puede deducirse que a) la hipoteca de la que no se había tomado razón no podría alegarse frente al tercer poseedor de la finca hipotecada, pero que b) los contratos de venta de bienes inmuebles son válidos y subsistentes, aun sin haberse tomado razón, porque los contratos, independientemente de los instrumentos, quedan perfeccionados con el consentimiento de las partes y consumados con la entrega de la cosa y el pago del precio.

Y OLIVER (1892, 460) concluye su exposición del Derecho vigente a la entrada en vigor de la Ley que «desde luego la adquisición del dominio y la constitución, cesión y extinción de los demás derechos reales sobre inmuebles no dependía en lo más mínimo de la toma de razón de los documentos en que constaba el otorgamiento de tales actos. Con la excepción de las cargas y gravámenes de carácter hipotecario, todos los demás actos relacionados con el comercio de los inmuebles producía sus naturales efectos con arreglo a lo dispuesto para cada caso por la legislación civil».

Si esta era la posición que se derivaba de la legislación anterior a la LH 1861, hay que preguntarse por qué la EM (cuyo autor principal fue GÓMEZ DE LA SERNA) insiste en la vuelta al sistema tradicional. ¿Es que la Ley Hipotecaria no era más que la reiteración del sistema de las Pragmáticas, pero ampliado a todos los actos de transmisión o constitución de derechos reales y con un mayor desarrollo técnico? En modo alguno. La lectura desapasionada de la EM nos muestra la firme voluntad de establecer un sistema nuevo destinado a fortalecer la circulación de los bienes y el crédito hipotecario. Toda la discusión en Cortes nos muestra un continuo forcejeo entre los sistemas francés y los diferentes sistemas germánicos, sin referencia al sistema tradicional de

Castilla, que precisamente se quería abandonar por su notoria insuficiencia e ineficacia para el logro de los fines que se querían alcanzar.

3. La tesis de PARDO NÚÑEZ sobre la exigencia de la inscripción para que surgiera un derecho real no parece muy conforme con la posición de los dos autores principales de la Ley, GÓMEZ DE LA SERNA y CÁRDENAS.

La cuestión de la exigencia de inscripción para la adquisición del carácter de derecho real se planteó en la discusión en Cortes[82], y en la sesión de 8 de enero de 1861 tiene lugar una apasionada discusión entre GÓMEZ DE LA SERNA y PERMANYER, en la que DE LA SERNA defiende claramente que la hipoteca no surte efecto respecto de tercero sino desde la inscripción, pero ello es sin perjuicio del efecto que tenga la misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura. AMORÓS critica esta expresión señalando que lo característico de la hipoteca es el nacimiento de la acción real y esta surge solo desde la inscripción, pero con ello olvida, a mi juicio, que se está discutiendo de la eficacia de la inscripción respecto de tercero inscrito. Y ello sin perjuicio de que el crédito hipotecario tuviese, aun sin el requisito de la inscripción, preferencia crediticia respecto de otros acreedores sin garantía hipotecaria[83].

GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 245), en su comentario al artículo 2 y la expresión «se inscribirán», recoge la polémica sobre si la inscripción era obligatoria o no, y señala que la finalidad de la Ley no es sino salvar los derechos de los terceros para que queden completamente libres de toda carga que no aparezca en el Registro. Más específicamente, en su comentario al artículo 20 (1862, 548) indica que «no es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no estén inscritos, no tiene existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpable, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho a inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes. Y esto lo expresó de modo terminante la Comisión que formó la Ley hipotecaria».

Y concluye con una idea que recoge la doctrina tradicional: «la Ley hipotecaria solo considera los actos con relación a la inscripción; cuando esta no se ha verificado, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales».

CÁRDENAS también hace referencia expresa a la crítica que se hacía a la Ley de que se exigía la inscripción para que el derecho real surgiera. Él

mismo parece defender esta posición (1871, 150-151) cuando nos dice que la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Pero continúa señalando que de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos *en cuanto al tercero*, por lo que las disposiciones que contiene son de la máxima importancia. ¿Quién es ese tercero para el autor?: «el que mediante tal omisión (la de no haberse inscrito el título que le hubiera podido perjudicar) hubiera adquirido algún derecho», y hubiera inscrito el mismo. CÁRDENAS realiza una defensa de la libertad civil[84] al señalar que «la nueva ley, que a la vez que salvaba al tercero de los perjuicios que pudiera ocasionar la no inscripción del derecho, permitía al propietario la libertad de omitirla» y concluye señalando que «no se privó por lo tanto a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir; lo que se hizo, fue privarles de la de defraudar al tercero, manteniendo ocultas las cargas que pesaban sobre su propiedad y enajenando como libre cuando era gravada».

Esta y no otra es la conclusión que se deriva de la propia Exposición de Motivos de la LH. En el famoso párrafo relativo a la venta que no se inscribe, comienza la Ley diciendo que «según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro»[85]. Si nos fijamos en el párrafo, no indica que el Derecho que se constituye por la Ley, la novedad que introduce respecto del derecho vigente en ese momento, exija la inscripción para el nacimiento del derecho real: nos dice que resultará *de hecho*, y *solo para los efectos de la seguridad de un tercero*. ¿Y quién es ese tercero? El inciso final del mismo párrafo lo indica con claridad: son los adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción. Es cierto que la Ley habla de efectos entre los contrayentes, y en las relaciones entre el vendedor y el comprador. Pero la transmisión o constitución del derecho no se pueden oponer al adquirente inscrito, pero sí subsiste la eficacia del contrato no solo entre las partes, sino también respecto de los terceros no inscritos. No se trata, por tanto, de una propiedad «relativa»; el dominio no inscrito tiene todos los caracteres del derecho real, pero la adquisición consumada no puede perjudicar a quien, desconociendo la situación real y «engañado por el silencio del registro», adquiere ulteriormente, siempre que inscriba, quedando privado entonces (y solo en ese momento) el adquirente del dominio o derecho real de su facultad de hacerlo valer frente al titular registral. De hecho, por tanto, y para evitar el perjuicio que puede derivarse de la aparición de un tercero ulterior que inscriba, la inscripción se hace obligatoria[86]. En tanto las relaciones se mantengan entre partes no inscritas, el conflicto se resuelve exclusivamente con arreglo a las normas tradicionales de la legislación civil[87].

4. Pero es que el tenor de la Ley y el Reglamento nos convencen de que no es la inscripción la que hace nacer el derecho real, sino que lo que se inscribe es un derecho real ya existente (salvo que la legislación civil exigiese una formalidad previa, como era la escritura para el caso del censo enfitéutico).

Así resulta, por un lado, de la propia dicción que hace la Ley del expediente para inscribir la posesión. En principio, es un remedio que la Ley concede solamente a los «propietarios» que carecieran de título de dominio escrito (y evidentemente no registrado), según resulta del artículo 397 LH. Es cierto que el Reglamento amplía (art. 327 RH) el supuesto de hecho, al señalar que no se admitirá otra oposición que la relativa a si el que lo insta posee «en nombre propio», con lo que el expediente posesorio se acaba convirtiendo en un mecanismo para el acceso de todo tipo de posesiones, siempre que sean en concepto de dueño, pero sin exigir prueba de propiedad alguna. La cuestión del derecho no podría ventilarse sino en el juicio ordinario, ya que la inscripción se ordenaba práctica «sin perjuicio de tercero de mejor derecho» (art. 404 LH) y, por tanto, no perjudicaría al que tuviera «mejor derecho a la propiedad» del inmueble, aunque el título de este último no estuviera inscrito (art. 409 LH)[88].

Es la insuficiencia de este sistema, criticado porque degradaba la posición del propietario a la de mero detentador, la que va hacer que la Ley de 1869 introduzca los expedientes de dominio.

Creo que, si se contempla la situación con un cierto alejamiento, es fácil concluir que para una Ley que pretende tener vigencia en el tiempo[89] lo que accede al Registro es una propiedad ya adquirida, si bien para ello va a ser preciso inscribir previamente un título anterior a la entrada en vigor de la Ley. Cuando se introduce el expediente de dominio, se inscribe un dominio ya existente con anterioridad, premisa esta que es absolutamente incompatible con la posición de PARDO NÚÑEZ.

Así resulta también del examen de los títulos inscribibles que contiene el artículo 2 de la Ley: se inscribe el título traslativo[90] del dominio o del derecho real, y puede pedir la inscripción del título tanto el que lo transmita como el que lo adquiera (art. 6 LH). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1 RH, señalando este que la obligación de transmitir el dominio no estará sujeta a inscripción (art. 3) y que se entiende por título para los efectos de la inscripción el documento público y fehaciente entre vivos o por causa de muerte en que *funde su derecho* sobre el inmueble o derecho real la persona a cuyo favor deba hacerse la inscripción (art. 6 RH). Todos los términos que utilizan tanto la Ley como el Reglamento se refieren específicamente a un derecho adquirido con anterioridad y, precisamente por ser ya titular del derecho, el adquirente puede solicitar la inscripción. Solo cuando hubiera un título anterior no inscrito, el tercer adquirente, apoyándose en la previa inscripción de su transmitente, puede desconocer la transmisión del dominio ya efectuada o el derecho real ya

constituido[91], privando[92] de su derecho al propietario o titular del derecho real negligente en la llevanza al Registro de su título adquisitivo.

5. Hasta ahora hemos observado lo que decía la doctrina más cercana a la elaboración de la Ley, y expresamente, lo que decían los dos autores básicos de la Exposición de Motivos, de la Ley y de su reglamento: la inscripción ulterior priva al propietario negligente en la llevanza de su título al Registro de una propiedad adquirida con arreglo a la legislación civil; y las controversias entre adquirentes o contratantes no inscritos debían ser resueltas conforme a la legislación civil, que quedaba, en este sentido, intacta.

La tesis de PARDO NÚÑEZ supondría que, al no existir un derecho real en tanto el título no fuese inscrito, el adquirente de un bien, el titular legítimo del mismo, en tanto no inscribiese quedaría privado de los mecanismos que el Derecho pone a su disposición para recuperar la cosa.

Es cierto que le quedarían los interdictos, pero quedaría privado del mecanismo más tradicional para la defensa de su derecho: la acción reivindicatoria, que es, precisamente, la acción real por excelencia[93].

Y resulta llamativo que ni la EM, ni la voz de los autores más destacados contenga pronunciamiento alguno en torno a este tema. En efecto, resulta extraño que si el derecho solo adquiere el carácter de real por la inscripción, si fuera del Registro solo existe una «malla» de relaciones personales, desaparezca de un solo plumazo una acción milenaria y nadie, absolutamente nadie, se pronuncie sobre este extremo que no podría pasar desapercibido a los autores.

Por el contrario, ya hemos citado a los autores que dicen que, precisamente cuando el segundo adquirente inscribe, el primer adquirente del dominio queda privado tanto de la acción reivindicatoria como de la acción que le permitía invalidar la segunda venta.

Es cierto que el sistema de fechas que introdujo la LH 1861 fue sucesivamente prorrogado entre el «general aplauso», en feliz frase de OLIVER; pero este sistema de prórrogas se producirá para las inscripciones de los nuevos títulos que se van produciendo y que podrán provocar primeras inscripciones en el Registro. Pero estas prórrogas no impedirían nunca el efecto que PARDO NÚÑEZ considera fundamental de que solo la inscripción y nada más que ella hace adquirir al derecho su carácter de real.

Si la tesis fuera cierta, aparte de la protección interdictal solo quedaría, en su caso, una discusión sobre el mejor derecho a poseer. La acción publiciana se habría convertido así en la protagonista del sistema, al desaparecer la reivindicatoria. Y ello para el caso de que se admitiera la subsistencia de la publiciana, cosa que parece que PARDO NÚÑEZ desecha, pese a que, en al menos un caso, la Ley admite la discusión sobre el mejor derecho a poseer, discusión que habría de entablarse por vía declarativa y no interdictal.

Y los Tribunales y la doctrina continuaron hablando y aplicando la acción reivindicatoria, que solo es posible si el derecho de propiedad puede adquirirse

y defenderse al margen del mundo del Registro. No se encontrará ni una sola sentencia que niegue la acción reivindicatoria por el hecho de que el título de propiedad del demandante no conste inscrito, salvo, naturalmente, que se trate del supuesto de doble venta en que el segundo comprador se adelantó a inscribir.

En conclusión: a) la legislación anterior a la LH 1861 no dice sobre el nacimiento de los derechos exactamente lo que PARDO NÚÑEZ entiende; b) de la propia Ley puede deducirse que ya en 1861 lo que accedía al Registro era un derecho real plenamente conformado (con la excepción de las hipotecas expresas); c) y, sobre todo, que la tesis del autor no resiste la prueba de la práctica jurídica. Y como señalé al principio de esta exposición, y con ello termino, quizás ello sea debido a que la tesis con la que concluye no tiene cabida ni en el texto ni en el espíritu de la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1967). La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XLIII, noviembre-diciembre, núm. 463.

APARICIO CARRILLO, M.D., y SÁNCHEZ ESTRELLA, P. (2005). Inventario de las contadurías de hipotecas del archivo histórico provincial de Sevilla 1768-1870. *Revista TRIA*, núm. 12.

CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). *Reales disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

DE CÁRDENAS, F. (1871). Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1.º de octubre de 1869. Madrid. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

ESCRICHE. (1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* en la edición reformada por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta.

GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1890). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar,* Tomo VI, Segunda edición. Madrid.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* tomo II. Madrid. Editorial Civitas.

GARCÍA VILA, J. A. (2009). *La inmatriculación y los terceros. El inmatriculante como tercero y los terceros respecto de la inmatriculación,* Madrid. Dyckinson.

— (2015). La eficacia de la inmatriculación tras la Ley 13/2015. http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/los-efectos-de-la-inmatriculacion-tras-la-ley-132015/.

GIMÉNEZ ROIG, E. (1993). *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la anterior legislación española y extranjera*. Madrid.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1886). *Elementos del Derecho Civil y Penal de España,* Tomo I. Madrid. Librería de Gabriel Sánchez.

GORDILLO CAÑAS, A. (2004a). El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, abril-junio.

— (2004b). ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLII. La Ley.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

MONTERDE GARCÍA, J. C. (2008). *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

NÚÑEZ LAGOS, R. (1949a). El Registro de la Propiedad español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, número 250.

— (1949b). La buena fe y la publicidad en el Registro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre, número 256.

OLIVER, B. (1892). *Derecho inmobiliario español*. Madrid.

PARDO NÚÑEZ, C. (1993). Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614. 111-164.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho hipotecario*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

PÉREZ PEDRERO, E. y SIDRO Y SURGA, J. (1861). *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria,* Tomo I. Madrid. Colección Los Códigos de España.

RIVAS PALÁ, M. (1978). Los libros de registro de las antiguas Contadurías de Hipotecas. *Boletín de ANABAD*, año XXVIII, número 1, 57-83.

ROCA SASTRE, R. M.ª (1944). *Instituciones de Derecho Hipotecario,* tomo II, Libro I. Barcelona. Bosch Casa Editorial.

RODRÍGUEZ OTERO, L. (2007). *Los efectos de la inmatriculación*. Madrid. DIJUSA.

— (2010). *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (Referencia a una posible injusticia histórica)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

SANZ FERNÁNDEZ, A. (1945). Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria. *Academia Matritense del Notariado*.

SARMIENTO RAMOS, J. (1993). *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

SERNA VALLEJO, M. (1996). *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Sanponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixalà y D. José Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843.

Leyes Hipotecarias y Registrales de España, publicada por Editorial Castalia y el Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989.

NOTAS

[1] De ahí la abundancia que sigue de citas de los autores coetáneos, principalmente de los principales autores de la Ley y el Reglamento, GÓMEZ DE LA SERNA y CÁRDENAS.

[2] Curiosamente, la Dirección General entendió que si el fallecimiento del causante se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el documento de partición de herencia otorgado con posterioridad se debía tratar como un documento anterior, y sin exigir por tanto el requisito de la previa inscripción.

[3] La Ley de 1869 modifica el artículo 20. Además del cambio de estilo en la redacción, se modifica el sistema. Tras la LH 1869, si del título presentado o de otro documento fehaciente resulta que el transmitente había adquirido antes del 1 de enero de 1863, se inscribe directamente el título adquisitivo a favor del adquirente, si bien haciendo constar en la inscripción las circunstancias de la adquisición anterior, a diferencia del sistema de 1861 en que primero habría que inscribir el título del transmitente. En este sentido, sigo la tesis de R. M.ª ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, tomo II, Libro I, pp. 170-171, o E. GIMÉNEZ ROIG en *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, p. 201. En contra, A. SANZ FERNÁNDEZ, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *Academia Matritense del Notariado*, 1945, pp. 484 y sigs., para quien tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en la de 1869 el título anterior es el que causa primera inscripción.

[4] Con mayor precisión, el Título XIV del RH habla de las disposiciones relativas a la inscripción de los títulos no registrados al publicarse la Ley.

[5] Así lo establece el artículo 389 cuando señala que «los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma ley empieza a regir». El sistema se desarrollaba en los artículos 390 y 391; se distingue la eficacia jurídica que hay que dar al asiento de inscripción según que no constara en el título la fecha del título adquisitivo del transmitente (en ese caso era desde la fecha de la propia inscripción) o que, y esto era lo más habitual, constara el derecho del transmitente en el título, en cuyo caso se retrotraerían los efectos de la inscripción a la fecha en que se hubiera adquirido por el dueño (supuesto que en 1869 se llamaría «inscripciones retroactivas»).

[6] Otro de los principios básicos del sistema que establece la Ley.

[7] En ese caso, a su vez, podría darse el supuesto de que nos encontráramos cadenas de títulos procedentes de un causante común (de ahí la previsión a que se ha hecho referencia a si consta o no el derecho del transmitente ya que eso afectaría a la eficacia de la inscripción, o, como señala PARDO NÚÑEZ en p. 1921, «decidía la prioridad y no la hoy llamada fe pública») o cadenas que no tuvieran causante común (para PARDO NÚÑEZ, p. 1925, el beneficio de la retroacción solo tiene sentido si se está pensando en una contienda entre cadenas de títulos contradictorios sin causante común conocido; yo no creo que deba entenderse así, pero este es un tema que examinaré más adelante).

[8] Curiosamente, este mismo problema se plantea actualmente dada la nueva redacción del artículo 207 LH, tras la reforma operada por la Ley 13/2015.

[9] En la práctica, esta nulidad había sido absolutamente ignorada: los Tribunales señalaron que era suficiente con que el título se inscribiera al tiempo de presentar la demanda, y, finalmente, que la nulidad no era, en realidad, una sanción civil al negocio jurídico, sino una mera falta administrativa, como se indica con detenimiento más adelante.

[10] Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Tomo I, vol. I. (1989). Madrid. Editorial Castalia y el Centro de Estudios Hipotecarios, en adelante, «Leyes Hipotecarias», p. 333.

[11] Hay que destacar que se hace precisamente en la parte de la EM relativa a la «inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley».

[12] Artículo 392: «Transcurrido el término de un año, se podrán inscribir también los inmuebles o derechos adquiridos antes de la publicación de esta Ley, pero tales inscripciones,

aunque se refieran a derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisición, no perjudicarán ni favorecerán a tercero, sino desde su fecha y devengarán derechos y honorarios dobles de los que les estuvieren respectivamente señalados». En la Ley hay una preocupación importante por los costes registrales; en lo que sigue más adelante, en la medida en que sea posible, se omitirá toda referencia a este tema.

[13] Como decía la EM, el que descuida la inscripción de su título anterior, contradictorio en todo o en parte, se presume que *renuncia* a su derecho en concurrencia con tercero que inscribe.

[14] Artículo 33: «La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

[15] GARCÍA VILA, J. A. (2009). *La inmatriculación y los terceros. El inmatriculante como tercero y los terceros respecto de la inmatriculación*. Madrid. Dyckinson.

[16] P. 1940. Pocas páginas antes recoge las famosas frases de la EM «una venta que no se inscriba ni se consume con la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe ya se los traspasa respecto a todos; si no se inscribe, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»; Leyes Hipotecarias, pp. 237-238.

[17] Leyes Hipotecarias, p. 248.

[18] Aunque ya adelanto que de una forma un tanto contradictoria con la anterior manifestación de la interinidad de la propiedad.

[19] MORELL Y TERRY, J. (1921). Tercero en la Ley Hipotecaria. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 69, tomo 139, pp. 12-49.

[20] «El tercero hipotecario, en general, no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe», *ob. cit*. p. 25. Años más tarde, y en igual línea, NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). La buena fe y la publicidad en el Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; septiembre, núm. 256, pp. 537-652, diría también que el tercero del artículo 32 no necesita onerosidad, buena fe ni inscripción previa, iniciando lo que GORDILLO CAÑAS ha denominado «dualismo radical» (GORDILLO CAÑAS, A. [2004a]. El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVII, fascículo II, abril-junio, y [2004b] ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLII, La Ley, Madrid, artículo publicado también en el *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*).

[21] Es singularmente interesante su defensa de que el tercero de lo que hoy es el artículo 28 a quien perjudica la inscripción del heredero es a aquel que anteriormente había adquirido del causante del heredero, si había omitido la llevanza de su título al Registro, resultando perjudicado, por esa falta de inscripción, cuando el heredero inscribiese el dominio del bien y hubiese transcurrido el plazo legal sin que dicho adquirente reaccionase contra esa inscripción.

Los supuestos de hecho contemplados por este autor son dos: a) A, dueño no inscrito, vende a B, quien no inscribe; A fallece y su heredero C inscribe el bien ya vendido y consigue la primera inscripción; b) A, dueño inscrito, vende a B, quien no inscribe; A fallece y su heredero C inscribe el bien; en ambos casos, entiende, C estará protegido si B deja pasar el plazo de dos años sin reaccionar contra C.

[22] *Ob. cit.,* pp. 48-49.

[23] Las cursivas que siguen son mías. Quizás la razón de que no se encontrara en otros estudios es que era lo que PARDO NÚÑEZ denomina el presupuesto implícito del que partía la doctrina.

[24] Este artículo establecía que «Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen. Los Registradores denegarán o suspenderán, según los casos, la inscripción de dichos documentos, mientras no se cumpla este requisito, y serán responsables directamente de los perjuicios que causen a un tercero por la infracción de este precepto. No obstante, podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por

personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con anterioridad al 1.º de enero de 1909, siempre que justifiquen su adquisición con documentos fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto. Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años contados de la fecha en que fueron hechas. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada. Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha, los registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley».

A su vez, el artículo 90 del Reglamento Hipotecario de 1915 establece que «La limitación de dos años consignada en el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley, relativa a los documentos anteriores a 1.º de enero de 1909, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos anteriores a 1.º de enero de 1863».

[25] Al menos, desde 1915, y en un precepto que, a la luz de la moderna doctrina jurisprudencial sobre el alcance de las reformas del Reglamento Hipotecario, no dudaríamos en tildar de claramente ilegal.

[26] «A estos efectos, la frase documentos fehacientes comprende no solo los incluidos en el artículo 3.º de la ley, sino los que, según el 1227 del Código Civil, hagan prueba contra tercero en cuanto a una fecha anterior a la indicada», según el artículo 87 del RH de 1915.

[27] No hay que olvidar que es la reforma de 1869 la que la altera el sistema de inmatriculación por título público basado en un título anterior (que no causa, sino que es apoyo de la primera inscripción), al tiempo que introduce dos expedientes de dominio: el ordinario y el extraordinario con «purga» de derechos y acciones en beneficio de tercero posterior.

[28] Aunque en este caso se va a plantear el mismo problema que hoy se plantea respecto a si es posible ser un tercero del artículo 34 si el título del transmitente o constituyente de la hipoteca no está inscrito al tiempo de otorgar la escritura de adquisición o constitución de hipoteca.

[29] CÁRDENAS señala que los títulos de la Ley Hipotecaria (y el Reglamento) fueron redactados fundamentalmente por él, mientras que fue GÓMEZ DE LA SERNA el principal autor de la Exposición de Motivos. DE CÁRDENAS, F. (1871). Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1.º de octubre de 1869. Madrid. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* p. 149.

La referencia a GÓMEZ DE LA SERNA entiendo que es importantísima, por cuanto era, sin duda, un romanista poco proclive a germanismos de ningún tipo.

La cuestión de si la LH 1861 partía de principios germánicos o franceses ha sido enormemente debatida en la doctrina. Un buen resumen de la misma se encuentra en MONTERDE GARCÍA, J. C. (2008). *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*. Madrid. Centro de Estudios Registrales, pp. 125-133.

[30] Curiosamente, la LH 1869 va a alterar de nuevo el sistema. Según su artículo 411 hay que distinguir entre los asientos contenidos en las Contadurías, los cuales producirán «los efectos que les correspondan según la legislación anterior al día 1.º de enero de 1863», y los asientos que hayan sido trasladados al nuevo Registro de la Propiedad, los cuales producirán los efectos que les atribuye la LH 1861, con las modificaciones establecidas en la Ley de 1869.

[31] Es aquí donde tiene una especial virtualidad la denominada después «inscripción retroactiva». El artículo 391 LH permite distinguir entre inscripciones que surten sus efectos desde la fecha del título que las motiva (si el derecho del transmitente consta en el título) o que solo producen efectos desde la fecha de la inscripción (si el derecho inscrito no consta del título de propiedad). Para las perplejidades que este supuesto, verdaderamente inusual en la práctica, causaba en la doctrina, aunque ya con la LH 1869 vigente, GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1890). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar,* Tomo VI, Segunda edición. pp. 221-223. Madrid.

[32] NÚÑEZ LAGOS, R. (1949). El Registro de la Propiedad español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, marzo, número 250, pp. 137-170 y abril, núm. 251, pp. 217-257.

[33] JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid. Centro de Estudios Registrales. En parecido sentido, GORDILLO (Monismo, p. 112) critica la idea de NÚÑEZ LAGOS de que el artículo 34 fuera un artículo de última hora, redactado cuando la orientación del sistema estaba ya sustancialmente adoptada. La tesis histórica de NÚÑEZ LAGOS ha sido recientemente defendida por RODRÍGUEZ OTERO, L. (2007). Los efectos de la inmatriculación. Madrid. DIJUSA.

[34] Precisamente, la tesis de JIMÉNEZ PARÍS es que no se trata de una innovación, sino que la idea de que al que adquiere e inscribe no le sea opuesta la transmisión extrarregistral ya producida se encuentra en los artículos 92, 94 y 96 del Anteproyecto de lo que sería el Proyecto de Código Civil de 1851. A diferencia de lo que no pudo hacer NÚÑEZ LAGOS, JIMÉNEZ PARÍS nos brinda fotografía de los manuscritos de los proyectos.

[35] Más adelante (p. 173), critica la reforma de 1869, diciendo que «con la adición que después se ha hecho al artículo 34, lo transitorio se convierte en permanente, las causas de resolución de los derechos inscritos se multiplican de modo indeterminado y del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguros los propietarios».

[36] Así resulta paladinamente de su estudio del artículo 34, en GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la anterior legislación española y extranjera*. Madrid, tomo I. En p. 622 señala que «se refiere exclusivamente al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, *cuando exista un título anterior no inscrito*, o una causa que no aparezca claramente en el registro y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato *que no pudo conocer por sus libros*», insistiendo en que lo «injusto sería que tuviese que experimentar sus consecuencias el que, *engañado por el silencio del Registro*, adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pudo tener conocimiento por el registro»; en p. 635 concluye diciendo que «en una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique, o lo que es lo mismo, que la negligencia de uno no dañe a otro. La Ley castiga solo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca *engañándose* sobre quien era su dueño».

Hay que tener en cuenta que GÓMEZ DE LA SERNA escribe antes de la entrada en vigor de la LH 1861 y ya centra todo el problema de la doble venta en el artículo 34.

También lo hace al comentar el artículo 23. En p. 567 indica, a propósito de la contraposición de la Ley con la legislación de Partidas, que «si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar; la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo *dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro, comprara la finca*, creyendo que el dominio existía aun en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá se perjudicado por la compra anterior; para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece en el Registro».

Desde esta segunda perspectiva, es decir, centrando igualmente el tema en la necesidad de que el Registro no publique el título que perjudicaría al tercero, PÉREZ PEDRERO, E. y SIDRO Y SURGA, J. (1861). *Repertorio de la Legislación hipotecaria de España, o sea, la Ley Hipotecaria,* Colección Los Códigos de España. Madrid, tomo I, pp. 381-382, al comentar el artículo 23 señalan que «ya en otras ocasiones hemos manifestado que la Ley Hipotecaria descansa principalmente en este precepto que es una de sus bases más esenciales. Por el actual derecho, el que adquiere la cosa por quien ya no tenía derecho para transmitirla, por haberla transmitido anteriormente a otro, la pierde por la acción reivindicatoria o *rescisoria* que el dueño legítimo ejercita, quedando tan solo al comprador de buena fe la acción personal para repetir el precio y los daños y perjuicios de aquel que sin derecho le hizo la transmisión.

Este derecho está, pues, modificado por la Ley Hipotecaria: el que adquiere primeramente la cosa de su legítimo dueño y no inscribe su título en el Registro, para que conste su derecho sobre aquella cosa y la cesación del que sobre ella tenía el transmitente, no tendrá derecho a reivindicar la cosa adquirida, si este, suponiéndose aún dueño de ella, la grava o trasmite a un tercero que inscriba su derecho. La razón de la Ley estriba en el principio justo de que, el que por indolencia dejó de inscribir su derecho, y por ello dio ocasión a que *un tercero con buena fe contratase y creyese dueño aun al que no lo era, por no resultar lo contrario del Registro,* debe culparse a sí mismo de las consecuencias de su abandono, y no perjudicar y despojar al que adquirió con buena fe y por títulos legítimos». La idea, por tanto, es la misma que expondrá CÁRDENAS más tarde.

PANTOJA y LLORET [en sus comentarios a la Ley Hipotecaria, y señalo que tomo la cita de la obra de RODRÍGUEZ OTERO, L. (2010). *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios* (Referencia a una posible injusticia histórica). Madrid. Centro de Estudios Registrales], señalan al comentar el artículo 36.4 que «Así la Ley Hipotecaria como el proyecto de Código Civil han introducido sobre esta cuestión una reforma completa. Según el derecho común vigente hasta la publicación de este proyecto, si uno vende dos o más veces una misma cosa son *nulas* la segunda y demás ventas sucesivas. Pero, según la presente Ley, cuando suceda que el segundo comprador inscribe su adquisición antes de que el primero la verifique, no se *anula* ni *rescinde* la segunda venta, mediante la que se ha registrado el título donde consta, al paso que el de la primera carece de esta formalidad por culpa del primer comprador; siendo su culpa, a nadie tiene que imputar el perjuicio de no rescisión, aunque siempre le quedará el recurso de pedir la restitución del precio».

[37] GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN J.M. (1886). *Elementos del Derecho Civil y Penal de España,* tomo I, p. 603. Madrid. Librería de Gabriel Sánchez.

[38] ESCRICHE. (1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* en la edición reformada por Galindo y de Vera, L. y Vicente y Caravantes, J. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta.

[39] Esa posibilidad de inscripciones contradictorias resulta de que durante ese plazo de un año no entra en juego otro de los principios fundamentales de la Ley, el contenido en el artículo 17, que cierra el Registro a los títulos anteriores no inscritos. Acerca de su importancia, las palabras de la EM son suficientemente explicativas.

[40] Vale la pena fijarse ahora en que la suspensión de efectos del artículo 34 se produce en el conflicto entre el tercero y el *verus dominus*. La doctrina de la época no se planteó, hasta donde se me alcanza, el problema de dos titulares que derivan su derecho de una primera inscripción, y el segundo título se inscribe en el plazo de un año, para preguntarse si entre estos adquirentes triunfaba el que había inscrito o podría triunfar el titular anterior no inscrito. La doctrina posterior a 1944 se inclinó, mayoritariamente, por la primera posición. La redacción del artículo 207 actual (tras la Ley 13/2015) permite plantear el problema.

[41] Es preciso resaltar cómo el artículo 309 RH diferencia dos supuestos: en el primer párrafo, para que el titular anterior pueda reaccionar contra el titular inscrito en las Contadurías no es precisa la inscripción; en el párrafo segundo se señala que transcurrido el plazo de un año, solo se puede reaccionar si hay una inscripción en el nuevo Registro de ese título anterior.

[42] Como veremos más adelante, el problema que se planteó fue qué ocurría si el no dueño conseguía una inscripción y transmitía a un tercero, y eso al estudiar el artículo 34. Jamás nadie defendió que una inscripción basada en un título falso pudiera proteger al que conseguía una primera inscripción.

[43] «Desde la publicación de esta Ley, no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma Ley». El párrafo primero del artículo 333, RH por su parte, desarrollaba esta norma al establecer que «la prohibición de admitir en los Tribunales, Consejos y oficinas documentos no registrados, comprendida en el artículo 396 de la Ley, se llevará a efecto, aunque dichos documentos no

se puedan ya registrar por el que quiera hacer uso de ellos, siempre que con los mismos, se trate de acreditar cualquier derecho procedente del actos o contrato a que se refieran, pero no cuando se invoque por un tercero, en apoyo de un derecho diferente que no dependa de dicho acto o contrato. Fuera de este caso, los Tribunales, Consejos y oficinas devolverán a los interesados los instrumentos no registrados que presenten, como otorgados sin los requisitos que la Ley exige, y no permitirán que quede de ellos testimonio, copia ni extracto en los autos o expedientes».

[44] Los Tribunales, sencillamente, acabaron desconociendo este precepto.

[45] Más adelante hemos de estudiar detenidamente la prohibición de que los documentos no inscritos no surtieran efecto en juicio, prohibición esta que se deriva claramente de la legislación anterior a la LH 1861.

[46] Singularmente la prueba testifical, así como la resultante de la posesión continuada durante el plazo necesario para la usucapión.

[47] Las prórrogas sucesivas que sufrió la Ley solo pueden entenderse si se contempla cómo para que se inscriban los títulos posteriores a la entrada en vigor de la Ley es preciso que esté inscrito el título anterior a su entrada en vigor. Al no inscribirse, pese a las exigencias de la Ley, la propiedad anterior no se encontró otro remedio que prorrogar la posibilidad de que los títulos anteriores pudieran inscribirse.

[48] El problema que se plantea aquí, y en el que no voy a entrar, es si el tercero protegido es quien adquiere del titular que ha sufrido el embargo o solamente el subadquirente.

[49] Al regular el embargo preventivo (que puede solicitar quien presente título ejecutivo y siempre que exista motivo racional para pensar que el deudor ocultará sus bienes), el artículo 937 de la Ley se limita a decir que «los bienes embargados se depositarán; y si fueren raíces, se librará mandamiento por duplicado para que se tome razón en la Contaduría de hipotecas en la forma prevenida en el juicio ejecutivo».

Cuando se regula el juicio ejecutivo, el artículo 948 ordena que, despachada la ejecución, se requiera de pago al deudor y no verificándolo en el acto, se embarguen bienes suficientes, los cuales se depositarán con arreglo a derecho, estableciendo el artículo 953 que «de todo embargo de bienes raíces se tomará razón en la contaduría de hipotecas del partido».

[50] He dedicado a ello un capítulo en el trabajo sobre «El embargo y la titularidad de los bienes embargados».

[51] En este sentido, SARMIENTO RAMOS, J. (1993). *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

[52] Si tuviera dicho título inscribible. En otro caso, habría de acudir a la información posesoria del artículo 397 LH, en la que debería ser parte el propietario de la finca.

[53] El supuesto es el siguiente: A (titular dominical anterior a la LH) constituye un derecho real a favor de B; A vende (también antes de la LH) a C y C inscribe su dominio.

[54] En el sentido de que el primer contrato de compraventa había generado la obligación de entregar la cosa, pero todavía no había transmitido el dominio.

[55] El de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero.

[56] Esta interpretación tiene su apoyo en la propia EM (Leyes Hipotecarias, p. 278) cuando señala que «puede ocurrir que el que no aparezca en el registro con derecho para hipotecar, constituya una hipoteca y después adquiera el derecho de que antes carecía. ¿Convalecerá en este caso la hipoteca? La comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado. Otra razón poderosa ha movido también a la comisión: es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar o hipotecar concedida a los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocidos como se propone el legislador por medio de los registros que a la propiedad inmueble se refieren».

[57] GALINDO y ESCOSURA (1890, tomo 4, p. 189) realizan, sobre la base de la Ley 7, Título 13, Partida 5, una feroz crítica a la invalidez de la hipoteca en este supuesto.

[58] Las hipotecas legales a favor de legatarios y acreedores refaccionarios se convierten, sin embargo, en anotación preventiva, y ya hemos examinado las consecuencias que se derivan del artículo 69 LH.

[59] Tanto la Exposición de Motivos como la discusión parlamentaria muestran una verdadera preocupación por este tipo de hipotecas, tratando de evitar que las esposas o los hijos tuvieran que pleitear contra su esposo o padre.

[60] Este expediente tenía todavía utilidad pasado el plazo en el supuesto de que la finca pudiera estar gravada con hipotecas legales del artículo 354.

[61] Es decir, el expediente de liberación de cargas afectaba también a las hipotecas privilegiadas que no se extinguían y afectaban a terceros aún pasado el plazo de un año (STS de 10 de diciembre, y 20 de diciembre de 1876). Este tipo de hipotecas (en tanto subsistan con arreglo a la legislación civil) van a estar especialmente protegidas, de forma que frente a ellas no existe principio de inoponibilidad alguno, ni autónomo ni como manifestación del principio de fe pública. El único modo de liberar el bien de ellas es, precisamente, el del expediente de liberación y con los efectos que veremos seguidamente.

[62] Esta contradicción desaparece con la reforma de 1869, ya que, según su artículo 372 quinto, la sentencia de liberación expresará la de quedar libres los bienes «de toda carga no inscrita e hipoteca legal, en cuanto a tercero que después adquiera dominio o derecho real en los mismos bienes».

[63] PARDO NÚÑEZ, C.: Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español. Aunque reconoce que los efectos de la liberación no eran claros en página 157, con anterioridad señala (p. 148) que transcurrido el plazo de un año se producía una verdadera purga por ministerio de la Ley.

[64] OLIVER, B. (1892). *Derecho inmobiliario español,* pp. 541 y sigs., Madrid.

[65] Una de las preocupaciones del legislador fue que las leyes no tuvieran eficacia retroactiva. Así, en la EM (Leyes Hipotecarias, 325) se señala que «como la ley no debe tener eficacia retroactiva, necesario es examinar si dejando subsistente el principio, puede en su aplicación conseguirse el resultado que se desea. Respétense enhorabuena los derechos: la comisión no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es una violación cambiar la forma de hacerlos efectivos, que es lo más grave que se propone en el proyecto. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos. Las leyes nuevas no deben destruir los derechos creados por otras anteriores, *porque se dan para lo futuro*». CÁRDENAS (1871, 147) insiste en la misma idea de que las leyes sustantivas no deben tener efectos retroactivos y que con este objeto se prescribió la adopción de las disposiciones convenientes para preservar los derechos antes protegidos por las hipotecas legales.

[66] Resulta llamativo que OLIVER (1890, 541) no incluya dentro del elenco de acciones resolutorias o rescisorias precisamente el supuesto de la doble venta.

[67] De quien ha instado el expediente.

[68] Creo, sin embargo, que más que de nulidad en el sentido técnico actual habría que hablar de invalidez o ineficacia en general (como hace el art. 309 RH 1861), aunque tengo para mí (y sobre todo al examinar el caso de hipoteca de finca ajena) que es a partir de la LH 1861 donde se empieza a plantear de modo claro la nulidad no solo de la segunda venta, sino ya con carácter general de la venta de cosa ajena.

[69] Su doctrina la sigue casi al pie de la letra la STC de 8 de abril de 2013.

[70] Así resulta con claridad, tanto del sistema del Código Civil (art. 608) como de la propia Ley Hipotecaria, en la que el Título VI (denominado sintomáticamente «De la concordancia del Registro y la realidad») regula detenidamente (y hoy modificados por la Ley 13/2015) los mecanismos de acceso por primera vez al Registro de un dominio preexistente, enlazándose así con el artículo 40 LH que considera la inmatriculación como un supuesto de inexactitud registral; el Registro es inexacto, en este caso, no porque publique algo que no se corresponde con los derechos reales existentes, sino porque no publica un derecho existente en la realidad jurídica extrarregistral.

[71] Esto es así, claramente, cuando se adquiere de titular registral. Otra cosa es cuando se trata de la eficacia del asiento de inmatriculación en cuanto al pasado. En mi opinión, la inmatriculación por expediente de dominio no protege al inmatriculante respecto de los titulares de derechos reales anteriores, embargos ya trabados (aunque no se hubiera tomado anotación preventiva de suspensión de la anotación preventiva de embargo por falta de previa inscripción) o acciones con trascendencia real que pudieran afectar a su adquisición, y tampoco, por tanto, cuando su transmitente ya no fuera dueño de la cosa al tiempo de vendérsela por haberlo hecho (y transmitido el dominio) con anterioridad a otro. Para un estudio detenido de la cuestión, me remito a mi trabajo «*La eficacia de la inmatriculación tras la Ley 13/2015*» publicado en la página web notariosyregistradores.

[72] Leyendo la EM de la LH 1861 a veces da la impresión de que el único «tercero» que interesaba al legislador era el acreedor hipotecario, de forma que la protección del titular dominical podría considerarse como un mero medio para conseguir esta finalidad; sin embargo, una lectura desapasionada nos pone de manifiesto la voluntad tanto de la Comisión como de los legisladores de poner en claro la titularidad dominical y el estado de cargas de las fincas, no solo como medio para la concesión del crédito necesario para el crecimiento económico, sino como una finalidad buscada en sí misma y de la que se deriva, por tanto, la facilitación del crédito.

[73] Se refería a la adquisición del dominio y la constitución, cesión y extinción de los demás derechos reales sobre inmuebles, con excepción de los censos y gravámenes de carácter hipotecario.

[74] Para un estudio más detenido, véanse las obras ya citadas de GÓMEZ DE LA SERNA, GALINDO y ESCOSURA, OLIVER, JIMÉNEZ PARÍS; y SERNA VALLEJO, M. (1996). *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Madrid. Centro de Estudios Registrales; M. D. APARICIO CARRILLO M. D. y SÁNCHEZ ESTRELLA, P. (2005). Inventario de las contadurías de hipotecas del archivo histórico provincial de Sevilla 1768-1870. *Revista TRIA*, núm. 12, 45-53; RIVAS PALÁ, M. Los libros de registro de las antiguas Contadurías de Hipotecas. *Boletín de ANABAD*, año XXVIII, número 1, 57-83, y, en cuanto a la recopilación documental, el trabajo de CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). *Reales disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX)*. Madrid. Centro de Estudios Registrales.

[75] Esta doctrina arranca de la interpretación que se hace de P. 3, T. 18, L. 103, cuando establecía como requisito indispensable para la validez de la venta de los contratos de venta de bienes raíces el otorgamiento de escritura pública, entendiendo la norma como una limitación de lo que hoy denominaríamos «medios de prueba»: el documento como medio de prueba necesario. De ahí que los tribunales se consideraran facultados para rechazar el documento no registrado, pero admitiendo la fuerza de otros medios probatorios, entre ellos la declaración de quienes habían intervenido como testigos en las escrituras.

[76] No obstante, este mismo autor (p. 581) nos dice, incurriendo en una cierta contradicción, que la Pragmática solo afectaba a un limitado número de actos y «para el único efecto de perseguir en juicio estas cargas contra tercero».

[77] Real Cédula de Felipe II de 1558, Real Cédula de Felipe II para la renunciación de oficios, dada en Lisboa el 13 de noviembre de 1581, Real Cedula de 7 de abril de 1589, Real Provisión de 8 de agosto de 1590, Auto acordado de Felipe V de 11 de diciembre de 1713.

[78] Publicada el 5 de febrero de 1768.

[79] GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 106) reconoce que «se incurría así en el antiguo error», ya que si no se registraban no se podía juzgar por estos mismos instrumentos, que para este efecto no hacían fe, *aunque la tuvieran para otros diferentes*.

[80] GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 108); OLIVER (1892, 281). No obstante, sí imponía la toma de razón de la venta de bienes raíces sujetos a hipoteca especial y expresa, no a hipoteca general o tácita.

[81] Su texto completo, en CABELLO (1998, 278 y sigs.). Con anterioridad, el 3 de julio de 1769, la Audiencia de Cataluña había elevado al Rey una consulta sobre las dudas que planteaba la práctica de la Pragmática en el Principado.

[82] Recordemos que ya en la redacción del Anteproyecto de Código Civil de 1848, BRAVO MURILLO, LUZURIAGA y GARCÍA GOYENA habían discutido el problema, y se llega a una solución transaccional entre la tesis de LUZURIAGA de la inscripción constitutiva y la de GARCÍA GOYENA de la transmisión por el simple consentimiento, de forma que la Base 52 del Anteproyecto pasa a decir: «Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público». Esta posición llega al Proyecto de 1851, cuyo artículo 1858 dice que «ninguno de los títulos sujetos a inscripción…surte efectos contra tercero, sino desde el momento en que haya sido inscrito en el Registro Público». Una solución transaccional supone un acuerdo entre las distintas posiciones. Entender el no surtir efecto respecto de tercero como que sin inscripción no hay acción real no es transacción sino simple triunfo de la inscripción constitutiva.

[83] La hipoteca no inscrita producía, además, otros efectos: tanto respecto de otros acreedores hipotecarios no inscritos (que no son terceros poseedores), con respecto del propio acreedor, ya que la LEC 1855 establecía la obligación de que el crédito se ejecutara en primer lugar sobre los bienes hipotecados, en una constante línea legislativa que se rompe (al menos formalmente) con la LEC 2000.

[84] GÓMEZ DE LA SERNA también hace un elogio del sistema (lógicamente, pues había sido elaborado por él), al enfrentarse a la alegación de obligatoriedad de la inscripción. Y lo hace tanto frente a quienes alegaban que la inscripción se había convertido en obligatoria, negando esa premisa y aduciendo los medios indirectos que trataban de procurar el mismo resultado que el que derivaría de la obligatoriedad, como frente a quienes (parece que se refiere a LUZURIAGA) señalaban que de mantenerse la libertad que reconoce en la Ley de inscribir o dejar de hacerlo se frustraría el fin buscado de que toda la propiedad quedase registrada.

[85] *Leyes Hipotecarias,* pp. 237-238. A decir verdad, sin embargo, dos páginas más adelante la EM nos habla de la profunda modificación que la LH supone en «el derecho de propiedad y de los demás derechos reales en la cosa a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones».

[86] Si queremos una mayor precisión en los términos, habría que decir que la inscripción, voluntaria en principio, se convierte en «necesaria» para evitar el posible perjuicio.

[87] En este sentido, con absoluta claridad, se pronuncia GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 252) al comentar el texto de la Exposición de Motivos. Y ya he expuesto la posición del RH en su artículo 308.

[88] La inscripción de la posesión produce un efecto de «cierre registral» (resolución de 12 de septiembre de 1883, aunque hay otras que permiten la inscripción de títulos de dominio anteriores a la inscripción de la posesión), ya que impide que se inscriba el dominio a favor de persona distinta mientras no se declare que es de mejor derecho que el que tiene inscrita la posesión y tal declaración solo pueden hacerla los Tribunales en el correspondiente juicio.

[89] El estudio se realiza como si la LH 1861 hubiera entrado en vigor y no hubiera sido continuamente prorrogada la facultad de inscribir por primera vez los títulos anteriores a la Ley.

[90] En el sentido de documento público, escritura o ejecutoria. En este sentido, también con claridad, GÓMEZ DE LA SERNA realiza una encendida defensa de la terminología de la Ley.

[91] Es constante la referencia doctrinal y de la Exposición de Motivos a la injusticia que supondría que el que «engañado por el silencio del registro» adquiriera la finca que ya había sido transmitida a otro y tuviera que perderla después por consecuencia de esa primera transmisión o tuviera que soportar la carga ya constituida, «de la que no pudo tener conocimiento por el registro».

[92] Como hemos visto, la doctrina utiliza los términos de pérdida o renuncia a un derecho ya existente.

[93] En este sentido, señala en p. 1943 que «el efecto negativo de la falta de inscripción (*denegatio actionis*) que niega la legitimación procesal e impide por tanto que prospere la

reclamación real (incluso contra tercer poseedor no inscrito que por lo demás mientras no inscriba tampoco podrá accionar aunque entretanto sigue disfrutando sin oposición de la cosa si es que la tiene en su poder: *melior condictio est possidentis*)».

(Trabajo recibido el 6-6-2016 y aceptado para su publicación el 22-7-2016)

DERECHO COMPARADO

La cesión de créditos en el contexto europeo. Especial referencia a las propuestas de Derecho contractual europeo

The assignment of rights in the European context, with special reference to the proposals for European contract law

por

M.ª CARMEN CRESPO MORA
Profesora Visitante Titular
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Este trabajo se centra en analizar la cesión de créditos en las diversas legislaciones europeas y en el proceso actual de armonización del Derecho privado europeo (PECL, DCFR). El trabajo concluye que las enormes divergencias existentes entre los sistemas jurídicos europeos en materia de cesión de créditos, dificulta el proceso de armonización sobre esta materia.

ABSTRACT: This paper focuses on the study of the assignment of claims in several European legal systems and in the current process in Europe that deliberately intends to harmonize private law. The paper concludes that the huge differences between the European legal systems regarding the assignment of claims hinders the process of harmonization in this area.

PALABRAS CLAVE: Cesión de créditos. Derecho privado europeo. Principios UNIDROIT. Principios Europeos de Derecho contractual. Borrador de Marco Común de Referencia.

KEY WORDS: Assignment of rights. European Private Law. UNIDROIT Principles. Principles of European Contract Law. Draft Common Frame of Reference.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE CESIÓN DE CRÉDITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. REQUISITOS DE LA CESIÓN.—IV. EL OBJETO DE LA CESIÓN.—V. LOS SUJETOS DE LA CESIÓN: LA EFICACIA DE LA CESIÓN FRENTE A TERCEROS.—VI. RELACIÓN CEDENTE-CESIONARIO.—VII. RELACIÓN CESIONARIO-CEDIDO.—VIII. RELACIÓN CEDENTE-CEDIDO.—IX. EL PACTO DE *NON CEDENDO*.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la situación actual de la cesión de créditos en el contexto jurídico europeo, tomando como punto de partida la regulación de la materia en los PICC[1], así como en las diferentes iniciativas europeas de armonización del Derecho privado: fundamentalmente, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el Borrador de Marco Común de Referencia[2] y, subsidiariamente, el Anteproyecto de la Academia de Pavía.

La cesión de créditos constituye una materia que recibe una regulación muy distinta en los diferentes ordenamientos, aunque el Derecho europeo sobre cesión de créditos gira básicamente en torno a dos grandes tradiciones continentales: la francesa y la alemana[3]. Evidentemente, tal coexistencia normativa ha presentado un serio obstáculo en el proceso armonizador, al tratar de conciliar soluciones jurídicas que, en ocasiones, son prácticamente antagónicas. Por ello, los redactores de los textos que pretenden armonizar la disciplina, conscientes de la dificultad que implica la unificación en un terreno con diferencias tan marcadas, han tratado de aproximar los sistemas y encontrar el equilibrio[4], buscando soluciones compatibles con los distintos ordenamientos, para asegurar así la aceptación generalizada de estas reglas en el tráfico comercial. El problema que tiene la búsqueda de soluciones que satisfagan a todos, es que probablemente no convenzan por completo a nadie, pues, como se verá, no se ha podido evitar que alguna de estas soluciones se oponga a principios arraigados en las legislaciones internas. Existe el peligro, pues, de que al igual que ha sucedido

con otras normas internacionales sobre la materia[5], estas iniciativas no lleguen a calar en los Derechos nacionales.

Llama especialmente la atención que los textos de referencia anteriormente citados no siempre superen los inconvenientes puestos de manifiesto tradicionalmente por la doctrina y que, incluso, lleguen a ofrecer soluciones contradictorias sobre ciertas cuestiones, provocando, con ello, nuevas controversias sobre el tema que se suman a las discusiones ya existentes en torno al mismo[6].

En cualquier caso, en esta materia, como en muchas otras, el esquema de los PECL es seguido por el DCFR, que no es más que una versión revisada de aquellos. La comparación entre los principios y el DCFR lleva a la conclusión de la gran similitud de ambos en cuanto a su estructura, cuestiones tratadas, estilo y contenido, aunque el DCFR ofrece una regulación más prolija y detallada que el texto que le precede. De hecho, pese a mantener muchas de las normas de los PECL sobre la materia, el Borrador de Marco Común añade otras con la finalidad de completar aquella regulación o para aclarar ciertas cuestiones controvertidas que los PECL no lograron solucionar[7]. Ello explica que pueda apreciarse notables diferencias entre ambos textos en la regulación de ciertos aspectos sustanciales del régimen jurídico de la cesión de créditos, que serán destacadas posteriormente.

Como se ha dicho, pese a que las necesidades del tráfico jurídico exigen soluciones uniformes en el contexto europeo, los distintos ordenamientos ofrecen respuestas muy diferentes a los problemas que suscita la cesión de créditos. Las divergencias entre las distintas legislaciones europeas comienzan ya en lo referente a la ubicación sistemática de esta institución. En este punto podemos encontrar desde ordenamientos como el portugués que configuran la cesión como una categoría autónoma, hasta ordenamientos como el francés o el español —bajo la influencia francesa—, que regulan la cesión en sede de compraventa[8]. El BGB y el vigente Código Civil italiano[9] incluyen la cesión de créditos en la parte dedicada a las obligaciones en general (solución adoptada, entre nosotros, tanto por la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos —PMCC, en adelante—, como por la Propuesta de Código Mercantil —PCM, en adelante[10]—). En el DCFR, que sigue en este extremo a los PECL, la cesión de créditos aparece en el Libro III, dedicado a las normas generales sobre obligaciones. Tal solución, a mi juicio la más acertada, presupone el reconocimiento de que la cesión de créditos no puede vincularse a un único tipo contractual, por ser, en realidad, un efecto jurídico común a toda una serie de contratos diferentes[11]: la transmisión del crédito del cedente al cesionario, sin que ello afecte a la subsistencia de la relación obligatoria, que permanece intacta[12].

Sin embargo, como pronto se verá, las divergencias entre los diferentes sistemas se extienden a aspectos sustanciales del régimen jurídico de esta institución: el concepto de cesión de créditos (negocio abstracto *versus* negocio

causal; incluye la cesión con función de garantía en algunos sistemas, mientras que, en otros, la cesión con función de garantía no constituye una cesión de créditos con efectos traslativos plenos); la eficacia de las cláusulas de prohibición o restricción de la cesión (válidas y eficaces en algunos derechos nacionales; ineficaces, en otros); la determinación de los efectos que produce la notificación al deudor (requisito esencial para que la cesión de créditos resulte oponible al deudor cedido y otros terceros, en algunos sistemas; requisito que solo es tenido en cuenta a efectos del pago liberatorio, en otros) y, por último, la solución a los casos de cesiones de créditos sucesivas (que algunos sistemas resuelven en términos de preferencia y otros con la regla *nemo dat quod non habet*). Las siguientes páginas se dedicarán al análisis de estas y otras cuestiones que, como se ha dicho, reciben respuestas muy dispares en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, lo que, sin duda, provoca que se ralenticen e, incluso, se obstaculicen las cesiones de créditos transfronterizas[13].

De igual forma, como ya se ha indicado, el presente estudio trata de enumerar las soluciones adoptadas por los textos de referencia, en su intento de alcanzar la deseable armonización en la materia. Aunque los esfuerzos realizados en las diferentes propuestas armonizadoras resulten finalmente infructuosos, pues los obstáculos a su publicación y vigencia parecen difícilmente superables[14], su estudio no ha perdido interés, pues es innegable que sus remedios han trascendido del ámbito académico en el que surgieron. De hecho, es indiscutible la influencia de estos textos en las reformas llevadas a cabo en los últimos años en los ordenamientos europeos e, incluso, como es el caso español, sus soluciones han logrado penetrar en la argumentación de los tribunales.

II. CONCEPTO DE CESIÓN DE CRÉDITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Una de las cuestiones que mayores discusiones doctrinales ha provocado al tratar de perfilar y definir la cesión de créditos, es la determinación de si puede considerarse como causa bastante para la plena transmisión de la titularidad del crédito, la cesión con finalidad de cobro o finalidad de garantía. En otras palabras, se discute si la definición de cesión abarca tanto la transferencia de la plena titularidad de los créditos cedidos, como la constitución de una garantía real sobre los mismos, pues el que haya o no cesión plena conlleva importantes consecuencias en orden a los derechos de las partes y de los terceros en situaciones de conflicto[15]. Pues bien, aunque no exista una posición unánime al respecto, en Derecho español un sector importante de la doctrina ha negado de forma categórica que las cesiones con las finalidades de cobro o garantía puedan ser consideradas auténticas cesiones, por no producir el efecto de transmitir al cesionario la íntegra titularidad del crédito[16]. De hecho, autorizadas voces han asimilado la cesión de créditos en garantía a la prenda de créditos[17].

Muy diferente es la solución de la cuestión en el Derecho alemán, en el que resulta admisible la cesión plena de un crédito con finalidad de garantía, debido a la configuración de la cesión como un negocio de disposición abstracto. Por lo que respecta a los Derechos francés e italiano, la doctrina se encuentra dividida[18].

La respuesta a este problema por parte de los diferentes textos de referencia va desde el sometimiento a las mismas normas tanto de la cesión plena como de la cesión en garantía, hasta el reconocimiento por parte de alguno de ellos, de que cuando se constituye una garantía sobre el crédito, la cesión no implica su transmisión plena. Entre los primeros puede encuadrarse el artículo 9.1.1 PICC, que incluye expresamente en el concepto de cesión de créditos, la transferencia a modo de garantía. De igual forma, el artículo 11:101 PECL (apartados 4 y 5), establece expresamente que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la regulación sobre cesión de créditos, la entrega del crédito a título de garantía. Matiza, no obstante, que, si se cede un derecho en concepto de garantía, los preceptos de la sección dedicada a la cesión deberán aplicarse con las modificaciones necesarias (Comentario B, art. 11:101). Ahora bien, esta solución —con la que probablemente se trataba de satisfacer a los países en los que impera un sistema abstracto de cesión de créditos[19]—, encontraba difícil encaje en determinados sistemas jurídicos causalistas, como es el caso, por ejemplo, del Derecho español. Tal vez por ello, el DCFR se distancia claramente de los PECL en este punto, pues, de acuerdo con los artículos III-5:103 (1) y III-5:510 (3), a las cesiones con función de garantía les son aplicables las normas sobre cesión de créditos de manera subsidiaria, por resultarles de preferente aplicación las normas consagradas en otros libros sobre garantías reales y fideicomisos. Aunque podría entenderse que la regla consagrada en el DCFR (esto es, la aplicación supletoria de las reglas de la cesión a las cesiones en garantía) implica cierto reconocimiento, aunque sea indirecto, de que la cesión con finalidad de garantía constituye, en último término, una auténtica cesión de créditos[20], esta conclusión ha de descartarse en atención al artículo III-5:102 (2) DCFR, que define la cesión como el contrato o acto jurídico dirigido a transmitir el derecho[21].

Los comentarios que acompañan tanto al artículo 11:101 PECL (Comentario B) como al art. III-5:101 DCFR (Comentario B) destacan que las normas de esta sección se limitan a transmisiones de créditos voluntarias, es decir, las realizadas mediante contrato u otro acto jurídico, sin que resulten aplicables a la transmisión de derechos por ministerio de la ley (por ejemplo, en caso de fallecimiento, concurso de acreedores o de subrogación legal). Por el contrario, en ordenamientos como el español o el francés, aunque lo usual será que la cesión de créditos se establezca en el ámbito de un contrato, nada impide que esta se produzca por imperativo legal, como sucede en el supuesto de absorción de una empresa por otra[22].

Por último, los diferentes textos de referencia [arts. 9.1.2 (a) PICC, 11:101 (3, b) PECL y III-5:101 DCFR] excluyen la aplicación de sus reglas sobre esta

materia a la cesión de créditos que deriva de instrumentos financieros, valores mobiliarios, títulos valores e instrumentos negociables y documentos similares, porque se diferencian en aspectos fundamentales de los créditos regidos por el Derecho de obligaciones. De igual forma, estas cesiones se rigen por normas especiales en los diferentes Derechos nacionales.

III. REQUISITOS DE LA CESIÓN

La modificación del sujeto activo de la relación obligatoria exige la concurrencia de ciertos requisitos. En cuanto a los mismos, es preciso distinguir, como lo hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011, p. 298), entre los requisitos del negocio causal y los genéricos de la cesión. Los textos de referencia distinguen igualmente los aspectos contractuales de la cesión, de los efectos de la cesión como un modo de transmisión (arts. 11:101 PECL y III-5:102 DCFR), reconociendo así que la cesión, más que un acto jurídico, es el efecto común a toda una serie de contratos diferentes (compraventa de crédito, permuta de crédito, donación de crédito, dación de crédito en pago, etc.)[23]. Ello explica que la formación y validez de los actos de cesión no se rijan por las disposiciones dedicadas expresamente a la cesión, sino por las reglas del concreto negocio jurídico utilizado, razón por la cual el artículo III-5:110 DCFR remite a las mismas.

Para evitar dudas sobre el modelo adoptado, el artículo III-5:104 (3) DCFR niega que sea necesario un acto de cesión independiente del contrato que transmite el derecho al cesionario y exige, para que tenga lugar la cesión del crédito, que sea válido el acto de cesión o negocio causal (III-5:104, e)[24]. En consecuencia, si el acuerdo o acto jurídico no es válido, la cesión de créditos no será eficaz. Los PECL, por su parte, no adoptan una postura concreta al respecto, como expresamente admite el Comentario B del artículo 11:101 PECL[25]. Estas previsiones alejan el modelo de cesión de créditos diseñado por el DCFR, de sistemas jurídicos como el alemán, suizo o griego, en los que la cesión de créditos se configura como un negocio de disposición abstracto —consistente en la concorde voluntad de cedente y cesionario de transmitir y adquirir la titularidad del crédito—, distinto e independiente de los negocios de obligación causales en los que pueda basarse. Ambos negocios pueden producirse por separado, pero también pueden coincidir en un mismo acto, lo que no impide que cada uno de ellos tenga su propio régimen jurídico[26]. En los ordenamientos de corte germánico, la validez y eficacia del negocio de disposición es independiente de la validez y eficacia del negocio de obligación en que aquel se basa; por ello, las irregularidades o deficiencias de este último no podrán ser opuestas, en principio, a terceros, razón por la que se habla en los anteriores sistemas de abstracción de la causa. En definitiva, el DCFR consagra en este punto el

modelo seguido por sistemas como el español, italiano o francés, en los que no se admite la abstracción de la causa y que conciben la cesión como un negocio que requerirá siempre la existencia de una causa válida: esto es, un negocio jurídico verdadero, válido y que sea legalmente suficiente para transferir el crédito.

Muy diferente fue la respuesta a esta cuestión por parte del Anteproyecto de la Academia de Pavía, que recoge en el artículo 122 (apartados 1 y 3), tanto la tradición alemana como la francesa. Según el mencionado anteproyecto, la cesión de créditos se puede realizar de dos maneras distintas: mediante un primer contrato causal por el que el cedente se obliga a ceder el crédito al cesionario, teniendo lugar la cesión por un segundo contrato abstracto (sistema alemán) e, igualmente, por efecto del simple consentimiento (sistema francés). En caso de duda, prevalecerá este último modelo.

En cuanto a los requisitos de la cesión, la cuestión más controvertida y en la que las divergencias entre los distintos ordenamientos europeos son más notables es, sin lugar a dudas, la relativa a la determinación de los efectos que produce la notificación al deudor. En otras palabras, resulta cuestionable si se debe atribuir a dicha notificación el papel de requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario. Llegados a este punto, hay que reconocer que, pese al tenor literal de ciertos preceptos europeos (*v. gr.*, art. 1689 del Código Civil francés, que ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia[27]), por regla general la notificación no es considerada como elemento constitutivo de la cesión entre cedente y cesionario, salvo, probablemente, la modalidad del *assignment chose in action* regulado por el apartado 136 de la Law of Property Act 1925[28]. El resto de sistemas continentales son menos formales que el inglés, aunque todos otorgan cierto alcance a la notificación al deudor: ahora bien, mientras que algunos hacen depender la eficacia de la cesión frente al deudor de la misma[29], en otros, la notificación al deudor no es requisito de eficacia de la cesión —pues sin notificación la cesión le resulta igualmente oponible— y solo es precisa para destruir los efectos liberatorios del pago al cedente. En estos últimos la mera cesión, sin necesidad de otro acto posterior, convierte al cesionario en titular del crédito frente a todos (incluido el deudor y otros terceros) con las consecuencias que ello implica: desde la cesión, es el cesionario quien puede exigir el pago al deudor y son los acreedores del cesionario quienes pueden embargar el crédito.

Entre los ordenamientos jurídicos que otorgan un mayor alcance a la notificación podría situarse el Derecho portugués (art. 583 del Código Civil portugués) y, sobre todo, el Derecho francés (arts. 1689 y 1690 del Código Civil francés)[30], sistema cuya interpretación ha suscitado importantes dudas doctrinales[31]. Así, aunque la doctrina francesa parece admitir la eficacia inmediata de la cesión entre cedente y cesionario desde que se perfecciona el negocio de cesión con el consentimiento recíproco[32], para la oponibilidad de la cesión al deudor u otros terceros exige la notificación judicial al deudor o su aceptación en acto

auténtico[33]. Pese a los intentos de la doctrina y jurisprudencia francesas por flexibilizar las exigencias del artículo 1690 del Código Civil francés (admitiendo, por ejemplo, la aceptación tácita[34]), de acuerdo con el citado precepto, la salida del cedente de la relación obligatoria y, en consecuencia, la pérdida de su condición de titular del crédito, se aplaza al cumplimiento de la exigencia de notificación o aceptación del deudor; hasta ese momento, pues, el cedido sigue siendo deudor del cedente y no tiene ninguna obligación con el cesionario. Por tanto, si el embargo es practicado por los acreedores del cedente antes de dicho cumplimiento, la atribución del crédito al acreedor embargante resultará oponible al cesionario. Así las cosas, no cabe duda de que este sistema otorga una mayor protección al deudor cedido —a costa, eso sí, de la ralentización del tráfico–, pero crea graves riesgos para el cesionario, que puede ver desaparecer el crédito cedido por las maniobras de un deudor deshonesto.

Algunos autores incluyen en este apartado al sistema italiano[35], debido a la defectuosa redacción del artículo 1264 del Código Civil italiano, cuya interpretación ha provocado igualmente acaloradas discusiones doctrinales. A favor de la inclusión del sistema italiano en la categoría anterior puede esgrimirse el artículo 1265 del Código Civil italiano que, siguiendo en este punto al Derecho francés, decide la prevalencia en caso de cesiones múltiples por la notificación o aceptación con fecha cierta. Sin embargo, la doctrina italiana, realizando una interpretación de estos preceptos próxima al sistema germánico, sostiene la eficacia traslativa inmediata de la cesión de créditos, tanto *inter partes* como respecto al deudor cedido[36].

Frente a los anteriores sistemas se sitúan el BGB (§ 398) y el Código Civil español (art. 1527). Estos ordenamientos no contemplan la notificación como un requisito de eficacia de la cesión frente al deudor u otros terceros, lo que no significa que no le otorguen ningún tipo de relevancia, pues, como luego se verá, hasta la notificación será liberatorio el pago realizado por el deudor al cedente (acreedor aparente, pues, desde la cesión, el cesionario es el nuevo acreedor). En el sistema de cesión de créditos consagrado en el BGB, la cesión produce efectos *erga omnes* (entre las partes y frente a terceros) sin que sea necesaria ninguna comunicación al deudor[37]. Tras el acto de cesión, pues, ya no es el cedente sino el cesionario el nuevo titular del crédito y no solo *inter partes* sino frente a todos (deudor, acreedores del cedente y otros cesionarios). La notificación de la cesión al deudor desempeña un papel menos trascendente que en el sistema anterior: como ya se ha dicho, solo tiene por objeto impedir que el deudor se libere pagando de buena fe al cedente (§ 409).

Esta opción es la elegida también por nuestro Código, donde la perfección de la cesión no exige el consentimiento[38] —que, sin embargo, adquiere gran relevancia en el ámbito de las excepciones oponibles— ni el conocimiento del deudor cedido[39]. En Derecho español tampoco es necesaria la entrega de ningún

documento para su perfección[40], sin perjuicio de la protección de la apariencia resultante del artículo 1527 del Código Civil. Aunque una lectura apresurada del precepto citado podría conducirnos a una conclusión distinta, es mayoritaria la opinión que sostiene que el Código Civil no hace depender la eficacia de la cesión frente al deudor de que este la conozca efectivamente, ya que, según la doctrina —no así la jurisprudencia[41]–, la transmisión del crédito se produce respecto al deudor cedido desde que concurren los consentimientos de cedente y cesionario[42]. Por tanto, desde ese momento aquel quedará vinculado con el cesionario y, en principio, solo se liberará pagando a este. Si en determinadas circunstancias se libera pagando al cedente *ex* artículo 1527 del Código Civil, no es porque pague a quien sigue siendo acreedor para él, sino porque paga a un acreedor aparente[43]. En definitiva, pues, pese a que el deudor es un tercero respecto al contrato de cesión, el artículo 1527 del Código Civil le otorga un trato más favorable que el que reciben los demás terceros en el artículo 1526 del Código Civil[44].

Curiosamente, este conflicto es resuelto de forma diferente por los PECL y por el DCFR[45]. Así, frente al formalismo de los PECL (el art. 11:202 establece que la cesión surte efecto en el momento en que se celebra el acuerdo de cesión, pero, posteriormente, el art. 11:303 PECL exige la notificación por escrito, para que la cesión produzca efectos frente al deudor[46]), el artículo III-5:104 (4) DCFR ha optado por dar prioridad a la agilidad y flexibilidad de las transacciones[47]. Según el Borrador de Marco Común de Referencia, la cesión no requiere ni la anuencia o consentimiento del deudor (aunque, como veremos posteriormente, este puede resultar importante a otros efectos) ni la notificación al mismo[48]. Por ello, los efectos de la cesión se producen tan pronto como se lleve a cabo: en el momento en que los requisitos básicos se cumplen, el cedente deja de ser el acreedor y el cesionario se convierte en acreedor (arts. III-5:113 y III-5:114 DCFR). Ahora bien, la solución propuesta al respecto por el DCFR no es novedosa, porque el artículo 9.1.7 PICC diseña igualmente un sistema de transmisión consensual del crédito. Así, de acuerdo con este último precepto, no se precisa ninguna forma específica para que la cesión sea eficaz, ni la intervención del deudor prestando su consentimiento, ni la notificación.

Mayor singularidad presenta el Anteproyecto de la Academia de Pavía, cuya regulación sobre la cuestión (art. 122, apartados 4 y 6) se caracteriza por la combinación de los dos modelos de referencia en la materia, esto es, el francés y el germánico. De hecho, mientras que en lo referente a los efectos de la cesión respecto al cedido sigue claramente la tradición francesa (la cesión surte efectos frente al deudor cedido cuando le es notificada o la acepta), la oponibilidad de la cesión frente a terceros parece tomar como modelo de referencia el sistema germánico (la cesión es oponible a los terceros desde la fecha cierta del contrato o desde cuando se demuestre que conocían su existencia).

IV. EL OBJETO DE LA CESIÓN

La regla general consagrada por las diferentes legislaciones europeas (arts. 1112 del Código Civil, 1260 del Código Civil italiano, 577 del Código Civil portugués) y por los textos de referencia (arts. 11:102 (1) PECL, III-5:105 (1) DCFR) es la de la transmisibilidad de los derechos a exigir el cumplimiento, salvo que la ley prohíba la cesión. Algunos ordenamientos permiten también que las partes puedan excluir la cedibilidad del crédito —artículos 1112 del Código Civil, 1260 del Código Civil italiano, 577 del Código Civil portugués—, aunque la validez y eficacia de este tipo de pactos serán analizadas posteriormente, en el último apartado de este trabajo.

A esta regla general se le pueden formular varias excepciones. Así, los diferentes Derechos europeos coinciden en negar que puedan ser objeto de cesión los créditos revestidos de un carácter personal, pues en ellos la identidad del acreedor original es importante para el deudor[49]. Cada ordenamiento formula de manera diferente esta regla que rechaza la cesión cuando se trate de una prestación personalísima en la figura del acreedor. En algunos, la norma parte de que los contratos de carácter personal (arts. 1260 del Código Civil italiano, 577.1 del Código Civil portugués) o los contratos de servicios personales no pueden cederse[50]; para otros, el crédito no podrá cederse si con ello se altera de manera significativa la naturaleza o contenido de la prestación (§ 399 BGB) o hiciera menos probable el cumplimiento de la contraprestación. De igual forma, contemplan previsiones en este sentido, los artículos 11:302 PECL y III-5:109 DCFR, este último con la matización de que, pese al carácter personal, el acto de cesión será efectivo si el deudor consiente la cesión (III-5:109, 2)[51]. En este extremo el DCFR sigue a los PICC, que exigen igualmente el consentimiento del deudor cuando concurra, según las circunstancias, ese carácter esencialmente personal [art. 9.1.7 (1) PICC].

Conocidos los créditos que no pueden ser objeto de cesión, queda por determinar cuáles pueden ser transmitidos a terceros. En primer lugar, la doctrina de la mayoría de los sistemas jurídicos europeos admite la validez de la cesión de créditos futuros[52]. Respecto a nuestro Derecho, pese al silencio del Código Civil al respecto, la doctrina no ha encontrado impedimento a la cesión de créditos futuros, mientras que se cumplan los requisitos que, con carácter general, prevé nuestro Código Civil sobre el objeto del contrato[53]. Esta tendencia aparece confirmada por las diferentes propuestas de reforma sobre el tema[54]. Los textos de referencia aceptan igualmente la cesión de créditos futuros (véase, en este sentido, artículos 9.1.5 PICC, 11:102 PECL y III-5:106 DCFR). Destaca especialmente la regulación sobre el tema del artículo III-5:106 DCFR, pues admite tanto la cesión anticipada de un crédito futuro, como la cesión anticipada de una masa de créditos futuros —como ocurre usualmente en el *factoring*– sin necesidad de identificarlos individualmente. Por el contrario,

los PECL (art. 11:102) no se refieren de manera específica a la cesión de una pluralidad de créditos futuros.

Los textos de referencia hacen depender la transmisión del crédito futuro de que el derecho de crédito llegue a existir y de que pueda identificarse antes de su transmisión, sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes (arts. 9.1.5 PICC, 11:102 PECL y III-5:106, 1 DCFR). El DCFR admite igualmente la validez de la cesión anticipada de una masa de créditos futuros indeterminados al celebrarse el acto de cesión, siempre que se encuentren identificados en el momento en el que vaya a tener lugar la cesión (III-5:106, 2).

Ahora bien, el mayor problema que suscitan los créditos futuros es la determinación del momento en el que tiene lugar la cesión, cuestión que reviste especial interés en sede de prelación entre cesionarios. En aquellos sistemas que admiten la cesión de créditos futuros, dichos créditos se entienden nacidos en el momento de celebrarse el contrato. La respuesta a esta cuestión, aunque con formulaciones diferentes, es muy similar en los distintos textos de referencia. Así, de acuerdo con el artículo 9.1.5 PICC, el crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que, cuando llegue a existir, pueda ser identificado como aquel al que se refería la cesión. El artículo 11:202 PECL, por su parte, establece igualmente un efecto retroactivo: la cesión de un crédito futuro depende de la existencia del crédito cedido, pero en el momento en que su existencia sea cierta, surtirá efecto desde la fecha del acuerdo de cesión o desde el momento posterior convenido por cedente y cesionario. Por último, según el artículo III-5:114 (2) DCFR, tratándose de un crédito futuro, la cesión se produce cuando concurran aquellos otros requisitos distintos de los que dependa la existencia del derecho. Las dudas que origina la ambigua redacción de este precepto quedan resueltas en los comentarios que lo acompañan. Así, según el Comentario C del artículo III-5:114 DCFR, el alcance de este precepto es el mismo que el del artículo 11:202 (2) PECL[55]: una vez que el crédito futuro exista, ha de considerarse que la cesión tuvo lugar con carácter retroactivo cuando se cumplieron los demás requisitos, lo que normalmente sucederá con la celebración del acto de cesión.

Además de admitir la cesión de créditos futuros, los ordenamientos europeos y los textos de referencia tienden a aceptar la cesión de créditos que existen, pero que se encuentran sometidos a un plazo o condición[56]. Tal posibilidad, que, por regla general, no se encuentra prevista expresamente, puede derivarse sin dificultad de los artículos 11:202 (1) PECL y III-5:114 (1) DCFR. Evidentemente, en estos casos el cesionario recibirá el crédito sometido a tal plazo o condición, pues el derecho de crédito sigue siendo igual antes y después de la cesión.

Asimismo, puede ocurrir que un acreedor no desee ceder la totalidad de un crédito, sino solo una parte del mismo, pues con ello puede lograr el objetivo mercantil de la cesión. Pues bien, los créditos divisibles pueden cederse parcialmente conforme a la mayoría de las legislaciones europeas (reconocen

expresamente esta posibilidad, los artículos 1262 (2) del Código Civil italiano y 577 (1) del Código Civil portugués; nuestro Código Civil no se pronuncia sobre el tema, pero la doctrina lo acepta[57]). Respecto a la regulación en los textos de referencia, tanto los PECL como el DCFR admiten la posibilidad de cesión parcial, pero el DCFR aborda esta cuestión de manera más completa y detallada que los PECL. Así, mientras que el artículo 11:103 PECL se limita a hacer depender la posibilidad de cesión parcial del carácter divisible del crédito, el DCFR, reproduciendo en gran medida las previsiones al respecto del artículo 9.1.4 PICC, otorga un trato diferente a las obligaciones monetarias y a las obligaciones que no lo son[58]: concretamente, permite la cesión de una parte del crédito, si se trata de un derecho a reclamar el cumplimiento de una obligación monetaria (III-5:107, 1 DCFR), mientras que en el caso de una obligación no monetaria, la cesión parcial solo será posible en dos supuestos: cuando el deudor la consienta o cuando la prestación sea divisible y la cesión no haga a la obligación considerablemente más onerosa (III-5:107, 2 DCFR). En todo caso, si la cesión parcial provoca un aumento de costes para el deudor, estos deberán ser asumidos por el cedente (arts. 11:103 PECL y III-5:107, 3 DCFR). Se trata esta de una concreción —como veremos, los textos de referencia consagran varias– de la máxima de que la cesión de créditos no puede perjudicar al deudor.

De igual forma, del tenor literal de los artículos 11:202 (2) PECL y III-5:115 (2) DCFR puede deducirse la posibilidad de que sea objeto de cesión incluso el crédito integrante de una relación obligatoria sinalagmática (opción admitida por el artículo 1406 del Código Civil italiano y por la doctrina española)[59]. Ahora bien, en tal caso, la cesión solo afectará al lado activo de la posición jurídica del cedente, pues si también cede la obligación a su cargo, se trataría de una cesión de posición contractual, que requiere el consentimiento de la otra parte[60].

Por último, las normas que en el Derecho comparado regulan la transmisión del crédito coinciden en afirmar que la cesión de un crédito comprende la de todos sus accesorios y derechos de garantía que sean transmisibles. Se pronuncian en este sentido los artículos 1528 del Código Civil, 1692 del Código Civil francés, 1263 del Código Civil italiano, 582 del Código Civil portugués y § 401 BGB. Los diferentes textos armonizadores contemplan idénticas previsiones al respecto: artículos 122, párr. 7.º del Anteproyecto de la Academia de Pavía, 9.1.14 PICC, 11:201 (1) (b) PECL y, por último, el primer apartado del artículo III-5:115 DCFR.

V. LOS SUJETOS DE LA CESIÓN: LA EFICACIA DE LA CESIÓN FRENTE A TERCEROS

La cesión de créditos es un negocio bilateral en el que solo participan el cedente y el cesionario, aunque también afecta al deudor cedido. Ahora bien,

además de cedente, cesionario y deudor cedido, pueden existir otros sujetos extraños a la operación cesionaria, que ostenten algún interés por esa relación jurídica: este es el caso de los acreedores del cedente y cesionario o de los ulteriores adquirentes en el caso de doble cesión. En tales circunstancias, resulta imprescindible determinar cómo se ha de resolver el conflicto, ya que si el deudor paga a un demandante que no tenga el mejor derecho para cobrar esa deuda, puede verse obligado a pagar una segunda vez a favor de aquella persona que ostente ese mejor derecho. Pues bien, llegados a este punto, hay que reconocer que la eficacia de la cesión frente a terceros constituye, de nuevo, una cuestión abordada de manera muy dispar por los diferentes ordenamientos europeos[61].

Empecemos por un problema que se repite con frecuencia en la práctica: el caso de las dobles o múltiples cesiones llevadas a cabo por el acreedor originario[62]. Los diferentes derechos nacionales ofrecen fundamentalmente dos tipos de respuesta a este conflicto[63]: unos tratan la cuestión en términos de preferencia y no de validez, tomando como criterio decisorio la notificación al deudor cedido; otros, por el contrario, aplican la regla *nemo dat quod non habet* y, en consecuencia, consideran ineficaz la segunda cesión por no ser el acreedor primigenio el titular del crédito en el momento de la cesión.

La última solución expuesta es la seguida por diversos ordenamientos europeos que comparten un común denominador: la no exigencia de notificación al deudor cedido como requisito de oponibilidad de la cesión al mismo. Entre estos sistemas ha de incluirse el Derecho español, ya que, pese a las diversas interpretaciones que ha recibido el artículo 1526.1 del Código Civil, la mayoría de la doctrina sostiene que no es válida la cesión de un crédito ajeno, situación que se produce cuando el cedente se haya despojado de la titularidad del crédito al efectuar la primera cesión[64]. Por tanto, según la doctrina, en los casos de cesión múltiple adquirirá el derecho el primero de los cesionarios[65] o, mejor dicho, aquel cesionario que demuestre que es anterior la fecha en que su cesión debe tenerse por cierta conforme a los artículos 1218 y 1227 del Código Civil[66]. Esta solución ha sido acogida igualmente por las propuestas elaboradas por las secciones de Derecho civil y Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación[67]. Por su parte, el Derecho alemán decide igualmente el conflicto entre diversos cesionarios por la fecha de los contratos respectivos y, en consecuencia, considera que la segunda cesión no produce efectos legales (§ 408 BGB)[68].

Por el contrario, en sistemas como el francés, en los que la comunicación al deudor constituye un elemento esencial para que la cesión produzca efectos frente a terceros, el conflicto entre dos o más personas que pretenden derechos incompatibles sobre el mismo crédito se decide a favor del cesionario que primero notificó la cesión al deudor (art. 1690 del Código Civil francés)[69]. Esta norma se encuentra prevista igualmente en Inglaterra, en Italia [art. 1265 (1) del Código Civil italiano[70]] y en Portugal (art. 584 del Código Civil portugués).

Pronto se comprobará que esta solución ha sido acogida por los diferentes textos de referencia, probablemente por ser la opción por la que se han decantado mayoritariamente los sistemas jurídicos europeos[71].

Así, en primer lugar, pese a que los PICC parten de un sistema consensual de cesión de créditos *ex* artículo 9.1.7, resuelven el problema de las cesiones sucesivas teniendo en cuenta el orden en que las notificaciones fueron recibidas (art. 9.1.11)[72]. Posiblemente ello se deba a que, en este punto, siguen a los PECL, el primer texto uniforme que ofrece una solución a este problema[73]. Curiosamente, las diferentes iniciativas de armonización del Derecho privado europeo optan por la solución francesa, pese a que algunas de ellas parten de una configuración de la cesión alejada de este sistema. Este es el caso, *verbi gratia*, del Anteproyecto de la Academia de Pavía que, aunque combina en la regulación de esta materia tanto la tradición francesa como la germánica, ofrece a los casos de cesiones sucesivas una solución que recuerda claramente al modelo francés: esto es, otorga preferencia a la cesión que primero haya sido comunicada al deudor o que haya sido aceptada por acto de fecha cierta (art. 112.6 *in fine*).

Idéntica es la solución propuesta por el artículo 11:401, apartado 1 PECL, que, en consonancia con el modelo de cesión de créditos del que parte —cercano al formalista sistema francés[74]—, aplica el criterio del momento de la notificación para elegir al cesionario que puede recibir el pago, en caso de cesiones sucesivas. Por tanto, si hay conflicto, se prefiere la segunda cesión que se notifica (por el cesionario o por el cedente) antes que la primera que no haya sido notificada, si el cesionario no sabía ni tenía por qué conocer (por ejemplo, por encontrarse inscrita en un registro público) la cesión anterior. Sin embargo, el apartado segundo del citado precepto recoge un criterio contradictorio con el anterior, pues, según el mismo, la preferencia se determinará conforme al orden en que hubieran tenido lugar las cesiones, esto es, en virtud del brocardo *prior in tempore, potior in iure*[75].

Los PECL resuelven igualmente el posible conflicto que puede llegar a surgir entre las partes y sus acreedores. Así, como en virtud del artículo 11:202 PECL el cesionario es el nuevo titular del crédito desde que se convino la cesión, desde ese momento será preferido respecto a los acreedores del cedente, tanto en ejecuciones singulares, como en el concurso del cedente (art. 11:401, 3 y 4 PECL). Desde ese momento, pues, en los casos de embargo del crédito por aquellos o en los supuestos de insolvencia del cedente, el cesionario podrá ejercitar contra los acreedores del cedente, respectivamente, una tercería de dominio o un derecho de separación en el concurso.

El DCFR, que sigue en este punto fielmente a los PECL, ofrece una solución menos coherente al problema de las múltiples cesiones del mismo crédito llevadas a cabo por el acreedor originario. De acuerdo con el tenor de los artículos III-5:113 y 5:114 DCFR, lo congruente sería que el Borrador de Marco

Común de Referencia considerara que cualquier cesión posterior realizada por el cedente es inhábil para producir la adquisición, por no ser el titular del derecho de crédito (pues, según el artículo III-5:104, c DCFR, uno de los requisitos fundamentales para que se produzca la cesión, es que el cedente tenga derecho o legitimación para realizar la transmisión). Así las cosas, el conflicto entre varios «cesionarios» sucesivos de un mismo crédito debería resolverse, en principio, a favor del primero de ellos, de acuerdo con la regla del *prior tempore potior iure*. Sin embargo, esta no es la opción por la que se ha decantado el *Study Group*, ya que, de acuerdo con el artículo III-5:121 DCFR, en determinadas circunstancias, la segunda cesión puede llegar a tener prioridad sobre la primera. Así, cuando el cedente haya efectuado de forma sucesiva varias cesiones del mismo crédito, se le otorgará prioridad al segundo «cesionario» si fue el primero en notificar al deudor y, además, si no tuvo conocimiento ni cabría razonablemente pensar que hubiera conocido la cesión anterior cuando se celebró su acto de cesión, por ejemplo, porque se procedió a su inscripción en un registro público (esto es, si es de buena fe). La prioridad será tanto frente al primer cesionario, como frente a cualquier persona que haya adquirido el derecho de ese primer cesionario (Comentario A). Así pues, este cesionario adquirirá *a non domino,* porque el verdadero titular del crédito es el primer cesionario; ahora bien, como se ha visto, para que ello sea posible se exige la buena fe del adquirente[76]. En tales circunstancias, el primer cesionario solo podrá reclamar al cedente una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del compromiso previsto en el artículo III-5:112 DCFR de no celebrar un acto de cesión posterior.

Los problemas surgirán cuando ninguno de los sucesivos cesionarios notifique la cesión al deudor. El Comentario C del artículo III-5:121 DCFR reconoce que, en tales circunstancias, se aplicará la regla de la prioridad temporal. Se trata esta de una regla que, como se ha dicho, recogen los PECL en el apartado segundo del artículo 11:401, pero que no se trasladó al texto del DCFR probablemente por las dudas interpretativas que originó, al entrar en colisión con la norma del apartado primero[77]. El DCFR no recoge la regla de la prioridad temporal en su articulado pero la traslada a sus comentarios, solución, a mi juicio, menos satisfactoria.

Pues bien, esta norma, además de la inseguridad que supone para el cesionario —que debe ser rápido en notificar para impedir que prevalezca la adquisición de un segundo cesionario que notifica antes–, no resulta coherente con el sistema consensual de transmisión de los créditos que adopta el DCFR como punto de partida. En definitiva, la norma que resuelve el conflicto entre cesionarios puede llegar a dar preferencia a la adquisición *a non domino* del segundo cesionario de buena fe que fue el primero en notificar, en detrimento del primer cesionario que, según las reglas generales consagradas en el DCFR, pasó a ser el nuevo acreedor desde que se celebró el contrato[78]. El motivo por el que los redactores del DCFR se han decantado por esta opción probablemente

sea que, al ser la solución más extendida por los sistemas jurídicos europeos, es la que menos problemas de incompatibilidad plantea y, por ello, la que previsiblemente tenga una mejor acogida en los mismos.

Por tanto, conforme al artículo III-5:121 DCFR, aunque la notificación no constituye un requisito de eficacia de la cesión frente al deudor —pues la cesión produce efectos frente al mismo desde que se cruzan los consentimientos de cedente y cesionario (sin perjuicio de la protección de la apariencia prevista en el art. III-5:119 DCFR)—, sí que constituye un requisito de eficacia frente a determinados terceros, aunque no todos. Los comentarios que complementan el artículo III-5:121 DCFR advierten que tal solución es aplicable tan solo a los sucesivos cesionarios, sin que resulte extrapolable a los acreedores del cedente. Esto es, en el conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente, la notificación resulta irrelevante, pues el cesionario adquiere el crédito cuando se produzca la cesión de acuerdo con el artículo III-5:114 DCFR, aunque se haya notificado posteriormente[79]. A diferencia de los PECL (art. 11:401, 3 y 4), el DCFR no prevé expresamente en su articulado ninguna norma sobre la prelación de créditos en ejecuciones singulares o en caso de concurso o insolvencia del cedente.

En conclusión, de acuerdo con las reglas del DCFR, la cesión produce efectos frente al deudor y los acreedores del cedente desde que se crucen los consentimientos del cedente y del cesionario (siempre, claro está, que concurran los requisitos enumerados en el art. III-5:104 DCFR) y, frente a los cesionarios sucesivos, desde la notificación al deudor.

VI. RELACIÓN CEDENTE-CESIONARIO

Las cesiones de créditos implican una serie de obligaciones del cedente, previstas para proteger al cesionario y asegurar que recibirá los beneficios vinculados a la cesión. Pese a que, en última instancia, los deberes jurídicos del cedente y del cesionario vendrán determinados por la concreta figura en la que se halle sustentada la referida cesión, uno de los pocos aspectos que recibe un tratamiento similar en el Derecho positivo europeo, así como en los textos de referencia, es la regulación de algunas de estas obligaciones; en concreto, las denominadas garantías de la *veritas nominis* y de la *bonitas nominis*.

Respecto a la *veritas nominis*, tanto las diferentes legislaciones positivas europeas como los textos de referencia (arts. 1529.1 del Código Civil[80], 1266 del Código Civil italiano[81], 587.1 del Código Civil portugués, 1693 del Código Civil francés, 9.1.15 PICC, 11:204 [2] [apartado a] PECL y III-5:112 (2) (apartados a y b) DCFR), obligan al cedente a garantizar la existencia y legitimidad del crédito en el momento del acto de cesión (sistema español), o cuando tenga lugar la cesión (PICC, PECL y DCFR)[82]. A mi juicio, resulta más adecuado

exigir la concurrencia de estos requisitos cuando tenga lugar la cesión y no antes pues, con ello, se cubren los riesgos de extinción del crédito provocados por hechos o negocios posteriores al negocio de cesión que, en nuestro Derecho, tal y como está redactado el Código Civil, parece que han de ser cubiertos por el cesionario[83]. Probablemente para evitar estos inconvenientes, tanto la PMCC (art. 1218) como la PCM (art. 450-5) no supeditan el cumplimiento de esta garantía a cargo del cedente a ningún momento en concreto.

Más detallada resulta la regulación de esta cuestión por parte del artículo 123 del Anteproyecto de la Academia de Pavía, que distingue expresamente entre cesión a título gratuito (en la cesión a título gratuito, el cedente de buena fe no responde de la existencia del crédito, salvo pacto en contrario) y cesión a título oneroso (el cedente garantiza la existencia del crédito en el momento de la cesión e, incluso, la solvencia del deudor cuando sea de mala fe).

Al igual que el artículo 1529.1 del Código Civil[84] y la mayor parte de los Códigos europeos (arts. 1267 del Código Civil italiano, 587.2 del Código Civil portugués, 1694, 1695 del Código Civil francés, y art. 171.2 *Code des obligations* suizo), ninguno de los textos de referencia (véase, al respecto, arts. 9.1.15 PICC, 11:204 PECL, III-5:112 DCFR y 123 del Anteproyecto de Pavía) exigen al cedente que garantice la solvencia del deudor (*bonitas nominis*) por constituir una contingencia inherente al propio negocio de cesión, por lo que será el cesionario quien soporte este riesgo. Ello es debido a que la cesión de un crédito, sobre todo si todavía no es exigible, comporta un riesgo que asume voluntariamente el cesionario porque, por regla general, habrá pagado al cedente por el mismo un importe inferior a su valor nominal (en este sentido, véase la STS de 10 de julio de 2012). A cambio, el primitivo titular del crédito obtiene liquidez de manera inmediata, sin tener que aguardar al *dies a quo* para su cobro. Así pues, en el sistema previsto por los textos de referencia objeto del presente estudio, la asunción de la garantía de la solvencia del deudor cedido solo existirá cuando las partes así lo establezcan, al igual que sucede en el Derecho español[85], francés, italiano o portugués.

Sobre este particular destaca especialmente el Derecho austríaco, por recoger una regla contraria a la universalmente acogida en el Derecho comparado. Así, de acuerdo con el § 1397 ABGB, el cedente responde de la solvencia del deudor, aunque la responsabilidad se limita a lo que el cedente haya recibido del cesionario. En el § 1398 ABGB se introduce una limitación a esta responsabilidad: en la medida en que el cesionario ha podido informarse de la solvencia del crédito según los registros hipotecarios públicos, pierde todo derecho a una indemnización por la insolvencia.

Junto a las obligaciones accesorias anteriores, los artículos 9.1.15 PICC, 11:204 PECL y III-5:112 DCFR prevén otra serie de exigencias al cedente, con las que se trata de impedir que lleve a cabo conductas perjudiciales para el derecho del cesionario[86]. Estas garantías implícitas son, en realidad, la plasmación

del principio de buena fe que ha de regir el cumplimiento de las obligaciones. En concreto, las garantías que, salvo disposición en contrario, compromete implícitamente el cedente frente al cesionario son las siguientes: que el crédito no se encuentra sujeto a excepciones (arts. 9.1.15 (d) PICC, 11:204 (a) PECL y III-5:112, 2, c DCFR) o derechos de compensación contra el cedente (arts. 9.1.15 [e] PICC, 11:204 [a] PECL y III-5:112, 2, d DCFR) —salvo, claro está, que se trate de derechos de compensación que no afecten al cesionario—; que el crédito no ha sido cedido anteriormente a otro cesionario ni está sujeto a ningún derecho de garantía o gravamen a favor de tercero (arts. 9.1.15 [c] PICC, 11:204 [a] PECL y III-5:112, 2, e DCFR); que no celebrará ningún acto de cesión posterior sobre el mismo crédito que pudiera dar prioridad a otra persona sobre el cesionario (III-5:112, 5 DCFR); que las condiciones del contrato entre cedente y deudor comunicadas al cesionario no han sido modificadas ni se encuentran afectadas por un acuerdo no revelado que pudiera perjudicar al cesionario (III-5:112, 3 DCFR); que el cedente no modificará el contrato del que deriva el derecho de crédito, salvo que lo disponga el acuerdo de cesión o se trate de modificaciones realizadas de buena fe a las que el cesionario no pueda oponerse razonablemente (arts. 11:204 [b] PECL y III-5:112, 4 DCFR); que el cedente realizará lo necesario para efectuar o completar la transmisión de los derechos de garantía (arts. 11:204 [c] PECL y III-5:112, 6 DCFR) y, por último, que el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión (art. 9.1.15 [f] PICC).

La regulación detallada de estas obligaciones accesorias, contrasta con nuestro artículo 1529 del Código Civil que se limita a regular exclusivamente la garantía de la *veritas nominis* y de la *bonitas nominis*, razón por la que algunas de las deficiencias en este ámbito tratan de ser subsanadas por la PMCC. El resto de legislaciones europeas recogen mayores previsiones al respecto, pero sin la exhaustividad de los PECL o del DCFR[87]. Así, un común denominador es la exigencia al cedente de la entrega al cesionario de los documentos probatorios del crédito que tenga en su poder (véase, en este sentido, § 402 BGB[88], art. 1262 del Código Civil italiano y art. 586 del Código Civil portugués; también, el art. 1217 PMCC), así como la obligación de comunicar al nuevo acreedor la información necesaria para el ejercicio del crédito (§ 402 BGB y art. 1217 PMCC). Algunas legislaciones plasman igualmente el deber del cedente de documentar públicamente la cesión, a instancia del cesionario (§ 403 BGB y art. 1217 PMCC).

VII. RELACIÓN CESIONARIO-CEDIDO

Constituye una máxima admitida por todos los ordenamientos europeos, el que la cesión de créditos no puede empeorar la posición del deudor[89], lo que ha

llevado a admitir que, por regla general, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que hubiera podido hacer valer frente al acreedor inicial con anterioridad a la transmisión del crédito.

No obstante, las diferentes legislaciones europeas no coinciden en cuanto a los motivos por los que se puede oponer una excepción. Por ejemplo, en Derecho alemán, como el negocio de cesión es abstracto, el deudor no va a poder oponer al cesionario excepciones relativas al negocio obligacional (*v. gr.*, vicios del consentimiento sufridos por el deudor al celebrar el negocio en que tiene su origen el crédito cedido), sino solamente las que se refieran al de disposición[90]. Evidentemente, tal solución favorece al cesionario, aunque perjudica al cedido, al privarle de esta clase de excepciones. En Derecho español no existen normas expresas que regulen las excepciones que el deudor cedido puede oponer contra el cesionario (la única regulación específica al respecto es la contenida en el art. 1198 del Código Civil, relativa a la compensación); pese a ello, en la doctrina existe consenso en cuanto a la posibilidad de oponer al cesionario excepciones objetivas (*v. gr.*, inexistencia del crédito), así como excepciones basadas en la prescripción o en otra causa extintiva anterior a la cesión (pago, condonación, etc.)[91]. Sin embargo, la cuestión de si puede oponer igualmente aquellas excepciones derivadas de las relaciones personales del deudor con el cedente, nacidas antes de la cesión, recibe diversas respuestas en nuestra doctrina[92].

Respecto a la posibilidad de alegar la compensación de créditos de los que el propio deudor es titular frente al cedente, algunos ordenamientos la excluyen por completo si la cesión se ha perfeccionado mediante la aceptación del deudor, salvo que en el momento de consentir la cesión el deudor se haya reservado este derecho. Esta es la solución adoptada por el artículo 1295 del Código Civil francés, artículo 1248 (1) del Código Civil italiano[93] y el artículo 1198 de nuestro Código Civil.

En cuanto a los textos de referencia, por un lado, los PICC y, por otro, los PECL y el DCFR —con una regulación de la materia prácticamente coincidente— parten de la misma premisa (esto es, que la cesión no puede empeorar la posición del deudor) y, por ello, además de la compensación (arts. 9.1.13 (2) PICC, 11:307 (2) PECL y III-5:116, 3 DCFR)[94], reconocen expresamente que el deudor puede invocar todas las excepciones sustantivas y procesales basadas en el crédito cedido, que el deudor podría haber invocado contra el cedente y ello con independencia de que los motivos de las excepciones existieran con anterioridad o no a la notificación de la cesión (arts. 11:307 (1) PECL y III-5: 116, 1 DCFR). No cabe duda, pues, que el deudor podrá oponer al cesionario excepciones objetivas, tales como la inexistencia o nulidad absoluta del crédito (*v. gr.*, por simulación), así como las excepciones basadas en la prescripción o en otra causa extintiva anterior a la cesión. Sin embargo, las propuestas europeas dejan sin aclarar si incluyen igualmente aquellas excepciones derivadas del negocio obligacional. La solución acogida por los PECL y el DCFR, aunque ambigua, probablemente busque el encaje en ordenamientos jurídicos como el

alemán, donde el deudor no puede oponer estas excepciones como consecuencia del carácter abstracto de la cesión[95].

A la regla general en materia de excepciones recogida en los PECL, el DCFR añade dos restricciones (III-5:116, 2): que el deudor haya hecho creer al cesionario que no existía la excepción y que se invoque la vulneración por parte del cedente de una cláusula de prohibición de la cesión. La primera de las restricciones constituye una aplicación concreta del principio de buena fe y de la prohibición de actuar en contra de los actos propios; la segunda es una mera consecuencia de la ineficacia que atribuye el DCFR al *pactum de non cedendo*.

Por último, hay que destacar la regulación de las excepciones que el cedido puede oponer al cesionario prevista en el párrafo segundo del artículo 124 del Anteproyecto de la Academia de Pavía, precepto que trata de dar respuesta a las dos tradiciones jurídicas europeas en torno a las que gira la cesión de créditos. De nuevo, dependiendo de si la cesión se ha efectuado según el párrafo segundo del artículo 122 o su párrafo tercero, el cedente podrá o no oponer excepciones relativas a la invalidez de la cesión. Si se ha acogido al modelo ítalo-francés del párrafo tercero del precepto citado, el deudor podrá oponer al cesionario excepciones relativas a la invalidez del contrato causal. Si, por el contrario, se ha escogido el modelo alemán del párrafo segundo del artículo 122, el deudor podrá hacer valer frente al cesionario todas aquellas excepciones relativas al negocio dispositivo de cesión, pero no podrá oponerle la invalidez o ineficacia del negocio obligacional, como consecuencia del carácter abstracto de la cesión[96].

VIII. RELACIÓN CEDENTE-CEDIDO

De acuerdo con la regulación consagrada en varias legislaciones europeas (principalmente, los sistemas alemán y español) y en el DCFR, desde que concurren los consentimientos del cedente y cesionario, el cedente deja de ser acreedor del cedido y el cedido ya es solo deudor del cesionario. Ahora bien, como en estos ordenamientos la notificación no constituye un requisito necesario para que la cesión surta efectos frente al deudor, puede producirse una cesión efectiva y que, no obstante, el cedido pague al cedente —que ya no es su acreedor— por no tener conocimiento de la misma.

Este problema ha sido solucionado de forma muy similar por las diferentes regulaciones en las que puede plantearse, de acuerdo con su sistema de cesión de créditos[97]. Así, en el trance de resolver quién ha de ser protegido en estos casos, tanto las legislaciones europeas (arts. 1527 del Código Civil, 1264 [2] del Código Civil italiano y los § 407 [1] y 408 BGB), como los textos de referencia (arts. 9.1.10 PICC, 11:303 [4] PECL y 5:119 DCFR), se decantan por proteger al deudor cedido que ha cumplido confiando en la apariencia. En consecuencia, no deberá pagar nuevamente al cesionario y repetir contra el cedente, sino que

quedará liberado y será el cesionario quien deba reclamar al cedente por razón de este cobro injustificado. Todos estos sistemas consideran, pues, que es más fácil que el cesionario se preocupe de notificar la cesión al deudor, que imponer a este último la carga de averiguar quién es el acreedor actual.

Obsérvese que tanto las diferentes legislaciones europeas (arts. 1527 del Código Civil, 583.2 del Código Civil portugués y § 407 BGB, por un lado; y la interpretación que hace la doctrina italiana del artículo 1264 [2] del Código Civil italiano, por otro[98]) como los artículos 11:303 (4) PECL y III-5:119 DCFR, hacen depender la protección del deudor de su buena fe, que se identifica con el desconocimiento del cambio de titularidad del crédito[99]. Es más, ni los artículos 1527 del Código Civil, 1264 del Código Civil italiano o el § 407 (1) BGB, de una parte, ni los artículos 11:303 (4) PECL y III-5:119 (1) DCFR, de otra, exigen la notificación al deudor para que deje de ser liberatorio el pago al cedente, sino que basta con que el cedido tenga conocimiento de la cesión por cualquier medio[100]; no obstante, parece haber cierto acuerdo en considerar que el deudor no tiene el deber de investigar quién es su acreedor[101]. En la mayoría de ordenamientos, cuando el deudor tenga conocimiento de la cesión aunque esta no le haya sido comunicada debidamente, ya no podrá cumplir a favor del cedente, por considerarse contrario a la buena fe. Por esta razón, en todos ellos surgen las mismas dudas sobre qué tipo de conocimiento de la cesión por parte del cedido —que le corresponderá probar al cesionario– impedirá la aplicación de la protección que ofrecen estos preceptos. No plantea dudas que el deudor no resultará protegido en supuestos de conocimiento directo; esto es, cuando la cesión le haya sido notificada o cuando haya participado prestando su consentimiento[102]. Los problemas se plantean realmente cuando el deudor haya conocido la cesión por otros medios[103].

Pues bien, nuestra doctrina exige de forma mayoritaria un conocimiento efectivo de la cesión[104]; esto es, que dicho conocimiento presente cierta entidad, negando que tenga trascendencia un mero rumor[105]. Por su parte, señalan los redactores del DCFR (Comentario C art. III-5:119) que no se perderá la protección por el simple hecho de saber por otra fuente que el derecho se había cedido. Ahora bien, en tales circunstancias, es necesario proteger al deudor ante la incertidumbre que se produce sobre si debe pagar o no al cesionario. Por ello, el artículo 11:303 (3) PECL permite al deudor que tenga conocimiento de la cesión por otras vías distintas a la notificación, optar por suspender la prestación o cumplir a favor del cesionario. En definitiva, pues, en estos casos, el deudor será libre de actuar o no conforme a la cesión, puesto que tal conocimiento no obliga al deudor a cumplir a favor del cesionario. Lo que no puede hacer el deudor es pagar al cedente porque, de hacerlo, se arriesga a tener que cumplir la prestación una segunda vez a favor del cesionario. En el DCFR puede apreciarse igualmente esa protección al deudor que, sin embargo, no es incondicional, ya que, para disfrutar de la misma, junto a su buena fe, se le exige una mínima

actividad. Así, en caso de duda, la buena fe impone al deudor que tenga motivos razonables para creer que el derecho ha sido cedido, que verifique la información solicitando a su acreedor una confirmación (III-5:120, 1 DCFR)[106]. Hasta que el acreedor responda a su solicitud de información, el deudor podrá suspender el cumplimiento (III-5:120, 4 DCFR).

En caso de conflicto entre cesionarios sucesivos, el deudor quedará liberado si paga al primero que le haya notificado la cesión, aunque conozca la colisión entre cesionarios (III-5:121, 2 DCFR) e incluso si el segundo cesionario es de mala fe y, en consecuencia, no merece la protección prevista en el artículo III-5:121 (1) (Comentario A) DCFR.

Pero los artículos 9.1.12 PICC y 5:119 DCFR protegen al deudor en otros supuestos —no previstos por las legislaciones nacionales— en los que igualmente ha cumplido de buena fe a favor de persona equivocada. Así, estos preceptos no se limitan a enumerar las circunstancias en que el deudor quedará liberado si cumple frente a quien no es el verdadero acreedor cuando no haya recibido notificación, sino que también señalan los requisitos que han de concurrir para recibir tal protección cuando la notificación de la cesión ha sido recibida, ya sea del cedente o de la persona que dice ser el cesionario.

IX. EL PACTO DE *NON CEDENDO*

La inclusión de cláusulas que restringen o prohíben la cesión constituye una práctica frecuente en determinados sectores económicos en los que la posición del deudor es más fuerte que la del acreedor[107]. Como admiten los diferentes textos de referencia, el deudor puede tener razones económicas importantes para incluir una cláusula que prohíba las cesiones[108]. En primer lugar, es posible que no quiera tener que negociar con un acreedor desconocido que podría ser más estricto que el cedente[109]. En segundo lugar, probablemente el deudor quiera evitar el riesgo de que, tras pagar al cedente por no haberse enterado de la cesión, deba cumplir por segunda vez ante el cesionario. En tercer lugar, un deudor que espera continuar sus negocios con el acreedor querrá proteger sus derechos de compensación. Ahora bien, por otro lado, el pacto de *non cedendo* entorpece la circulación de los créditos, por lo que cada vez están ganando más adeptos los partidarios de la ineficacia de este tipo de cláusulas[110].

El debate en torno a las mismas tiene su reflejo tanto en los Derechos nacionales, como en los diferentes textos de referencia. De hecho, constituye esta otra de las materias en las que la armonización resulta especialmente complicada, debido a la diversidad de soluciones que ofrece el Derecho comparado sobre la eficacia de las cláusulas de prohibición o restricción de la cesión y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Como se verá, el panorama

legislativo europeo va desde la eficacia absoluta del pacto consagrada por el BGB alemán, al no reconocimiento de ninguna eficacia al mismo —ni siquiera obligacional— del Derecho francés.

La principal consecuencia derivada de la eficacia del pacto prevista por el BGB, es que, en caso de incumplimiento, la cesión resultará ineficaz por contrariar este pacto y, en consecuencia, el segundo cesionario no adquirirá el crédito, salvo que su confianza se apoyara en una conducta del deudor cedido (§ 399 BGB, según lo interpreta la jurisprudencia y la doctrina dominante, pues el § 352 a HGB, Código de comercio alemán, contiene una regulación diversa[111]). De igual forma, en el Derecho inglés existen varios casos a favor de la eficacia del pacto de intransmisibilidad[112].

Por el contrario, pese a la existencia de una opinión dominante en Derecho italiano que admite la validez de este pacto sobre la base de la primera parte del artículo 1260.2 del Código Civil italiano, la segunda parte del artículo 1620.2 del Código Civil italiano establece que no es oponible al cesionario de buena fe (aquel que ignore el pacto, circunstancia que ha de probar el deudor cedido) y que su incumplimiento solo genera responsabilidad al cedente incumplidor por los daños que cause al deudor. La solución es similar en el Derecho portugués (art. 577 [2] del Código Civil portugués). Por su parte, la doctrina y jurisprudencia francesas —que han prestado escasa atención a este tema[113]— no suelen otorgar al *pactum de non cedendo* ninguna eficacia, ni siquiera obligacional[114]. Partiendo del artículo 1165 del Código Civil francés (equivalente a nuestro art. 1257 del Código Civil), se afirma que el pacto no afecta al cesionario, ya que no ha sido parte en él y no lo ha consentido[115].

Respecto al Derecho español, aunque no cabe duda de que, conforme al artículo 1112 del Código Civil, el *pactum de non cedendo* es válido en nuestro Derecho[116], existen notables discrepancias doctrinales al tratar de precisar las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento[117]. *Grosso modo,* frente a autores que defienden la eficacia absoluta del pacto, lo que provocaría la nulidad de la cesión y la no adquisición del crédito por parte del cesionario de buena fe[118], un destacado sector doctrinal considera que esta prohibición produce únicamente efectos en la relación interna de quienes estipulan la cláusula, y que, en virtud del principio de relatividad de los contratos, la cesión habrá de considerarse válida y eficaz, con independencia de los eventuales derechos de indemnización que pudieran surgir[119]. Sorprendentemente, pese a la importancia práctica de esta polémica materia, son prácticamente inexistentes las decisiones judiciales que abordan esta cuestión en nuestro sistema[120]. Por su parte, las propuestas normativas provenientes de la sección de Derecho civil y de la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación resuelven el problema de manera muy distinta, en consonancia con lo que sucede en el Derecho comparado, donde las cesiones de créditos mercantiles disfrutan de un régimen jurídico más flexible que las civiles[121].

En cuanto a la regulación en los textos de referencia, como se verá a continuación, se trata este de uno de los puntos en los que el DCFR se aparta de la solución propuesta por los PECL, que reproducen casi literalmente las previsiones al respecto del artículo 9.1.9 PICC[122]. Así, como regla de principio, los PECL parten de la eficacia de este pacto. Por ello, el artículo 11:301 PECL declara ineficaz frente al deudor la cesión contraria al *pactum de non cedendo*, si el deudor no la consiente. Ello implica que el deudor podrá ignorar cualquier notificación relativa a la cesión y que podrá proceder al pago a favor del cedente. Sin embargo, aunque el deudor no la consienta, será eficaz la cesión contra el deudor si el cesionario no conocía el pacto ni debía conocerlo o si la cesión se refiere a un crédito pecuniario futuro. Ahora bien, el que la cesión no sea eficaz contra el deudor no impide su eficacia en la relación cedente-cesionario, de manera que el cesionario tiene acción para exigir al cedente todo lo que este haya recibido del deudor por razón del crédito cedido (art. 11:203 PECL).

A diferencia de los PECL y del artículo 1112 del Código Civil, el DCFR parece tomar partido a favor de la circulación de los créditos, pues consagra expresamente la ineficacia de este pacto en relación con el acreedor (III-5:108, 1 DCFR)[123]. Ahora bien, como los pactos de no cesión del crédito resultan eficaces entre el cedente y el deudor, en caso de cesión incumpliendo tal restricción, se permite al deudor pagar con efecto liberatorio al cedente, conservando la facultad de compensar contra el mismo aunque ya no sea su acreedor, como si el crédito no hubiese sido cedido (III-5:108, 2 DCFR). Es decir, el deudor cedido puede actuar como si no se hubiera verificado la trasmisión. Sin embargo, el pago al cedente no será posible cuando el deudor consienta la cesión o si ha hecho creer al cesionario que no existía tal prohibición o limitación (III-5:108, 3 DCFR). De acuerdo con el artículo III-5:116 DCFR, si el deudor elige pagar al cesionario y no al cedente por consentir la cesión, podrá oponer al mismo la compensación y otras excepciones. En cualquier caso, el artículo III-5:108 DCFR reconoce la responsabilidad del cedente frente al deudor por el incumplimiento de la obligación de no ceder. Excepcionalmente, se admite la eficacia del pacto respecto a los créditos para el cobro de prestaciones de bienes o servicios.

La ventaja que presenta esta solución es que el cesionario se convierte en titular del crédito tan pronto como la cesión tiene lugar y, en consecuencia, se encuentra tutelado frente a los acreedores del cedente. Asimismo, si el deudor efectúa el pago liberatorio al cedente, el nuevo acreedor podrá actuar contra el transmitente del crédito por enriquecimiento sin causa, por haber resultado beneficiado sin justificación legal[124].

X. CONCLUSIONES

Dada la indudable importancia económica de la cesión de créditos como instrumento de dinamización económica[125], la existencia de una regulación tan

desigual sobre la materia en los diferentes ordenamientos europeos representa un serio obstáculo a la circulación de los créditos y, en consecuencia, un entorpecimiento del tráfico económico. De ahí que nadie discuta la necesidad de armonización en este ámbito, para tratar de responder a las necesidades de la economía crediticia actual. Sin embargo, el caos legislativo existente lastra cualquier intento de unificación al respecto, por lo que la armonización constituye una tarea realmente ardua, casi imposible. Ello explica la falta de uniformidad incluso a escala comunitaria, pues los propios instrumentos europeos adoptan en muchas ocasiones soluciones jurídicas muy diferentes sobre cuestiones esenciales.

Por un lado, una armonización que afecte únicamente a ciertos aspectos de la institución, probablemente no cumpla la finalidad de facilitar y fomentar la circulación de los créditos. Ahora bien, un proyecto más ambicioso, que abarque prácticamente a toda la institución, plantea serias dudas sobre la aplicación efectiva por parte de los Estados. Las iniciativas armonizadoras, además, tendrán que elegir entre primar la agilidad de las transacciones que impone el moderno tráfico económico en detrimento de la seguridad jurídica u optar por una normativa que provoque mayor certidumbre y seguridad para los interesados, pero que suponga un freno al normal desenvolvimiento de los flujos comerciales.

Así las cosas, tras la revisión de la regulación de la cesión de créditos en las distintas propuestas armonizadoras, se puede concluir que, todas ellas, en aras a soslayar las enormes diferencias entre las legislaciones nacionales que les sirven de inspiración, intentan adoptar fórmulas intermedias, esto es, medidas que se encuentren a medio camino de las soluciones jurídicas de cada sistema. Otras veces, cuando la adopción de una solución compatible con los distintos sistemas no es posible porque la regulación del aspecto en cuestión es prácticamente antagónica en los diferentes ordenamientos, las propuestas se decantan por aquella solución con más aceptación por la mayoría de los ordenamientos europeos. En cualquier caso, a mi juicio, no puede afirmarse que los textos de referencia hayan tomado partido claramente por uno u otro sistema, sino que en determinadas materias se alejan del sistema francés para aproximarse al sistema alemán y, en otras, la solución adoptada es la contraria, buscando cierto equilibrio que asegure el encaje de las soluciones propuestas en los diferentes ordenamientos.

Ahora bien, como ya se ha indicado anteriormente, estas fórmulas intermedias que tratan de encontrar un punto de equilibrio para contentar a todos, probablemente no satisfagan a nadie, pues no dejan de implicar la renuncia a ciertas soluciones normativas arraigadas en los diferentes sistemas jurídicos, lo que puede provocar en última instancia su inaplicación, como ha sucedido anteriormente con otros proyectos internacionales sobre la materia.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de octubre de 1968
- STS de 5 de noviembre de 1974
- STS de 11 de enero de 1983
- STS de 5 de junio de 1986
- STS de 25 de enero de 1988
- STS de 11 de abril de 1988
- STS de 27 de junio de 1989
- STS de 15 de noviembre de 1990
- STS de 25 de febrero de 1991
- STS de 27 de septiembre de 1991
- STS de 9 de julio de 1993
- STS de 22 de febrero de 1994
- STS de 30 de julio de 1994
- STS de 17 de diciembre de 1994
- STS de 13 de junio de 1997
- SAP Málaga de 5 de marzo de 1998
- STS de 1 de octubre de 2001
- STS de 15 de julio de 2002
- STS de 26 de septiembre de 2002
- STS de 3 de febrero de 2003
- STS de 5 de marzo de 2004
- STS de 13 de julio de 2004
- STS de 11 de julio de 2005
- STS de 18 de julio de 2005
- STS de 26 de marzo de 2007
- STS de 30 de abril de 2007
- STS de 25 de enero de 2008
- STS de 22 de febrero de 2008
- STS de 10 de julio de 2012
- STS de 28 de noviembre 2012

XII. BIBLIOGRAFÍA

ALPA, G. (2011). *Manuale di Diritto privato*. 7.ª ed. Padova: Cedam.
ANDREWS, N. (2011). *Contract law*. Cambridge: University Press.
ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996). *La prenda de créditos*. Madrid: Marcial Pons.
BAÑULS, F. A. (2009). El contrato de cesión de créditos en la jurisprudencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-junio, 239-253.
BÉNAVENT, A. (2010). *Droit civil. Les obligations*. 12.ª ed. Paris: Montchrestien.

CLIVE, E. (2012). Multi party relationships in the DCFR. En V. Sagaert, M. Storme y E. Terryn (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia, pp. 135-146.

CRESPO MORA, M. C. (2014). La cesión de créditos en el DCFR: compatibilidad con el sistema español. En Díez-Picazo (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel González,* Tomo I, Cap. 36. Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 957-980.

CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La cesión de créditos*. Dykinson: Madrid.

— (2014). El contrato de cesión de créditos. En Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* Tomo II, Cap. 5, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 529-593.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial,* vol. II. 6.ª ed. Navarra: Thomson-Civitas.

ENCHELMAIER, S. (2005). Assignment in its commercial context. En A. Vaquer (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 151-183.

ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (2009). Comentarios a los artículos 1526-1536 del Código Civil. En R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*. 3.ª ed. Navarra: Aranzadi, pp. 1781-1800.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. (2005). El artículo 11:401 (4) de los Principios de Derecho Contractual Europeo: quiebra del cedente del crédito y Derecho concursal comunitario. En A. Vaquer (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 205-231.

FABRE-MAGNAN, M. (2012). *Droit des obligations*. 3.ª ed. París: Themis.

GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario a los artículos 1526-1536 del Código Civil. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XIX. 2.ª ed. Madrid: Edersa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1995). *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Madrid: Civitas.

GARCÍA MANDALONIZ, M. (2015). La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil: adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia. En *Estudios sobre el futuro Código mercantil: Libro homenjae al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: UC3M (pp. 86-114), disponible en http://hdl.handle.net/10016/21075.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1991). El sistema codificado francés de cesión de créditos. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, num. 2, 485-552.

— (1992). El sistema italiano de cesión de créditos. En *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2. Barcelona: Bosch, pp. 1395-1435.

— (1992). Sistemas germánicos de cesión de créditos (I). *Anuario de Derecho civil,* vol. 45, núm. 1, 53-130.

— (1992). Sistemas germánicos de cesión de créditos (II). *Anuario de Derecho civil,* vol. 45, núm. 2, 535-650.

— (1993). *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos*. Valencia: tirant lo blanch.

GONZÁLEZ POVEDA, P. (2006). Comentario a los artículos 1526-1536. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil,* Tomo 7. Barcelona: Bosch, pp. 658-676.

KÖTZ, H. (1992). Rights of third parties. Third parties beneficiaries and assignment. *International Encyclopedia of comparative law*, vol. VII.

— (2012). Assignment. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I. Oxford: University Press, pp. 75-78.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2007). *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones,* Tomo II, vol. I. 4.ª ed. Madrid: Dykinson.

LOJENDIO OSBORNE, I. M. (1998). Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos. *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II. Valladolid: Universidad, pp. 1251-1263.

LURGER, B. (2005). Assignment of claims. En A. Vaquer (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 133-149.

MALAURIE, P., AYNÈS, L., STOFFEL, P., MUNCK (2011). *Les obligations*. 3.ª ed. Paris: Defrenois.

MARCO MOLINA, J. (2010), Comentario a los artículos 1526-1536. En A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentario al Código Civil*. Madrid: Lex Nova, pp. 1666-1679.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, J. P. *et al*. (2011). *Curso de Derecho civil. Derecho de obligaciones,* Tomo II. 3.ª ed. Madrid: Colex.

MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L. (1998). Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Tomo 37, 227-256.

MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L. (2003). Cesión de créditos. En C. Vattier, J. M. de la Cuesta, J. M. Caballero (dirs.), *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía),* Tomo II. Madrid: Dykinson, pp. 481-505.

MCKENDRICK, E. (2011). *Contract law.* 9.ª ed. Oxford: University Press.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (2011). Reflexiones sobre el *pactum de non cedendo*. *Revista General de Derecho Romano,* núm. 16, 1-21.

NAVARRO PÉREZ, J. L. (1988). *La cesión de créditos en el Derecho civil español*. Granada: Comares.

ORTÍ VALLEJO, A. (2010). Cesión de créditos futuros y factoring: a propósito de la lectura de unos preceptos que dedican al tema los principios del derecho europeo de contratos. *InDret*, núm. 4, 1-41, disponible en www.indret.com/pdf/764_es.pdf

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Cesión de créditos. *Anuario de Derecho Civil*, IV, 1033-1131.

— (1993). Comentario a los artículos 1526-1530 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 1019-1035.

— (1995). Voz «Cesión de créditos (D.º civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. I. Madrid: Civitas, pp. 1021-1025.

PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, vol. II. Barcelona: Bosch.

RECALDE CASTELLS, A. J. (2005). La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, V. IV. Marcial Pons: Madrid, pp. 4331-4346.

REPRESA POLO, M.ª P. (2009). Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio. *InDret*, núm. 2, disponible en www.indret.com/pdf/631_es.pdf

— (2011) *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto de terceros*. Madrid: Edisofer.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E. (2013). Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737, 1711-1773.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2011). Comentario a los artículos 1526, 1527, 1528 y 1530 del Código Civil. En A. Cañizares Laso *et al*. (dir.), *Código Civil comentado,* vol. IV. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 307 y sigs.

TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y. (2009). *Droit civil. Les obligations*. 10.ª ed. Paris: Dalloz.

TOLHURST, G. (2006). *The assignment of contractual rights*. Oxford, UK: Hart Publishing.

TREITEL, G. H. (2003). *The law of contract*. 11.ª ed. Thomson-Sweet&Maxwell.

VON BAR, C. (2010). ¿Desde el Proyecto de Marco Común de Referencia hacia un Reglamento? *El Notario del siglo XXI*, núm. 32, disponible en www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/corporativa/1116-marco-comun-de-referencia-conferencia-de-christian-von-bar-0-42377079783358684.

NOTAS

[1] En su 90.ª sesión, el Consejo de Administración de UNIDROIT adoptó la tercera edición de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales («Principios de UNIDROIT 2010»). No obstante, no se introdujeron cambios en el capítulo 9, sección 1, relativa a la cesión de créditos, cuya redacción es, por tanto, igual que en la edición de 2004. En esta segunda edición se acogieron por primera vez unas reglas sobre cesión de créditos que no aparecían en la primera versión de 1994.

[2] Para un estudio detallado sobre la compatibilidad de las propuestas del DCFR en materia de cesión de créditos con el ordenamiento español, véase mi trabajo (2014) «La cesión de créditos en el DCFR: compatibilidad con el sistema español». En Díez-Picazo (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Tomo I, Cap. 36. Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 957-980.

[3] En la comparación de ambos sistemas, reconoce GAVIDIA SÁNCHEZ (1992). Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, núm. 1, pp. 111 y 112, que la opción legislativa alemana favorece más la circulación de los créditos, así como la rapidez y seguridad del tráfico.

[4] CLIVE, E. (2012). Multi-party relationships in the DCFR. En V. Sagaert, M.E. Storme y E. Terryn (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia, p. 142.

[5] En el ámbito internacional hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001 y el Convenio UNIDROIT sobre *factoring* internacional. En cualquier caso, aunque estos textos internacionales han servido de referencia a las propuestas armonizadoras europeas (LURGER, B. [2005]. Assignment of claims. En A. Vaquer (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 135), el análisis de estas normas (ratificadas por muy pocos Estados) excede claramente el objeto de este estudio.

[6] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E. (2013). Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737, p. 1713.

[7] Como reconoce ENCHELMAIER, S. (2005). Assignment in its commercial context. En A. Vaquer (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 183, los PECL evitaron ciertas áreas, donde el acuerdo general

parecía inalcanzable. Por ello, el *Study Group*, después de discusiones prolongadas, tuvo que pronunciarse sobre aspectos complicados sobre los que los PECL guardaron silencio (CLIVE, Multi-party…, *op. cit.,* p. 142).

[8] KÖTZ, H. (2012). Assignment. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, V. I. Oxford: University Press, p. 76, critica la ubicación sistemática de esta institución en el Código Civil francés y afirma la conveniencia de que la cesión de créditos aparezca regulada en la parte general del Derecho de obligaciones. La doctrina española también ha criticado la ubicación de la cesión de créditos en sede de compraventa en nuestro Código (entre otros muchos, PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil,* vol. IV, p. 1034, DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* V. II. 6.ª ed. Navarra: Civitas, pp. 970-971, CUADRADO PÉREZ (2014). El contrato de cesión de créditos. En Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, Tomo II, Cap. 5. Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 543 y GARCÍA MANDALONIZ, M. (2015). La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil: adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia. En *Estudios sobre el futuro Código mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: UC3M, disponible en http://hdl.handle.net/10016/21075, p. 98). El Tribunal Supremo, por su parte, ha reconocido expresamente que, pese a su ubicación, la cesión de créditos puede consistir en un negocio distinto a la compraventa. En tal sentido, *vid*. SSTS de 26 de septiembre de 2002, 18 de julio de 2005 y 25 de enero de 2008. En cualquier caso, como admite CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La cesión de créditos*. Dykinson: Madrid, p. 49, en la realidad práctica la compraventa constituye el tipo contractual más empleado en la cesión de créditos.

[9] A diferencia del vigente Código Civil italiano, el que le precede regulaba esta cuestión en sede de compraventa, debido a la innegable influencia francesa sobre su articulado.

[10] Las referencias realizadas en el presente trabajo a la Propuesta de Código Mercantil han de entenderse hechas, a su vez, al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, pues se hace sin variaciones un volcado del régimen jurídico general sobre la cesión de créditos del primer al segundo texto.

[11] GAVIDIA SÁNCHEZ (1992). El sistema italiano de cesión de créditos. En *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2. Barcelona: Bosch, p. 1408 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., p. 98.

[12] Nuestra jurisprudencia destaca que la relación obligatoria permanece incólume, al producirse única y exclusivamente un relevo en la figura del acreedor (véase, entre otras, SSTS de 15 de noviembre de 1990, 22 de febrero de 1994, 30 de abril de 2007 y 25 de enero de 2008).

[13] LURGER, Assignment…, *op. cit.,* p. 134, reconoce que, las divergencias en aspectos esenciales de esta institución, crean grandes inseguridades y riesgos para las partes implicadas en cesiones de créditos transfronterizas.

[14] Sin embargo, según VON BAR, C. (2010). ¿Desde el Proyecto de Marco Común de Referencia hacia un Reglamento? *El Notario del siglo XXI,* núm. 32, p. 6 (disponible en www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/corporativa/1116-marco-comun-de-referencia-conferencia-de-christian-von-bar-0-42377079783358684), la Comisión Europea está intentando elaborar un instrumento optativo sobre la base del Marco Común de Referencia.

[15] ORTÍ VALLEJO, A. (2010). Cesión de créditos futuros y *factoring*. *InDret*, núm. 4, disponible en www.indret.com/pdf/764_es.pdf, p. 9.

[16] PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 1020, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, op. cit*., p. 975 y ORTÍ, Cesión…, *op. cit*., pp. 5 y 10.

[17] Principalmente, ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996). *La prenda de créditos*. Madrid: Marcial Pons, pp. 63-149, PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit*., pp. 1042-1048, RECALDE CASTELLS, A. J. (2005). La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia,* V. IV, Marcial Pons: Madrid, p. 4336 y CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 36.

[18] PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.,* p. 1042.

[19] ORTÍ, Cesión…, *op. cit.,* p. 9.

[20] A esta conclusión llegué en un trabajo anterior. Véase al respecto CRESPO, La cesión de créditos…, *op. cit.,* p. 962.

[21] Asimismo, en los comentarios al artículo III-5:113 los redactores del DCFR reconocen que en la cesión en garantía el cesionario no pasa a ser el nuevo acreedor.

[22] En este sentido, la SAP Málaga de 5 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 4313). Respecto al Derecho francés, véase TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y. (2009). *Droit civil. Les obligations*. 10.ª ed. París: Dalloz, pp. 1271-1272. Estos autores reconocen que la transmisión del patrimonio por fusión o absorción exige menos formalidades, pues no requiere la notificación al deudor o su aceptación en acto auténtico.

[23] PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.,* p. 1038, CUADRADO, El contrato de cesión de créditos, *op. cit*., p. 567 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., p. 98.

[24] El artículo III-5:118 DCFR regula los efectos derivados de un acto de cesión no válido. Se trata este de un precepto que no se encuentra previsto en los PECL; de hecho, reconoce CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 177, que los PECL dejaron deliberadamente abierta la cuestión, con el propósito de resolverla en el contexto de la transmisión de bienes muebles en general. De acuerdo con los apartados segundo y tercero del artículo III-5:118 DCFR, si el acto de cesión es nulo o es anulado, no tendrá lugar la cesión del crédito con efecto retroactivo; esto es, se considera que el derecho de crédito nunca ha sido transmitido al cesionario. Ahora bien, los problemas surgirán si, pese a hacerse evidente que el acto de cesión es nulo o, tras ser anulado, esta circunstancia no es notificada al deudor y este procede a pagar al cesionario tras la notificación de la cesión. Así las cosas, según el artículo III-5:119 (2), tal pago tendrá efecto liberatorio. Para evitar este efecto, lo más aconsejable es que el cedente notifique al deudor esta situación (CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 77). El apartado cuarto del precepto citado dispone que, por el contrario, otras situaciones en las que el acto de cesión es válido, pero la relación resultante de él termina (cuando el acto de cesión es válido, pero se desiste, se resuelve la relación contractual o, tratándose de una donación de crédito, se revoca), no tienen efectos retroactivos sobre la cesión.

[25] LURGER, Assignment…, *op. cit.,* p. 148 y ENCHELMAIER, Assignment…, *op. cit.,* pp. 166-167, admiten que los PECL han preferido no pronunciarse sobre este problema.

[26] GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit.,* p. 104.

[27] Afirma REPRESA POLO, M. P. (2009). Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio. *InDret*, núm. II, disponible en www.indret.com/pdf/631_es.pdf, p. 18, que la doctrina y jurisprudencia francesas han tratado de matizar las conclusiones «extremas» sobre el sistema francés de cesión de créditos que se deriva del tenor literal del *Code Civil*.

[28] Según la norma citada, hasta que no se produzca la notificación (que debe realizarla el cedente por escrito) no habrá cesión válida. En este sentido, TOLHURST, G. (2006). *The assigment of contractual rights*. Oxford, UK: Hart Publishing, p. 386, ANDREWS, N. (2011). *Contract Law*, Cambridge: University Press, p. 227 y MCKENDRICK, E. (2011). *Contract Law*. 9.ª ed. Oxford: University Press, p. 140.

[29] KÖTZ, Assignment, *op. cit*., p. 76, critica estos sistemas que exigen la notificación al deudor para que la cesión produzca efectos *erga omnes*, por entorpecer la circulación de los créditos.

[30] No obstante, en Derecho francés la cesión de créditos que se produce en las relaciones comerciales disfruta desde hace tiempo de un régimen jurídico más simplificado que el recogido en el *Code Civil*. Así lo admiten BÉNAVENT, A. (2010). *Droit civil. Les obligations*. 12.ª ed. París: Montchrestien, p. 529, TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit*., p. 1281 y FABRE-MAGNAN, M. (2012). *Droit des obligations*. 3.ª ed. París: Themis, p. 556. Sirva de ejemplo la Ley Dailly de 1981, que, para facilitar el crédito a las empresas, tiende a dispensar el requisito de la notificación al deudor.

[31] Las dudas, discusiones y críticas que ha recibido este sistema explican los importantes cambios que ha experimentado esta materia en el anteproyecto de reforma del Código Civil

francés. Para conocer los principales cambios que contiene la proyectada regulación francesa sobre cesión de créditos, véase RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, pp. 1719 y sigs.

[32] Pese al tenor literal del artículo 1690 del Código Civil francés, la doctrina francesa considera que la cesión produce sus efectos entre las partes con el negocio de cesión siguiendo la regla general consensualista (GAVIDIA SÁNCHEZ [1991]. El sistema codificado francés de cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 2, p. 490). En este sentido, TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit.,* pp. 1266 y 1277, BÉNAVENT, *Droit civil…, op. cit.,* p. 520, MALAURIE, P., AYNÈS, L., STOFFEL, P., MUNK (2011). *Les obligations*. 3.ª ed. París: Defrenois, pp. 763 y 764, y FABRE-MAGNAN, *Droit…, op. cit.,* p. 557.

[33] GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 531, 542, y 543, y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., p. 93. Matiza PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit*., pp. 1060-1063, que, como resulta incongruente afirmar la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario y, a la vez, negar tal eficacia respecto al deudor cedido, a la vista del artículo 1690 del Código Civil francés habría que concluir que, salvo aceptación anterior de la cesión por parte del deudor cedido, en el ordenamiento francés el momento traslativo del crédito es el de la notificación. En parecidos términos se pronuncia GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., p. 532, según el cual, si se entiende por titularidad de un crédito ejercitar las facultades que integran su contenido, no puede decirse que el cesionario del crédito sea su titular antes de la notificación o aceptación de la cesión.

[34] GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., p. 506, TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit.,* pp. 1270-1272 y FABRE-MAGNAN, *Droit…, op. cit.,* p. 557. Se admite incluso que el pago voluntario del deudor al cesionario sin previa notificación o aceptación, constituye un supuesto de aceptación tácita (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 508-509). Por ello, estos autores reconocen la incoherencia de la jurisprudencia por la admisión de la aceptación tácita de la cesión por parte del deudor para que le resulte oponible y, a su vez, el rechazo a otorgar el mismo efecto a su conocimiento de la misma.

[35] GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario a los artículos 1526 y 1527 del Código Civil. En Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* T. XIX. Madrid: Edersa, p. 13 y ALPA, G. (2011). *Manuale di Diritto privato*. 7.ª ed. Padova: Cedam, p. 461.

[36] Así lo admiten PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.,* p. 1062, REPRESA, Eficacia…, *op. cit*., p. 24 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., p. 94. Por el contrario, en relación con el derecho italiano, GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 109 y sigs., diferencia entre los terceros que están interesados en la cesión (que podrán hacer valer la cesión aunque no haya sido todavía notificada o aceptada) y los terceros eventualmente perjudicados por la misma (a los que no les perjudicará una cesión que no haya sido notificada). Añade este autor que, *inter partes,* hay trasmisión del crédito conforme al criterio consensualista, pp. 1409, 1411. Por todo ello, según el referido autor, «nos encontramos ante un sistema híbrido entre el de origen germánico, por lo que respecta a la relevancia del conocimiento de la cesión por el deudor, y el francés, porque para los demás terceros sigue siendo decisiva la notificación o aceptación de la cesión» (GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit*., p. 1435).

[37] REPRESA, Eficacia…, *op. cit.,* p. 21, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, 1713 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., p. 93. Como admite GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit*., p. 106, la exclusión de la notificación al deudor como requisito para producir el efecto traslativo probablemente sea la nota más característica del sistema alemán codificado de cesión frente al francés.

[38] CUADRADO, El contrato de cesión de créditos, *op. cit*., p. 544. Como expresamente indican, entre otras, las SSTS de 27 de septiembre de 1991 y 1 de octubre de 2001, no se precisa el consentimiento del deudor para que le vincule la cesión del crédito. La excepción

sería, como señala CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 116, la cesión de créditos con naturaleza *intuitu personae*, que no sería viable sin el consentimiento del deudor, por resultar inapropiado en estos casos obligarle a cumplir la prestación a favor de otra persona.

[39] Así lo admiten, entre otras muchas, las SSTS de 5 de noviembre de 1974, 11 de enero de 1983, 13 de junio de 1997, y 26 de marzo de 2007. Como señala la STS de 15 de julio de 2002, «su conocimiento de la cesión lo único que hace es variar el destinatario del pago».

[40] Véase, entre otros, PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 1020-1021, REPRESA, Eficacia…, *op. cit.,* p. 7 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, J. P. *et al*. (2011). *Curso de Derecho civil. Derecho de obligaciones,* Tomo II. 3.ª ed. Madrid: Colex, pp. 298 y 299. En contra, NAVARRO PÉREZ, J.L. (1988). *La cesión de créditos en el Derecho español*. Granada: Comares, pp. 112 y 116 y GONZÁLEZ POVEDA, P. (2006). Comentario al artículo 1527 del Código Civil. En Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil,* T. VII, Barcelona: Bosch, p. 662.

[41] CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 108. Efectivamente, nuestro Tribunal Supremo, de forma reiterada, ha hecho depender la eficacia de la cesión frente al deudor de su conocimiento efectivo. En este sentido, entre otras, véase las SSTS de 11 de enero de 1983, 9 de julio de 1993, 30 de julio de 1994, 13 de julio de 2004, 11 de julio de 2005, 26 de marzo de 2007, y 28 de septiembre de 2012.

[42] GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit.*, p. 94, y CUADRADO, El contrato de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 556. En contra, NAVARRO, *La cesión…*, *op. cit.*, pp. 112 y 116.

[43] CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 109.

[44] Por su parte, la PCM —aplicable a las cesiones de créditos mercantiles a título oneroso—, tras admitir que el efecto traslativo se produce desde el acuerdo de cesión sin que resulte necesario el consentimiento del deudor (art. 450-2), exige la notificación de la cesión para que el deudor quede obligado con el cesionario (art. 450-6). La ambigüedad del texto suscita la duda de cuál sea el momento en que se transmite el crédito frente al cedido. Por su parte, la PMCC diseña un sistema de transmisión consensual del crédito (art. 1215), lo que se complementa con la protección del deudor hasta el conocimiento de la cesión (art. 1220).

[45] REPRESA POLO, M.ª P. (2011). *La cesión de créditos: Eficacia entre las partes y respecto a* terceros. Madrid: Edisofer, p. 61, afirma igualmente que, en este punto, la regulación del DCFR se separa radicalmente del contenido de los PECL.

[46] La contradicción entre los artículos 11:202 y 11:303 PCEL ha sido resuelta de forma distinta por los autores que han estudiado esta propuesta europea. Algunos autores, consideran que los PECL siguen al sistema francés en este punto. Por ello, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, *op. cit.,* pp. 1727-1728, critica la idea de la disociación en la transmisión de la propiedad que ello implica. Por el contrario, LURGER, Assignment…, *op. cit.,* p. 138 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit.*, p. 103, niegan que en los PECL la cesión del crédito dependa de la notificación al deudor, aunque esta última puede resultar importante a otros efectos (como modo de protección del deudor).

[47] CLIVE, Multi-party…, *op. cit.*, p. 142. Como reconoce KÖTZ, Assignment, *op. cit.*, p. 76, la supresión de la exigencia de la notificación al cedido trata de dar respuesta a las abrumadoras necesidades de las prácticas comerciales.

[48] No obstante, si bien la notificación al deudor no es necesaria para que la cesión produzca efectos frente a él, sí constituye un requisito de eficacia frente a determinados terceros (en tal sentido, véase el artículo III-5:121 DCFR).

[49] KÖTZ, Assignment, *op. cit.,* p. 76.

[50] Respecto al Derecho francés, la doctrina afirma (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…*, *op. cit.,* p. 1267, BÉNAVENT, Droit…, *op. cit.,* p. 519 y FABRE-MAGNAN, *Droit…*, *op. cit.,* p. 557), que no pueden cederse ni los créditos de carácter alimentario, ni los créditos salariales. De igual forma, nuestro artículo 151 del Código Civil consagra la intrasmisibilidad entre parientes de los alimentos todavía no devengados (en tal sentido, STS de 8 de octubre de 1968). Respecto a los créditos salariales, la STS de 27 de junio de 1989 admite su cesión,

aunque no implicará la transferencia de los privilegios conferidos por el artículo 32 ET. Por su parte, el § 411 BGB admite la cesión del salario en determinadas circunstancias.

[51] CLIVE, Multi-party…, *op. cit.,* p. 142. Ahora bien, admite CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., pp. 70-71 que, pese a la ineficacia de la cesión, *ex* artículo 5:109 DCFR el pretendido cesionario gozará del derecho a exigir al cedente el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de la obligación de transmitir el antedicho crédito.

[52] TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit.,* p. 1266 y KÖTZ, Assignment *op. cit*., p. 76.

[53] En tal sentido, *vid*. PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit*., p. 1023, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1993). *La cesión de créditos: sistema español de cesión de créditos: formación, sistema traslativo y protección del deudor*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 207, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1995). *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Madrid: Civitas, pp. 76 y sigs., LOJENDIO OSBORNE, I. M.ª (1998). Proyecto de Convención Internacional sobre cesión de créditos, *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al profesor F. Duque*, V. II. Valladolid: Universidad, p. 1255 y CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 86. Entre otras, nuestro Tribunal Supremo acepta igualmente la cesión de créditos futuros en las sentencias de 17 de diciembre de 1994 y 22 de febrero de 2008.

[54] Admiten y prevén la cesión de créditos futuros determinados o determinables tanto la PMCC (art. 1215) como la PCM (art. 450-2). La mayor divergencia entre estas dos regulaciones es que la propuesta mercantil, a diferencia de la civil, indica el momento en que se entienden trasmitidos los créditos futuros: en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión.

[55] En contra, ORTÍ, Cesión…, *op. cit*., pp. 16 y 17.

[56] Posibilidad admitida por la doctrina española (PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1021 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…, op. cit*., pp. 976 y 977) y por la doctrina francesa (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit.,* p. 1266 y BÉNAVENT, *Droit civil…, op. cit.,* p. 519).

[57] Entre otros, afirman PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1022 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit*., p. 977, que, salvo que esté excluida por pacto, cabe la cesión de una parte del crédito, siempre que la prestación objeto del mismo sea divisible. Recientemente, admite también la cesión parcial de créditos CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 84.

[58] En realidad, la distinción entre deudas pecuniarias y no pecuniarias prevista en el DCFR, ya aparecía reflejada en los comentarios (Comentario A) del artículo 11:303 PECL.

[59] Aceptan tal posibilidad PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1022 y RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2011). Comentario al artículo 1526 del Código Civil. En Cañizares Laso, A. *et al*. (dir.), *Código Civil comentado*, V. IV. Navarra: Civitas, p. 308.

[60] Por su parte, la STS de 5 de marzo de 2004 exige que «existan obligaciones o relaciones pendientes», para que la sustitución subjetiva no se considere una cesión de contrato.

[61] LURGER, Assignment…, *op. cit*., p. 146.

[62] Reconoce KÖTZ, Assignment, *op. cit*., p. 77, que los tribunales tienen que enfrentarse frecuentemente al problema de las prioridades.

[63] Junto a estas alternativas KÖTZ, Assignment, *op. cit*., p. 77, plantea la oportunidad de un sistema no obligatorio de registro, que solucione los problemas de prioridad en este ámbito.

[64] GARCÍA CANTERO, Comentario…, *op. cit*., pp. 14-15 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso…, op. cit*., p. 299. En contra, véase NAVARRO, *La cesión…*, *op. cit*., pp. 145-153, que propone la aplicación del artículo 1473 del Código Civil a este conflicto, aunque con las correspondientes adaptaciones. Respecto a los acreedores del cedente, señala ORTÍ, Cesión…, *op. cit*., p. 26, que, en nuestro ordenamiento, aquellos no podrán embargar el crédito que transmitió el cedente desde la fecha en que el acuerdo de cesión sea oponible a terceros conforme a los artículos 1218 y 1227 del Código Civil. Por ello, si el acreedor intenta el embargo, el cesionario dispondrá de la tercería de dominio para levantarlo.

[65] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2007). *Elementos de Derecho civil*, T. II, V. I. 4.ª ed. Madrid: Dykinson, p. 216.

[66] Como puntualiza PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1022, las exigencias formales previstas en el artículo 1526 del Código Civil pueden provocar que el segundo cesionario termine triunfando sobre el primero. RODRÍGUEZ-ROSADO, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.*, p. 310, no está de acuerdo con esta conclusión pues, para este autor, la cesión puede demostrarse por un medio probatorio no documental. De igual forma, GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit.*, p. 95, enumera diversas sentencias en las que el Tribunal Supremo admite la viabilidad de medios de prueba diferentes para demostrar la fecha del documento privado: entre otras muchas, SSTS de 5 de junio de 1986, 25 de enero de 1988, 11 de abril de 1988 y 25 de febrero de 1991.

[67] Pese a la ausencia de normas sobre los posibles conflictos entre cesionarios sucesivos de la PCM de 2013, según RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, *op. cit.*, p. 1749, parece que los conflictos han de resolverse de acuerdo con la regla de transmisión del crédito al cesionario por el mero consentimiento (450-2 PCM). Aunque la PMCC tampoco se pronuncia al respecto, del artículo 1215 de la propuesta civil puede deducirse la misma solución.

[68] Los sistemas germánicos de cesión de créditos, desde sus orígenes, resuelven los casos de doble cesión mediante la regla de que solo la primera es eficaz, puesto que el cedente perdió el poder de disposición con esta primera cesión (en tal sentido, véase GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit.*, pp. 53 y sigs.).

[69] TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…*, *op. cit.*, pp. 1274-1275, afirman que, en estos casos, se impone la aplicación estricta del formalismo del artículo 1690 del Código Civil francés Añade GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 525, que, una vez notificada o aceptada la cesión, como ya se ha consumado, si el cedente vuelve a ceder el crédito no se estará ante un caso de múltiple cesión, sino ante una cesión de crédito ajeno.

Asimismo, los acreedores del cedente podrán embargar el crédito hasta que la cesión sea notificada al deudor o aceptada formalmente por este; a partir de este momento, el crédito solo podrá ser embargado por los acreedores del cesionario. Esta regla no queda alterada, aunque tales acreedores conocieran que su deudor (el cedente) había ya contratado la cesión (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 517).

[70] ALPA, *Manuale…*, *op. cit.*, p. 461 y GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 1423.

[71] KÖTZ, Assignment, *op. cit.*, p. 77.

[72] Es más, según ponen de relieve los comentarios de los PICC (Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004, editado por UNIDROIT, Roma, 2007, p. 290), para estos Principios carece de relevancia el conocimiento de la cesión que, en ausencia de notificación, tuviera o hubiera podido tener el deudor.

[73] LURGER, Assignment…, *op. cit.*, p. 149.

[74] Por el contrario, GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit.*, p. 103, considera que los PECL adoptan el modelo germánico de validez inmediata de la cesión.

[75] La doctrina propone diversas soluciones para salvar la contradicción. Así, según ORTÍ, Cesión…, *op. cit.*, p. 24 y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit.*, p. 103, podría entenderse que el segundo criterio solo entra en juego cuando no pueda hacerlo el primero por falta de notificación. El comentario A al artículo 11:401 PECL proporciona un argumento a favor de esta interpretación, al reconocer que si ninguna de las partes notifica la cesión se aplicará la regla de la prioridad temporal. Por su parte, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, *op. cit.*, pp. 1731-1732, soluciona la contradicción de otro modo: según la autora, el apartado primero se refiere solo a la doble cesión del mismo crédito, mientras que el apartado segundo vendría a disponer la preferencia de la primera cesión entre las partes y frente a los acreedores de las mismas.

[76] En este punto la regulación del DCFR se aleja de ordenamientos que otorgan igualmente preferencia en estos casos a la cesión que haya sido notificada en primer lugar, como sucede con el ordenamiento italiano, pues en este último no hace falta la buena fe del adquirente *a*

non domino, sino que tan solo se exige la preferencia en la notificación o aceptación (GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 1426).

[77] ORTÍ, Cesión…, *op. cit.*, p. 24.

[78] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eficacia…, *op. cit.*, p. 1735.

[79] CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 114. Por el contrario, este conflicto es resuelto de forma distinta en aquellos ordenamientos que otorgan preferencia a la notificación de la cesión en el supuesto de cesiones sucesivas, como sucede en el Derecho italiano, pues, en este último, en cuanto al conflicto entre el cesionario y los acreedores del cedente, no decide la fecha de la cesión sino la de su notificación o aceptación (GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, pp. 1424-1425 y 1435).

[80] Las propuestas elaboradas por las Sección de Derecho civil y Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, consagran igualmente la garantía de la *veritas nominis*: artículo 1218 PMCC y 450-5 PCM.

[81] A diferencia de otros preceptos europeos, el artículo 1266 del Código Civil italiano distingue entre cesión a título oneroso (en la que el cedente ha de prestar íntegramente esta garantía) y a título gratuito (donde se impone la garantía del donante en la evicción). De igual forma, el artículo 171 *Code des obligations* suizo otorga un trato diferente a las transmisiones de créditos onerosas y a las gratuitas. En nuestro Derecho, la doctrina otorga igualmente diferentes consecuencias a la cesión a título oneroso y la cesión a título gratuito. En este sentido, véase, entre otros, PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.*, p. 1110 y CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 168.

[82] Ninguno de estos textos de referencia se ocupa de las consecuencias o sanciones del incumplimiento de la garantía de la *veritas nominis*, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema.

[83] CUADRADO, El contrato de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 581.

[84] En nuestro ordenamiento, las propuestas elaboradas por las secciones de Derecho Mercantil y Civil no hacen responsable al cedente de la solvencia del deudor: en tal sentido, véase el artículo 450-5 PCM y el artículo 1219 PMCC, con un contenido más amplio y desarrollado que el precepto que dedica al tema la propuesta mercantil.

[85] Como admite CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, p. 180, se trataría de un pacto de dimensiones y eficacia más reducidas que una posible cesión *pro solvendo*, con la que no puede identificarse.

[86] Según CLIVE, Multi-party…, *op. cit.*, p. 144, el *Study Group* se planteó la posibilidad de omitir estas reglas, pues ya estaban contempladas en otras sedes (compraventa, donación, etc.). Finalmente, se optó por recogerlas expresamente en esta sección, lo que ha provocado el que la protección del cesionario se superponga en ocasiones.

[87] Aunque la regulación sobre la materia de los PECL y del DCFR es muy parecida, este último instrumento internacional resulta más minucioso (así lo afirma CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit.*, pp. 176-177). Las previsiones al respecto del Anteproyecto de la Academia de Pavía son más limitadas que la regulación del DCFR y de los PECL. Concretamente, el párrafo primero del artículo 123 del Anteproyecto, declara que el cedente queda obligado a remitir al cesionario los documentos probatorios del crédito que se hallen en su poder o bien una copia auténtica de los mismos si cede solamente una parte del mismo.

[88] Como demuestra GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit.*, p. 67, en los sistemas germánicos de cesión de créditos, desde sus orígenes, se admite la posibilidad de que el cesionario exija la entrega del documento del crédito al cedente, cuando la cesión recayera sobre créditos documentados.

[89] KÖTZ, Assignment, *op. cit.*, p. 77.

[90] GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit.*, p. 108. Por el contrario, tales excepciones resultan admitidas en sistemas causalistas como el italiano, ya que el deudor puede oponer tanto las excepciones derivadas del acto o contrato donde nace el crédito cedido (invalidez, rescisión, resolución, revocación), como la invalidez o ineficacia del acto que da lugar a la cesión (GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 1420).

[91] Entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit.*, p. 989 y RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2011). Comentario al artículo 1527 del Código Civil. En Cañizares Laso, A. *et al.* (dir.), *Código Civil comentado*, V. IV. Navarra: Civitas, p. 313.

[92] Según DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit.*, p. 989, el deudor conserva estas excepciones personales siempre que no haya consentido expresa o tácitamente la cesión. VÁZQUEZ DE CASTRO, L. M. (2003). Cesión de créditos, *Código europeo de Contratos. Academia de iusprivatistas europeos*, Madrid: Dykinson, p. 493 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso…*, *op. cit.*, p. 300, limitan tal consecuencia al consentimiento expreso.

[93] GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 1422.

[94] Respecto a la compensación, la mayor diferencia entre el artículo III-5:116 DCFR y los artículos 1198 del Código Civil, 1295 del Código Civil francés y 1248 del Código Civil italiano es que el precepto europeo no prevé expresamente la pérdida del derecho a oponer al cesionario la compensación si el deudor consiente la cesión.

[95] El artículo 9.1.13 (1) PICC parece pronunciarse en términos más amplios que las propuestas armonizadoras europeas, al reconocer que «el deudor puede oponer al cesionario *todas las excepciones* (el subrayado es mío) que podría oponer al cedente».

[96] MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Cesión…, *op. cit.*, p. 504.

[97] En sistemas como el francés, es posible igualmente que el deudor pague al cedente después del acto de cesión, aunque antes de que se le haya notificado la misma, pero, a diferencia del sistema alemán o el español, en este caso, según cierto sector doctrinal, el deudor no paga al acreedor aparente sino al verdadero y único acreedor, pues, hasta la notificación, la cesión no le resulta eficaz (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 500). Al mismo resultado se llegaría si se entiende, como lo hace otro sector doctrinal, que, en aplicación del sistema consensualista de transmisión a la cesión de créditos, desde el contrato el cedente deja de ser titular verdadero del crédito, para pasar a serlo solo aparentemente hasta que el deudor y demás terceros no lleguen a conocer la cesión (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 504). De ahí la solución del artículo 1691 del Código Civil francés (según el cual, si el deudor paga al cedente antes de la notificación judicial, quedará válidamente liberado). De hecho, la *Cour de cassation* francesa ha considerado que el mero conocimiento de la cesión no solo no obliga al deudor a pagar al cesionario, sino que no le impide compensar la cesión contra el cedente. Una vez notificada o aceptada la cesión, esta ya es oponible al deudor que, en principio, solo se libera pagando al cesionario. Tras la notificación, también será liberatorio el pago del deudor al cedente cuando la cesión sea inválida o ineficaz, o haya sido resuelta o rescindida (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 500).

Ahora bien, algunos autores consideran que esta regla ha de matizarse en caso de fraude: si el deudor ya conoce la cesión, cometería fraude si pagara al acreedor inicial (BÉNAVENT, *Droit civil…*, *op. cit.*, p. 521). En idéntico sentido añaden TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…*, *op. cit.*, p. 1274, que el principio de buena fe permitirá al deudor que conoce la cesión que no le ha sido notificada, oponerla ante la pretensión de pago del cedente.

[98] GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, pp. 1412 y 1417.

[99] Como se indica en la STS de 30 de julio de 1994, «el hecho de que conozca la cesión debe probarlo la actora y no a la inversa, que sea el deudor el que tenga que probar su ignorancia».

[100] Pese a que, de acuerdo con el artículo 11:303 PECL, para que la cesión obligue al deudor cedido resulta necesaria la notificación, acercándose en este punto, como se ha dicho, al modelo francés de cesión de créditos, se prevé igualmente que el deudor que pague al cedente antes de la notificación solo quedará liberado si lo hizo ignorando la cesión. En definitiva, pues, para impedir el pago liberatorio basta con que el cedido conozca la cesión por otras vías distintas a la notificación (art. 11:303, 4). Distinta es la solución prevista por el artículo 9.1.10 PICC, donde la buena fe del deudor viene marcada por la ausencia de notificación; en consecuencia, hasta la notificación de la cesión el deudor se libera pagando al cedente.

[101] GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 1417 y El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit.*, p. 501.

[102] De hecho, según la STS de 3 de febrero de 2003, carece de eficacia liberatoria frente al cesionario el pago realizado al cedente después de notificarse la cesión. Ahora bien, como demuestra CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 118, en nuestra doctrina existen posiciones diferenciadas en torno a la persona sobre la que recae la carga de notificar al deudor la cesión de créditos (el cesionario, el cedente o ambos) ya que nuestro legislador no atribuye expresamente el deber de notificar a ninguno de los sujetos implicados en la cesión.

[103] Se trata esta de una cuestión que ha planteado y sigue planteando dudas a la doctrina francesa. De hecho, reconoce GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 501-510 y, 543 y sigs., que la cuestión sobre si el conocimiento seguro que el deudor o un tercero pudiera tener de la cesión hace innecesaria la notificación o aceptación recibe respuestas dispares por parte de los autores franceses. En cambio, la posición de la jurisprudencia parece ser la de considerar que la cesión que no reúna el requisito de publicidad formal no es oponible a los terceros que tengan conocimiento de ella, sino solo cuando se demuestre su actuación fraudulenta (GAVIDIA, El sistema codificado francés de cesión de créditos, *op. cit*., p. 546).

[104] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso…, op. cit.,* pp. 299 y 300.

[105] Entre otros, GAVIDIA, *La cesión…*, *op. cit*., p. 284, PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). Comentario al artículo 1527 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 1027, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Cesión…, *op. cit*., p. 495, y BAÑULS, F. A. (2009). El contrato de cesión de créditos en la jurisprudencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril-junio, p. 250. Según PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.,* pp. 1067-1078, y CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 119, si el deudor tiene noticia de la cesión pero no un conocimiento efectivo de la misma, a lo más que se podría llegar, es a defender la oportunidad de una consignación judicial. Pese a la importancia práctica de esta cuestión, las propuestas de modernización nacionales guardan silencio sobre este punto.

[106] Señala CLIVE, Multi-party…, *op. cit*., p. 144, que en este punto el DCFR se limita a reproducir una regla de los PICC (art. 9.1.10). El artículo III-5:120 DCFR prevé otros dos casos en los que el deudor puede solicitar prueba de la cesión y suspender el cumplimiento de sus obligaciones hasta que se atienda su solicitud. En primer lugar, cuando la notificación de la cesión no se reciba en un soporte duradero o no proporcione suficiente información sobre el derecho cedido o el nombre y dirección del cesionario (III-5:120, 2). En segundo lugar, cuando la notificación de la cesión provenga del cesionario y no del cedente (III-5:120, 3), lo que demuestra que el DCFR, al igual que sucede en otros ordenamientos europeos (véase GAVIDIA, El sistema italiano de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 1415, 1416), otorga una mayor valor a la notificación que proviene del cedente, que la proveniente del cesionario.

[107] LURGER, Assignment…, *op. cit*., p. 140.

[108] LURGER, Assignment…, *op. cit*., pp. 142-143, pone en duda la trascendencia de estas razones, pues considera que los PECL ofrecen remedios para que el deudor no resulte perjudicado por la cesión.

[109] GAVIDIA, Sistemas germánicos de cesión de créditos (I), *op. cit.,* p. 102.

[110] KÖTZ, Assignment, *op. cit*., p. 76.

[111] El § 352 a HGB admite que el deudor pueda pagar al cedente, ya que ostenta una facultad de elegir entre este y el cesionario. Aunque el cedente ya no sea acreedor, está legitimado para cobrar e incluso compensar con el deudor cedido, pese a que la cesión haya surtido efecto y el crédito haya de reputarse del cesionario. Esta solución ha sido acogida igualmente por el artículo III-5:108 DCFR.

[112] TREITEL, G.H. (2003). *The law of contract*. 11.ª ed. Thomson/Sweet&Maxwell, p. 693 y KÖTZ, H. (1992). Rights of third parties. Third parties beneficiaries and assignment, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. VII, pp. 13-73 y sigs.

[113] Reconocen la falta de interés doctrinal sobre el tema TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil…, op. cit.,* p. 1268.

[114] Es más, según BÉNAVENT, *Droit civil…*, *op. cit*., p. 519, en materia comercial, el artículo L. 442-6-II del Código de Comercio prohíbe las cláusulas que impiden al acreedor ceder su crédito.

[115] Sentencia de la *Cour Cassation Chambre Commercial* de 21.11.2000, D. 2001, 123. Esta sentencia ha sido criticada por GHESTIN, J., BILLAU, M., LOISEAU, G. (2005), *Traité de Droit civil. Le régime des creances et des dettes*. Paris: LGDJ, pp. 309-311, por apoyarse en la idea superada de la relatividad de los contratos. Estos autores manifiestan su deseo de que la *Chambre Commercial* cambie su jurisprudencia y subordine la inoponibilidad de la cláusula a que el cesionario la ignore.

[116] La doctrina española acepta, sin fisuras, la validez de este pacto. Así lo admiten, entre muchos otros, PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1024, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Cesión…, *op. cit*., p. 491 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit*., p. 978.

[117] Nuestra doctrina propone, fundamentalmente, tres respuestas diferentes a este interrogante. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit.,* p. 978 propone la solución del Derecho italiano; PANTALEÓN, Comentario al artículo 1526 del Código Civil, *op. cit*., p. 1024 sigue en este punto al Derecho alemán; por último, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Reflexiones sobre el *pactum de non cedendo*. *Revista General de Derecho Romano, núm*. 16, pp. 16-20, defiende la ineficacia relativa de la cesión que viole este pacto.

[118] PANTALEÓN, Cesión…, *op. cit.,* pp. 1096 y 1097. Critica esta solución CUADRADO, El contrato de cesión de créditos, *op. cit*., p. 547.

[119] En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…*, *op. cit.,* p. 978, NAVARRO, *La cesión…*, *op. cit*., p. 76 y CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 73.

[120] Así lo reconoce CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., p. 71.

[121] Así, mientras que el artículo 1214 PMCC reconoce expresamente la posibilidad de que las partes prohíban la cesión por pacto (aunque, de nuevo, deja sin resolver el problema de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento), el artículo 450-9 PCM, sin negarle validez no le reconoce eficacia, pues de acuerdo con el precepto citado, el pacto no afecta al cesionario. En cualquier caso, la cesión incumpliendo el pacto provocará la responsabilidad del cedente por los daños y perjuicios sufridos por el deudor.

[122] La solución prevista por este instrumento para el problema depende del tipo de crédito objeto de cesión. Cuando se trate de un crédito dinerario, la transmisión del crédito será eficaz, aunque el cedente responderá ante el deudor por el incumplimiento. Por el contrario, en las cesiones de créditos no monetarios, el precepto prevé la eficacia del pacto frente al cesionario, por lo que la cesión resultará inválida, salvo que en el momento de la trasmisión el cesionario no conociera ni debiera conocer el pacto. En esta última hipótesis la cesión será considerada válida, aunque, de nuevo, se contempla la posibilidad de que el deudor reclame al cedente una indemnización por el incumplimiento contractual.

[123] CLIVE, Multi-party…, *op. cit*., p. 142. La escasa doctrina española que ha analizado el tema, ha criticado la solución prevista por el DCFR. En tal sentido se pronuncia MIQUEL GONZÁLEZ, Reflexiones…, *op. cit.,* p. 13.

[124] CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., pp. 77 y 113.

[125] Entre otros, destaca el importante papel económico que desempeña la cesión de créditos, CUADRADO, *La cesión de créditos, op. cit*., pp. 22 y sigs., y El contrato de cesión de créditos, *op. cit*., pp. 533 y sigs., y GARCÍA MANDALONIZ, La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil…, *op. cit*., pp. 88 y 90.

(Trabajo recibido el 18-5-2016
para su publicación el 13-7-2016)

El Registro de la propiedad y el Catastro en Cuba

Registry of Deeds and the Cadastre in Cuba

por

YUNIEL ROSABAL ROBAINA

Especialista Registral del Registro de la propiedad de La Habana Vieja

Profesor Instructor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

RESUMEN: Tanto el Registro de la Propiedad Inmueble como el Catastro existen para publicar situaciones relativas a los inmuebles. El Registro publica y protege los actos y contratos por los cuales se constituyen, modifican o extinguen derechos sobre inmuebles y el Catastro funge como inventario de la riqueza inmobiliaria de una nación. No obstante, ejercer las facultades del dominio arbitrariamente sobre un espacio físico indeterminado es absurdo, por ello, el Registro procura siempre acercarse cada vez más a la representación gráfica y exacta del Catastro. Las fincas inscritas en aras proteger los derechos reales sobre inmuebles requieren un soporte material que pueda distinguirse de los demás soportes materiales en el espacio.

ABSTRACT: Both the Registry of Deeds and the Land Registry to publish situations exist concerning the properties. The Register publishes and protects acts and contracts which constitute modify or extinguish property rights and Cadastre serves as inventory of real wealth of a nation. However, exercise the powers of the domain arbitrarily on an unspecified physical space is absurd; therefore, the Registry seeks always closer and closer to the graphics and accurate representation of the Land Registry. The registered farms in order to

protect the interests in land required a support material that can be distinguished from other material support in space.

PALABRAS CLAVES: Registros jurídicos y registros administrativos. Inmueble, parcela, manzana y finca. Reparcelación y ordenamiento por manzanas.

KEY WORDS: Juridical records and administrative records. Real estate property, plot of land, apple and farmstead. Re-parceling and organizing for apples.

SUMARIO: 1. EL BIEN INMUEBLE COMO CATALIZADOR ENTRE EL REGISTRO Y EL CATASTRO.—2. DISTINCIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 2.1. La Finca Registral y la Parcela Catastral.—3. LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y EL CATASTRO.—4. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REPARCELACIÓN. LA EXPERIENCIA CUBANA DEL ORDENAMIENTO POR MANZANAS.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL BIEN INMUEBLE COMO CATALIZADOR ENTRE EL REGISTRO Y EL CATASTRO

Tanto el Registro de la Propiedad Inmueble como el Catastro existen para publicar situaciones relativas a los inmuebles. El Registro publica y protege los actos y contratos por los cuales se constituyen, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles y el Catastro funge como inventario de la riqueza inmobiliaria de una nación.

Ambas instituciones tienen un nexo indiscutible en el bien inmueble, por lo que resulta pertinente definir, aunque parezca demasiado elemental, qué entenderemos por bien inmueble.

Inmuebles conforme a nuestra ley sustantiva son[1]: la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a estos para su explotación o utilización.

RIVERO VALDÉS[2], entendió al bien inmueble como cuerpo físico, estático según el orden natural, los actos humanos o la ley, susceptible de un destino y utilidad legítimos.

Según CABANES ESPINO[3], el bien inmueble puede definirse como aquella cosa de una situación espacial invariable, sea porque así lo determine la voluntad humana o la ley, y cuando su propia naturaleza limite su desplazamiento porque traiga consigo un cambio de su esencia o la pérdida de su finalidad para el tráfico jurídico.

Los autores anteriormente citados destacan el carácter corporal o físico, así como la inmovilidad de la cosa en el espacio. Caracteres que pueden atribuirse a tales bienes por voluntad humana o bien están implícitas en su propia naturaleza.

La doctrina suele coincidir en que los inmuebles se clasifican en: inmuebles por naturaleza, inmuebles por destino, inmuebles por incorporación e inmuebles por analogía o por determinación de la ley. Sucintamente referiremos algunas cuestiones sobre cada clasificación por tributar luego a la relación de hecho y jurídica entre finca e inmueble.

Inmuebles por naturaleza: Están indisolublemente ligados a la tierra, al suelo como soporte material por excelencia y cuya nota distintiva es el aumento o disminución de su valor debido a la incorporación o separación de elementos materiales tanto por agentes naturales como por voluntad humana. Son una unidad física o especial, susceptible de apropiación y/o explotación económica independiente. Se consideran, entre otros, bienes inmuebles por naturaleza: el suelo, el subsuelo, las minas, las aguas, los montes, las zonas costeras y los solares yermos.

Inmuebles por incorporación: Se configuran sobre la base de una acción humana o natural que fija, adhiere, une o superpone un cuerpo físico a otro. O sea, incorpora un nuevo elemento al existente, lo cual presupone la preexistencia o coexistencia de otro bien inmueble para su configuración. Como ejemplos tenemos la edificación sobre un terreno, la plantación o siembra y la accesión.

Inmuebles por destino: La doctrina ha polemizado sobre esta particular clasificación. Solo queremos resaltar que el inmueble por destino es un bien cuya naturaleza tanto de hecho como jurídica no coincide con la de los bienes inmuebles, empero por determinadas razones funcionales, fundamentalmente económicas se les aplica el régimen jurídico establecido para los bienes inmuebles.

Inmuebles por analogía o por determinación de la ley: En líneas generales se refiere a los derechos sobre inmuebles considerados por virtud de la ley como bienes inmuebles[4].

2. DISTINCIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Podemos afirmar que la diferencia fundamental entre el Catastro y el Registro de la propiedad está dada en la propia naturaleza de ambas instituciones. Tanto el Catastro como el Registro de la propiedad son registros públicos, sin embargo lo publicado por cada uno de ellos, tiene un valor distinto para el tráfico jurídico en materia de inmuebles.

Recientemente han sido promulgadas dos importantes normas jurídicas en nuestro país que ordenan lo concerniente al Catastro Nacional y El sistema de Registros Públicos[5]. Disposiciones que recogen definiciones legales no del todo

acabadas, y que junto a otras normas de corte administrativo ofrecen un punto de partida en la distinción.

Registro Público: «Es la institución pública creada por disposición legal, que tiene por objeto la inscripción o anotación en libros en cualquier soporte, y según los procedimientos establecidos, de los elementos esenciales respecto a los hechos, actos, bienes, personas, documentos, derechos, obligaciones y otras circunstancias de interés general determinadas por la ley, para otorgar certeza y validez, como fundamento de la seguridad jurídica, mediante la publicidad de la información que contienen»[6].

Catastro: «sistema primario de informaciones constituidas por un conjunto de datos y descripciones de los bienes inmuebles urbanos y rurales, con expresión de ubicación, superficie, linderos con sus medidas, uso, valores y demás circunstancias físicas, económicas y jurídicas, a fin de obtener un conocimiento real del territorio nacional que sirva a los objetivos de dirección del desarrollo del país; para ello se divide en Catastro Urbano y Catastro Rural»[7].

«El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inmatriculación de los inmuebles, la inscripción y anotación de los títulos de dominio y otros derechos reales sobre aquellos, y su cancelación cuando corresponda, según la demarcación territorial donde radiquen. Asimismo, el Registro de la Propiedad contiene, en sus asientos, los derechos, actos y circunstancias de los inmuebles, como garantía de seguridad jurídica»[8].

El legislador cubano configura el Catastro como un registro administrativo donde se acumulan datos, gráficos, estadísticas, información física y literal del estado de hecho de los inmuebles y otras circunstancias sobre este a los efectos de conformar índices cuyos fines son muy diversos en dependencia de las políticas catastrales que se implementen.

Por su parte, el Registro de la Propiedad Inmueble se nos presenta en principio, como un registro jurídico o de derechos, pues sus asientos deben desplegar determinados efectos legales que garanticen la protección de los derechos que se constituyan, modifiquen, transmitan o extingan sobre bienes inmuebles.

La publicidad catastral acredita estado de hecho del inmueble y la publicidad registral acredita el estado de derecho de la finca. Así, el Catastro se limita a certificar que al momento del levantamiento catastral, el inmueble poseía fielmente determinadas características físicas, mientras el Registro de la propiedad pública los derechos de propiedad u otros derechos reales constituidos sobre un espacio físico delimitado.

El Catastro necesita de constante creación y actualización para poder ser tenido en cuenta como fiel garante del estado de hecho de los inmuebles mientras el Registro de la propiedad demanda efectos jurídicos que garanticen la adquisición de los derechos constituidos sobre los inmuebles para poder ser efectivo.

Muy gráficas son las definiciones de Registro y Catastro que desarrolla el profesor BLANCO URZAIS[9], y que a continuación reproducimos en aras de hacer visible su correcta distinción:

«Catastro es el Registro Público donde se publicita el estado de hecho de la cosa inmueble en relación con el derecho de los títulos invocados o de la posesión ejercida. Es el organismo encargado de dar estabilidad a los títulos en el territorio, la eficacia del mismo esta medida por la exactitud de los datos físicos que surjan de él»[10].

«Registro de la Propiedad Inmueble: es el Registro Público donde se inscriben la constitución, modificación o extinción de los derechos reales, refleja el estado de derecho de la cosa inmueble. La finalidad del Registro es proporcionar plena seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario ya que publicita la situación jurídica del bien inmueble y esto lo hace oponible a terceros»[11].

La función catastral consiste substancialmente en determinar sin equívocos el real estado de hecho de los inmuebles, entiéndase, su correcta ubicación, dimensiones exactas, la superficie, tipos de uso, las medidas y linderos de los inmuebles existentes en el espacio territorial. Permite conocer el estado parcelario del inmueble; determinar cuál es la riqueza territorial de un país o área. En otras palabras, se acumulan una serie de datos geográficos, físicos y tangibles sobre los inmuebles que permiten su correcta identificación en el espacio.

La función registral, en otro sentido, consiste primeramente en asegurar la propiedad inmueble publicitando su estado de derecho, pero no solo con el fin de que se conozca que se han establecido relaciones contractuales sobre los inmuebles, sino que implica un reconocimiento del Estado de que los derechos inscriptos existen y pertenecen a su titular en la forma y extensión en que constan en los asientos[12].

Sin perjuicio de lo anterior, existen sistemas registrales donde se integran en un solo organismo ambas instituciones. El ejemplo clásico es el sistema registral inmobiliario alemán donde el Catastro y el Registro están sincronizados completamente, así el Catastro es el soporte material que utiliza el Registro para acreditar públicamente la transferencia de derechos reales sobre las parcelas, predios, fincas o inmuebles. Es el típico sistema constitutivo de derechos reales sobre inmuebles, donde fuera de los asientos del Registro no existen derechos reales constituidos. La realidad jurídica y la inmobiliaria coinciden en este sistema, pues lo no inscripto en el Registro con los datos de hecho del inmueble del Catastro, sencillamente no existe para el tráfico jurídico.

2.1. La Finca Registral y la Parcela Catastral

El Catastro toma como unidad funcional la parcela catastral y el Registro de la propiedad la finca. Finca y parcela no son conceptos excluyentes pero tam-

poco son conceptos idénticos. Recordemos que el Registro existe para proteger derechos y el Catastro para contabilizar la riqueza territorial. La finca requiere un derecho que se configure sobre una superficie delimitada en el espacio y la parcela es solo la representación gráfica, literal y tangible de lo que existe sobre el espacio.

El ya citado Decreto Ley 331/2015 define en su artículo 1 ambas categorías de la siguiente manera:

«Parcela: unidad básica del Catastro Nacional constituida por una superficie definida, cuya extensión está delimitada físicamente, y tiene identificado su uso, ubicación, superficie y titulares».

«Finca registral: inmueble que consta inscrito en el Registro de la propiedad, delimitado físicamente, edificado o no, con uno o varios propietarios[13], de la que pueden emanar otros derechos reales inscribibles. Puede ser modificada en virtud de actos jurídicos autorizados por la Ley».

Conceptos que nuevamente pecan en este decreto de errores técnicos medulares. Expondremos 3 notas diferenciadoras entre la finca registral y la parcela catastral que han confundido estos preceptos.

1. La parcela catastral es física y tangible pues refleja un espacio territorial delimitado, donde no interesa probar titularidad sobre el terreno. La finca registral necesita exista el dominio sobre el espacio terrestre delimitado como presupuesto indispensable para su nacimiento y ese dominio es intangible. Conforme al principio de especialidad registral se requiere que el espacio físico esté claramente delimitado para ejercer el dominio pero no tiene que coincidir exactamente con lo delimitado por el Catastro.

2. El Catastro es un inventario de toda la riqueza territorial nacional, y como inventario utiliza la finca como un elemento más en la tasación de dicha riqueza (cfr. art. 5 Decreto-ley 332/15)[14]. El Registro de la propiedad exige que los derechos que se constituyen sobre la finca estén claramente constituidos y delimitados pues causan estado en el tráfico jurídico.

3. El Catastro para ser eficiente requiere ingresen todas las modificaciones tangibles que produzcan sobre un espacio físico delimitado mientras que el registrador de la propiedad inscribirá las variaciones físicas de la finca solo si el titular de la misma le ruega se inscriban en el Registro.

3. LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y EL CATASTRO

Debemos partir que la coordinación entre Catastro y Registro se hace más complicada en los llamados sistemas registrales mediterráneos donde a diferencia del sistema registral teutón, el Catastro cumple una función eminentemente fiscal. Además en nuestro sistema el Registro de la Propiedad Inmueble es

declarativo, o sea, los derechos reales se constituyen al margen del Registro, y a través de su publicación el carácter *erga omnes* y excluyente de estos se fortalece.

La coordinación además se refiere sobre todas las cuestiones a determinar la correcta identificación del inmueble. Para el Registro el inmueble es el objeto material de la relación jurídica real y registral y para el Catastro es la riqueza territorial contable. Así se dice, que los Registros de la Propiedad Inmueble necesitan conforme al principio de especialidad, que los derechos reales consten con absoluta claridad en los títulos, pero también que el inmueble sobre el que recaen esté lo más exactamente identificado a través de su ubicación, superficies y medidas y linderos.

Ejercer las facultades del dominio arbitrariamente sobre un espacio físico indeterminado es absurdo, por ello, el Registro procura siempre acercarse cada vez más a la representación gráfica exacta de las fincas inscritas, pues proteger un derecho real inmobiliario requiere que su soporte material pueda distinguirse de los demás soportes materiales en el espacio.

Ambos registros, el uno administrativo y el otro jurídico, son dependientes de la administración del Estado y en ese sentido deben recíprocamente aportarse lo que les consta sobre el estado de los inmuebles como medio conciliador entre la realidad física del Catastro y las titularidades jurídicas de los inmuebles que constan en el Registro de la propiedad (cfr. art. 11, 17 y 18 Decreto-ley 332/2015)[15]. El Catastro indica a los Registros la existencia real, física y tangible de los inmuebles sobre una parcela, así como quienes están poseyendo dichos inmuebles en tiempo real y el Registro provee al Catastro el estado de los derechos reales sobre un espacio físico que puede coincidir o no con las mensuras registradas y que podrán o no llegar a invocarse sobre los inmuebles catastrados.

La certificación catastral es el medio más preciso para hacer efectiva la vinculación en el aspecto jurídico de la coordinación, siendo de uso obligatorio (cfr. art. 15 Decreto-ley 332/2015), para la práctica de determinados asientos registrales[16].

4. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REPARCELACIÓN. LA EXPERIENCIA CUBANA DEL ORDENAMIENTO POR MANZANAS

Legalmente la reparcelación[17] en nuestro sistema se define en la resolución 114/07 como «un procedimiento administrativo especial para el ordenamiento de un área determinada, urbana o rural, que tendrá como resultado la correspondencia entre la realidad física y la registral, la recuperación del tracto interrumpido y la inmatriculación (cfr. R-114/07 art. 38.1)».

Según PUENTE FONTANELLA[18], «la reparcelación es una técnica urbanística operatoria que tradicionalmente se ha incluido dentro del sistema de cooperación (aquella en la que los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los propietarios)». «Es el resultado del ordenamiento físico, económico, y del derecho que asiste a cada propietario y al Estado, de lograr mediante este procedimiento, una actualización de la situación física, económica y jurídica del fondo inmobiliario»[19].

Mediante el procedimiento de reparcelación en Cuba se trató de evitar la doble inmatriculación (tarea que requería coordinación entre el Catastro y el Registro); recuperar el tracto sucesivo y lograr la ansiada correspondencia entre la realidad física y la registral[20]. No obstante, dicha reparcelación requería la preexistencia de una parcelación previa que permitiera determinar qué parcelas conformaban una manzana para que perfectamente pudiera ubicarse la finca registral (principio de especialidad) que surgiría como resultado.

En la praxis aunque se lograron resultados satisfactorios en determinados territorios del país, existieron irregularidades que dieron al traste con su terminación. Entre ellas, los conceptos de solar yermo, parcela, manzana y finca fueron tratados como categorías antagónicas dando origen a las superposiciones de áreas.

Esta reparcelación podía ser total o parcial. Tenía el carácter parcial cuando el área en que se ejecutaba no comprendía el total del área de las fincas de origen, quedando un resto sin reparcelar (cfr. 39. R-114/07). En ambos supuestos se hacía constar en acta, que se aprobaba por el Consejo de la Administración Municipal del Órgano del Poder Popular correspondiente (cfr. 38.2 R-114/07).

Los requisitos de selección del área debían corresponderse con lo estipulado en el artículo 40 de la propia norma[21]. Luego el registrador informaba al grupo municipal para el ordenamiento inmobiliario a fin de que se decidiera si procedía aprobar el área a reparcelar, y que la Dirección Municipal de la Vivienda expidiera los certificados del expediente básico de las viviendas comprendidas en dicha área. Una vez obtenida la información, el Grupo Municipal de Inmuebles realizaba la conciliación del área a reparcelar, cumpliendo con los pasos y formalidades del artículo 42[22].

Agotados todos estos controles administrativos se convocaba a las personas (naturales o jurídicas) que ocupaban los inmuebles en el área sujeta a reparcelación, para que, en el plazo de treinta días hábiles posteriores a ser librada la convocatoria, promovieran la solicitud de inscripción en el Registro de la propiedad y aportaran la documentación establecida, o, en su lugar, de oficio, podía practicarse inscripción provisional ante la ausencia de título sobre el inmueble.

Una vez acopiada toda esa titulación se procedía a elaborar el Acta de Reparcelación[23]. Entonces, nuevamente tenía que someterse a la aprobación

del Consejo de la Administración Municipal del Órgano del Poder Popular que correspondiese, lo cual llevaba aparejado un conjunto de propuestas[24].

En cuanto a las formalidades conforme al artículo 47.1 una vez aprobada el Acta de Reparcelación, el registrador, en el tomo que correspondiese del nuevo Registro, realizaba, como primera inscripción, la de la finca instrumental, haciendo constar su naturaleza, ubicación, descripción, superficie, medidas y linderos, sin que fuere necesario consignar el titular y, seguidamente, inscribía, en folios independientes del propio tomo, cada una de las fincas de resultado, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 16. Al margen superior derecho del asiento practicado en las fincas de origen, se consignaba nota de relación con los datos de la finca instrumental; de igual forma se colocaba nota de relación en las fincas de resultado, con respecto a las fincas de origen, cancelando las que correspondieren.

El Acta de Reparcelación constituía el título inscribible en el Registro de la propiedad. Hubiese sido interesante la actuación notarial como posibilidad de documentar el procedimiento. En la legislación inmobiliaria española por el contrario, se exige en principio la escritura notarial como vehículo formal del proyecto de reparcelación, no obstante se admite también el acceso de la misma por medio de documentos administrativos[25].

Significativo deviene el expedir de oficio la denominada *certificación complementaria del título*[26] en defecto de la certificación de dominio (cfr. 48.1) para luego de inscritas las fincas de resultado se realice la actualización del título ante la autoridad correspondiente.

Lo criticable a este extenso y burocrático procedimiento es que aún la llamada finca de resultado podía a instancia de parte interesada sufrir transformaciones.

Además, nos resulta contradictorio el motivo de provisionalidad con el mismo proceso de reparcelación, toda vez que este último, por su propia naturaleza, estaba llamado a conciliar la realidad física y la registral, mientras que la inscripción provisional dejaba inconcluso el procedimiento de reparcelación. Creemos incluso que la facultad fijar y ajustar medidas y linderos no debió recaer en el registrador de la propiedad. Empero, se estipulaba en el artículos 13.1 y 2 de la multicitada R-114/07 que procedía rectificarse los linderos de un inmueble cuando lo anotado[27] previamente no se corresponda con el derecho contenido en el título o por existir errores en el Registro.

Se refería solo a inmuebles propiedad del Estado que se encontraban fuera de las manzanas seleccionadas. Estos podían rectificarse tomando como base la certificación catastral o certificación de la entidad aprobada por las Direcciones Municipales de Planificación Física, en la que se expresaba su descripción, ubicación, superficie, medidas y linderos. Y de los inmuebles que se encontraban en las manzanas objeto del ordenamiento, los cuales tomaban como base para la rectificación el Acuerdo del Grupo Municipal para el Ordenamiento Inmobiliario.

Por último se olvidaba nuevamente establecer límites temporales a la inscripción provisional como lo hacían las resoluciones anteriores a esta.

5. CONCLUSIONES

I. La diferencia fundamental entre el Catastro y el Registro de la propiedad está dada en la propia naturaleza de ambas instituciones. Aunque ambos son registros públicos dependientes del Estado, el primero es un registro administrativo y el segundo es un registro jurídico.

II. La coordinación entre Catastro y Registro de la propiedad es una necesidad que se impone desde el propio principio de especialidad que exige coherencia entre las titularidades jurídicas publicadas y espacio físico tangible sobre las que se constituyen.

III. Para lograr la correspondencia entre la realidad física extrarregistral y la registral es necesario coordinación entre el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y Catastro pero esto no implica necesariamente la fusión de ambas instituciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes Doctrinales

BLANCO URZAIZ, Jorge Blanco, Ponencia presentada en el *XV Curso de derecho registral para registradores iberoamericanos*, Montevideo 2015, disponible en http://www.aecidcfactividades.org/, consultado el 24 de noviembre de 2015.

CABANES ESPINO, Iris. Comentarios al artículo 46, en Leonardo B. Pérez Gallardo *et al, Comentarios al Código Civil cubano,* T. I., vol. II, 2012.

PUENTE FONTANELLA, Aniuska, *La inscripción en el sistema Registral Inmobiliario Cubano*, Univ. de La Habana, ed., MINJUS, La Habana, Cuba, 2005.

RIVERO VALDÉS, Orlando, *Temas de Derecho Reales*, ed., Félix Varela, La Habana, Cuba, 2005.

Fuentes Legales

Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba, Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 247/2003 de 3 de octubre de 2003 del Ministro de Justicia, Normas para

la Inscripción de los Inmuebles, Títulos y Derechos Reales en Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 249/2005 de 7 de octubre de 2005 del Ministro de Justicia, Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 270/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Cuba. Resolución núm. 342/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Procedimiento para la Actualización de los Títulos de Propiedad y su Inscripción en el Registro de la Propiedad, Cuba. Decreto-ley 322/2015 y su Reglamento en el Decreto-ley núm. 331, *Organización y Funcionamiento del Catastro Nacional*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 37, de 9 de noviembre de 2015 y Decreto-ley núm. 335/2015, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

NOTAS

[1] Los bienes materiales pueden ser inmuebles o muebles; son inmuebles la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización. Son bienes muebles todos los demás. Artículo 46.2, Código Civil de la República de Cuba.

[2] RIVERO VALDÉS, Orlando, *Temas de Derecho Reales*, ed., Félix Varela, La Habana, Cuba, 2005, p. 240.

[3] CABANES ESPINO, Iris. Comentarios al artículo 46, en Leonardo B. Pérez Gallardo *et al, Comentarios al Código Civil cubano,* T. I., vol. II, 2012.

[4] RIVERO VALDÉS, *ob. cit.,* p. 221.

[5] Decreto-ley 322/2015 y su Reglamento en el Decreto-ley núm. 331, *Organización y Funcionamiento del Catastro Nacional*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 37, de 9 de noviembre de 2015 y Decreto-ley núm. 335/2015, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

[6] Artículo 1, Decreto-ley núm. 335/2015, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, en Gaceta Oficial Extraordinaria Núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

[7] Artículo 2, Decreto-ley núm. 331, Reglamento del Decreto-ley 322 *sobre la Organización y Funcionamiento del Catastro Nacional*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 37, de 9 de noviembre de 2015.

[8] Artículo 1, resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba.

[9] BLANCO URZAIZ, Jorge, Ponencia presentada en el *XV curso de derecho registral para registradores iberoamericanos*, Montevideo 2015, disponible en http://www.aecidcfactividades.org/ p. 6.

[10] *Idem*.

[11] *Idem*.

[12] Principio de Veracidad: La información contenida en los registros se presume veraz, completa, exacta y actualizada, mientras no se declare su inexactitud por tribunal competente. Artículo 3.1 inciso e) DL 335/2015.

[13] La alusión a varios propietarios es sencillamente absurda. Elemental en materia de derechos reales es entender que no puede existir más de un propietario de la finca, sino situaciones de cotitularidad sobre la finca. Por ende, el registro solo inscribe al propietario y no a los propietarios pues sería esencialmente contradictorio.

[14] Artículo 5.- El Catastro Nacional sirve de base informativa para: a) Control de la tierra y su inscripción en el registro correspondiente; b) inscripción y actualización de los bienes inmuebles y derechos que recaen sobre estos en el Registro de la Propiedad; c) ordenamiento territorial y urbanismo; d) Sistema de Información del Gobierno; e) planificación económica de las zonas rurales y urbanas) informaciones estadísticas y realización del balance sobre el uso y la titularidad de la tierra; g) cálculo de los impuestos vinculados a los bienes inmuebles; h) realización de los censos de población y viviendas; i) actualización de la superficie territorial del país, delimitación de su División Político-Administrativa, y de los asentamientos humanos concentrados; j) descripción de los derroteros y representación cartográfica oficial de los límites territoriales de las provincias y los municipios que sean aprobadas; k) confección de informaciones temáticas y registros especializados; l) infraestructura de datos espaciales de la República de Cuba, para su empleo por las personas naturales y jurídicas que lo requieran; m) brindar el servicio de denominación de las vías y numeración de los inmuebles; y n) cualquier otra actividad que demande el uso de la información catastral.

[15] Artículo 11.- El Registro Catastral aporta al resto de los registros los datos que tengan vinculación con el espacio físico y a su vez, se nutre de la información que requiere de estos. Artículo 17.- El Registro Catastral y los Registros Públicos mantienen de oficio la actualización de los datos que les competan a cada uno, a partir de las inscripciones practicadas. Artículo 18.1.- Las direcciones municipales de Planificación Física están en la obligación de comunicar trimestralmente la información de las zonas catastradas a los Registros Públicos correspondientes. 2.- Asimismo, las direcciones municipales de Planificación Física, entregan a los Registros Públicos: datos, mapas parcelarios u otra información que resulte necesaria para el procedimiento de inscripción.

[16] Artículo 15.1.- Para la inscripción de los inmuebles por primera vez en el Registro Público correspondiente, se acompaña al título de propiedad la certificación catastral emitida por la Dirección Municipal de Planificación Física. Asimismo, para realizar actos de modificación de la finca registral ante las autoridades y funcionarios competentes, se aporta la certificación catastral que acredite estas variaciones.

2.- Los inmuebles inscritos en el Registro Público correspondiente, cuya descripción se haya realizado mediante el Dictamen Técnico de Medidas y Linderos, una vez que la zona en que se encuentren ubicados sea catastrada, ante cada acto nuevo que realicen se requiere la presentación de la certificación catastral, la que se considera oficial a los efectos de la extensión superficial, medidas y linderos de las parcelas, procediéndose a realizar los ajustes que correspondan en los títulos inscritos.

[17] La doctrina entiende a la parcelación y por extensión a la reparcelación como el "conjunto de medidas tendentes a una adecuada distribución de la tierra" y consiste en cuantos estudios y trabajos son precisos para ello. *Cfr*. en CERRILLO, F. y MENDIETA, L., *Derecho Agrario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1952, p. 20.

[18] PUENTE FONTANELLA, Aniuska, *La inscripción en el sistema Registral Inmobiliario Cubano*, Univ. de La Habana, ed., MINJUS, La Habana, Cuba, 2005. p. 51.

[19] *Idem*.

[20] Por Acuerdo núm. 3551 de fecha 4 de octubre de 1999, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros dispuso la creación de un grupo de trabajo, para el ordenamiento y control de los inmuebles estatales, presidido por el Ministerio de Finanzas y Precios e integrado por el Ministerio de Justicia, la Oficina Nacional de Hidrografía y Geodesia, el Instituto de Planificación Física y el Instituto Nacional de la Vivienda que fue derogado luego por el Acuerdo número 4799 de 26 de mayo de 2003 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros que ordeno las normas para el ordenamiento y control del patrimonio inmobiliario estatal.

[21] Artículo 40. El registrador selecciona el área a reparcelar, a partir del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. La manzana o área de que se trate se encuentre en el programa de ordenamiento aprobado.

2. Se haya realizado la búsqueda de las fincas que integran la manzana, se hayan confeccionado las Notas Simples Informativas de las viviendas de propiedad personal y de los inmuebles propiedad de personas jurídicas.

3. Luego de realizada la visita a las viviendas situadas en el área seleccionada.

4. Concluido el levantamiento catastral del área seleccionada.

5. Cuando la situación física y jurídica, y el número de fincas de origen, obstaculizan el ordenamiento individualizado de los inmuebles existentes en la manzana.

[22] Artículo 42. Luego de obtenida la información a que se refiere el artículo anterior, el Grupo Municipal de Inmuebles realiza la conciliación del área a reparcelar, cumpliendo con los pasos siguientes:

1. Procede a fijar la superficie, las medidas y los linderos de la manzana o finca instrumental, tomando en consideración los datos consignados en la certificación catastral.

2. Compara el croquis catastral con el registral, en los inmuebles que son de propiedad personal o de personas jurídicas, que se encuentran inscritos en el Registro, y tienen fijados en sus títulos las medidas y los linderos.

La comparación tiene como objetivo verificar si existe concordancia entre las características físicas, las medidas y los linderos consignados en los títulos, en los asientos del registro y en la realidad, para, en caso necesario, proceder a rectificar los errores que obren en los asientos.

3. Determinar el número de inmuebles que constituyen fincas de resultado, asignándoles un número consecutivo.

4. Fijar y ajustar las medidas y los linderos de los inmuebles de propiedad personal y de los inmuebles estatales, cuyos títulos no las poseen.

[23] Artículo 45. Una vez cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores, el Registrador elabora el Acta de Reparcelación, en la que se harán constar los particulares siguientes:

1. El número o la denominación del área que se reparcela y su naturaleza.

2. La relación de los números de las fincas de origen, el tomo y el folio en que se encuentran inscritas.

3. La superficie, medidas y linderos de la finca instrumental y su nueva denominación, si procede.

4. La relación de las fincas de resultado que surjan de la reparcelación, con expresión de la superficie, medidas, linderos y el número de finca que las identifica.

5. La descripción del resto de la finca de origen, no reparcelada, si procede.

[24] Artículo 46. El Registrador somete el Acta de Reparcelación a la aprobación del Consejo de la Administración Municipal del Órgano del Poder Popular que corresponda, con las propuestas siguientes:

1. Aprobación de la reparcelación de la manzana o área que le fue propuesta, con la determinación de su ubicación, superficie, medidas y linderos.

2. Aprobación de la determinación de la superficie, medidas y linderos de las viviendas y de los inmuebles estatales que no constaban en el título.

3. Aprobación de la asignación de una porción de la finca instrumental a una de las fincas de resultado, a los efectos de sellar la manzana o el área a reparcelar, en los casos que corresponda.

4. Aprobación de las fincas de resultado que surjan de la reparcelación.

5. Aprobación de la declaración de integrantes del patrimonio estatal de los inmuebles que corresponda.

[25] La admisión de títulos administrativos no fue pacífica y se resolvieron por la DGRN más de un recurso donde se ventilaba la cuestión. Al respecto la *resolución de 5 de julio de 2013 Fundamento 5* (…) la legislación… exige escritura pública para que acceda al Registro de la propiedad el proyecto de reparcelación, prevalece la legislación estatal que admite la inscripción en el Registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística por certificación administrativa, sin que exista ley estatal que lo exceptúe. La posibilidad de otorgamiento de escritura pública en la legislación estatal es una opción alternativa pero no excluyente de la

certificación administrativa (…) *BOE* número 187, consultado el 6 de agosto de 2013 en http://www.boe.es/boe/dias/2013/08/06/pdfs/BOE-A-2013-8669.pdf.

[26] Definida por la propia R-114/07 en su artículo 70.6, según esta «Expresan de conformidad con lo regulado en el artículo 16, circunstancias no contenidas en el título, incorporadas al asiento de inscripción por otros documentos auténticos, lo que determina la necesaria modificación o subsanación del título, con posterioridad a su inscripción, por la autoridad que lo autorizó, debiendo acompañar al título hasta tanto se perfeccione». Al respecto la Dirección de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Patrimonio en Dictamen de fecha 5 de enero de 2012 resolviendo un Recurso: PRIMERO: La certificación complementaria del título que expide el Registro de la Propiedad corresponde únicamente al resultado del proceso de ordenamiento de una manzana determinada. En estos casos el Registro de la Propiedad actualiza sus asientos sin la intervención previa del Notario, porque ha sido la Dirección Municipal de la Vivienda, unida a los demás integrantes del grupo municipal la que ha contribuido a perfeccionar y actualizar los libros de inmuebles (viviendas) pertenecientes a la manzana seleccionada. SEGUNDO: En el proceso de conciliación de la manzana se resuelvan los problemas individuales de cada uno de los inmuebles, según correspondan, en lo fundamental las relacionadas con las medidas y linderos y otros elementos de la descripción, todo lo cual culmina con la elaboración del Acta de Conciliación, documento que se archiva en legajos en el Registro de la propiedad y que constituye un documento esencial para la inscripción, no solo de la manzana en sentido general sino de cada inmueble que la integra unido a los títulos de los mismos. Estas medidas y linderos son aportadas por el catastro en el levantamiento que realiza de cada inmueble que compone la manzana, donde la suma de cada uno de ellos da la superficie total de la manzana. Se trata de un ordenamiento integral que supera la concepción que se realiza con los inmuebles de manera individual, por lo tanto no corresponde que el arquitecto de la comunidad varíe estas medidas bajo ningún concepto, caso contrario estaría contribuyendo a la desorganización de la manzana, superponiendo inmuebles, entre otros errores. TERCERO: La certificación complementaria acompañará al título hasta tanto el titular realice un nuevo acto, en los casos de reparcelación, si lo entiende pertinente puede ir ante Notario a que le autoricen un nuevo título «Escritura de Modificación de Título», según la Instrucción núm. 6 de 16 de octubre de 2003 del Director de Notarías y Registros Civiles de este Ministerio.

[27] Se utiliza el término anotación indicando sencillamente constancia por medios escritos y no se refiere a la anotación preventiva.

(Trabajo recibido el 22-6-2016 y aceptado
Para su publicación el 13-7-2016)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 13-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Ibi

DERECHO DE REVERSIÓN DEL 812 CÓDIGO CIVIL: NATURALEZA Y EFECTOS.

Nada resulta del artículo 812 del Código Civil en relación con las deudas, de manera que es indudable que los bienes sujetos a la reversión o sus subrogados no integran la herencia de la donataria, por lo que quedan al margen de la liquidación del caudal relicto de esta, siendo que a los acreedores de esta o de los herederos, en virtud del título de adquisición que publica el Registro —donación de sus padres— y la falta de posteridad, ya se anticipa la posibilidad de la reversión legal del artículo 812. En este sentido, la reversión opera de una forma automática, sin necesidad de previa partición y liquidación de la herencia de la donataria para el ejercicio de la reversión. Por ello no es necesario que este Centro Directivo se pronuncie sobre la posible responsabilidad del donante por las deudas del donatario, ni determine si esta responsabilidad queda limitada a los bienes donados.

La dificultad que existe en el presente caso, deriva de la naturaleza de los bienes donados, ya que eran de carácter ganancial de ambos cónyuges y no eran privativos del padre donante, que es el único que ha sobrevivido a su hija. Entender que no se produce la reversión en modo alguno, por presuponer la sobrevivencia de los dos cónyuges donantes sería contrario a la voluntad presunta de estos al otorgar la donación. Tampoco cabe entender que la reversión se realizaría en favor del donante sobreviviente solo sobre la mitad indivisa del

bien donado, pues en el régimen de gananciales no cabe distinguir mitades indivisas para atribuirlas respectivamente a los cónyuges, no previendo el Código Civil de manera expresa una solución excepcional como la prevista en el artículo 524 del Código de Derecho Foral de Aragón. Atendiendo al fundamento de la reversión legal, es decir a la voluntad presunta de los cónyuges condonantes, debe considerarse que tratándose de donación de un bien ganancial tendrá lugar el retorno legal en favor del cónyuge sobreviviente (no puede ignorarse la consideración legal del interés personalísimo de los donantes) y que el objeto de la reversión debe estimarse integrado en la masa ganancial de la que salió, por lo que se deberá sujetar a liquidación entre el cónyuge supérstite y los herederos de la esposa fallecida; o, si la sociedad de gananciales se ha liquidado, deberá adicionarse a la liquidación practicada.

Resolución de 13-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Pinto, número 2

AGRUPACIÓN: NO NECESITA LICENCIA URBANÍSTICA. AGRUPACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN

Corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Madrid) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. El legislador estatal, a la hora de establecer requisitos de acceso al Registro de la propiedad, solo ha considerado necesario exigir licencia o autorización administrativa para los actos de división o segregación de fincas, o que, sin suponer en sentido estricto un acto de división, sí que lleve consigo semejantes consecuencias prácticas de generación de nuevas porciones de suelo, inferiores en tamaño a la original, destinadas a un uso individualizado (venta de cuotas con adscripción de uso, y constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva). Pero de ninguna manera ha pretendido dicha normativa estatal imponer la necesidad de licencia para actos que, como las agrupaciones, lo que generan son fincas de mayor cabida que las iniciales.

Cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte. El caso objeto de este expediente consiste en la agrupación de dos fincas colindantes que están perfectamente identificadas con dos parcelas catastrales también colindantes. La registradora considera que no se inserta ni se acompaña representación gráfica georreferenciada de la finca resultante de la agrupación que complete su descripción literal. Es cierto que en buena parte de los casos a los que alude el

párrafo primero del artículo 9.b) de la LH resulta imprescindible aportar una base gráfica específica de la finca o fincas resultantes. Sin embargo, no debe olvidarse que la citada resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 también establece en el párrafo tercero de su apartado octavo que: «Cuando la coordinación se produzca entre una finca registral y varias parcelas catastrales por corresponderse con el perímetro de todas ellas, en el folio real y en la publicidad registral se hará constar dicho extremo así como las referencias catastrales de los inmuebles y la representación gráfica de cada una de las parcelas catastrales con cuyo conjunto se corresponde la finca. En la base de datos catastral y en las certificaciones catastrales que se expidan de cada uno de los inmuebles se expresará que se encuentran coordinados, junto con otros, con la finca registral expresando su código identificador». Por ello, ningún obstáculo debe haber para inscribir la agrupación recogida en la escritura calificada, inscribiendo las bases gráficas catastrales de las dos parcelas que se agrupan.

Resolución de 15-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Palma de Mallorca, número 8

ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN BALEAR

En el presente caso, según el historial registral, se trata de una «porción de tierra (…), sita en el término de Banyalbufar, que mide doscientas veintisiete hectáreas, ochenta y nueve áreas y noventa y tres centiáreas (…) Sobre dicha finca existe construida (…) una casa rústica (…) conocida con el nombre (…)». La declaración de la Serra de Tramontana, como paraje natural, se produjo mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 16 de marzo de 2007 («Boletín Oficial de las Illes Balears» número 54, del año 2007), bajo la vigencia de la Ley 5/2005, de 26 de mayo. En base a lo expuesto y dado que la finca registral está situada en el término municipal de Banyalbufar y como este forma parte del paraje natural de Serra de Tramontana, el transmitente tiene que notificar fehacientemente a la Administración las condiciones esenciales de la transmisión pretendida o, en su caso, copia fehaciente de la escritura pública en que se haya instrumentado la transmisión a efectos de ejercitar los derechos de tanteo y retracto. En el presente caso el registrador ha aportado al expediente informe de base gráfica emitida por la Consellería de Medio Ambiente, de la que resulta la extensión del paraje natural de la Serra de Tramontana y la integra ubicación del municipio de Banyalbufar en dicho paraje. Por lo tanto, huelga aquí toda controversia sobre la retroactividad o irretroactividad de la citada Ley 5/2005, 26 de mayo, puesto que lo que únicamente se está examinando es la actividad que debe desplegar el registrador respecto de títulos que pretendan acceder al Registro —vigente la citada ley— y que contengan actos o negocios jurídicos respecto de los cuales la normativa vigente al tiempo de su otorgamiento contenga alguna determinación en cuanto a posibles derechos de adquisición preferente (como ocurre en el presente caso), lo que no es sino una consecuencia más de las limitaciones legales del dominio, tan claramente proclamadas en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. arts. 33.2 de la Constitución y 348 del Código Civil).

Como se reconoce en el párrafo tercero del apartado octavo de la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, una finca registral puede estar integrada por varias parcelas catastrales y no por ello puede entenderse, como pretende el recurrente, que el objeto de la transmisión afectada por el derecho de adquisición preferente sean tantas fincas como parcelas catastrales comprenda la finca registral, sino que esta sigue conservando su unidad como objeto de la transmisión, tal y como resulta del propio tenor de la escritura. Finalmente hay que rechazar el argumento que señala el recurrente de que ha cumplido con la obligación legal de notificar a la administración la transmisión, por el hecho de haber enviado copia electrónica con firma reconocida de la escritura a la Agencia Tributaria de las Illes Balears, ya que cuando el artículo 27 de la Ley 5/2005 hace referencia a la Administración, esta no es otra que la Administración competente, Consellería de Medio Ambiente.

Resolución de 15-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Orihuela, número 4

HERENCIA: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

En el presente recurso un causante británico fallece tras la entrada en aplicación del Reglamento (17 de agosto de 2015), teniendo su última residencia habitual en España, y con patrimonio en España y al parecer en otros Estados. Alega el recurrente que siendo el causante de nacionalidad británica y no participando Reino Unido en el Reglamento (UE), núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de julio de 2012, la norma no le vincula, siendo aplicable a la sucesión la ley del Reino Unido que consagra la libertad de testar.

En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE) núm. 598/2008 (Roma I). Aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de *opt-out*, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no siendo Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante notaria española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento.

Ciertamente el artículo 21.1 del Reglamento (UE), núm. 650/2012 dispone una norma de conflicto principal que determina que será ley aplicable la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, ley que será aplicable a la universalidad de la herencia, bienes muebles e inmuebles, incluso cuando no resulte ser aplicable la ley de un Estado miembro, dada la aplicación universal del Reglamento (arts. 20 y 23.1, *ex* 34). No obstante, la regla de la residencia no es absoluta. La «*professio iuris*», la elección de la ley de una de las nacionalidades que posea el disponente al tiempo de la realización de la disposición de última voluntad o del fallecimiento del causante, ha de reunir ciertos requisitos formales: debe hacerse expresamente y en forma de disposición «*mortis causa*» o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. No obstante, debe predicarse una interpretación flexible de su disposición transitoria —artículo 83— redactada con la finalidad de que los

ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (*vid.* considerando 80). Por ello, si una disposición «*mortis causa*» se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (art. 83.4). Y así puede entenderse de la disposición a favor solo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos.

Por las razones apuntadas, en base a las circunstancias transitorias concurrentes y a la necesaria seguridad jurídica que está en la lógica de la norma, junto a la eliminación de trabas jurídicas (considerandos 1, 7 y 80) ha de entenderse que el título testamentario del causante británico antes de la aplicación del reglamento, en este caso concreto, fue vehículo para el establecimiento de la «*professio iuris*» y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley británica, y dado su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, a las leyes de Reino Unido. Esta solución está reforzada además por el hecho de que en el momento en que se realizó el testamento era aplicable a la sucesión la ley nacional del causante, que conduce al mismo resultado.

Resolución de 16-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Gandía, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN POR CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hay que empezar por señalar que para que las resoluciones judiciales sean susceptibles de inscripción en el Registro de la propiedad deben ser firmes, siendo susceptibles únicamente de anotación preventiva aquellas que no gozan de firmeza. Así lo dispone el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación con la cuestión planteada en el presente recurso y respecto de la firmeza del decreto, recientemente se ha pronunciado este Centro Directivo en resoluciones de 25 de enero de 2016 en el siguiente sentido: «de las disposiciones transitorias cuartas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, resulta, que tratándose de procedimientos ejecutivos ya iniciados a la entrada en vigor de la Ley, como sucede en este supuesto, se reconoce al ejecutado la posibilidad de abrir un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas que puede ser planteado en todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente y, por tanto, aun cuando ya se haya dictado el decreto de adjudicación, si todavía no se ha producido el lanzamiento. Asimismo, en caso de que se hubiese planteado tal incidente y se hubiese dictado auto desestimatorio, cabe interponer recurso de apelación. Esta disposición expresamente afirma su carácter retroactivo. La literalidad de la misma es incuestionable y de forma que el incidente posterior, de plantearse, podría provocar el sobreseimiento de la ejecución, con los consiguientes efectos en la eficacia de la adjudicación». A la fecha de expedirse los de-

cretos de adjudicación y cancelación no había transcurrido el plazo de dos meses extraordinario para interponer recurso de apelación, sin que conste en el mismo decreto que no se había formulado oposición por alegarse el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, no puede afirmarse que el decreto sea firme y pueda motivar asientos definitivos como la inscripción de la adjudicación y las cancelaciones ordenadas, de conformidad con el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes dicho, debiendo desestimarse el recurso.

Resolución de 16-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Palma de Mallorca, número 9

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

Tanto la amplitud de los términos del artículo 6 de la LH en cuanto a la presentación de títulos («quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir») como la regulación en la Ley y Reglamento hipotecarios (cfr. arts. citados en los «Vistos», especialmente 203.2 y 320 de la LH, y 312 y 322 del RH) al tratar de la inscripción previa de documentos necesarios para la reanudación del tracto son lo suficientemente comprensivos y facilitadores de la inscripción como para admitir que quien tenga un título que quiera inscribir y disponga también del título previo pueda presentar los dos sin mayores complicaciones. De no admitir este sistema no se garantizaría ningún derecho, sino que se estaría entorpeciendo la seguridad jurídica del derecho de la sociedad aportante que podría verse abocada a un procedimiento judicial en caso de negativa del aportante a la inscripción del título previo. En cuanto a la legitimación de la firma debe compartirse la opinión del notario recurrente en el sentido de que lo que se inscriben son los documentos a los que acompaña la instancia y no la instancia misma. Lo que es cierto es que existe una discrepancia entre la titularidad registral de la causante aportante (una tercera parte indivisa de la finca aportada) y la solicitud de inscripción de la totalidad a favor del heredero y luego de la sociedad, aunque en la escritura de herencia se le adjudica tan solo la tercera parte de la que era titular su causante y lo mismo ocurre en la aportación a la sociedad y en la valoración que de esa aportación realiza la administración de la sociedad. Habría bastado con indicar al pie del título la indicada discordancia, que se produce únicamente en la instancia de presentación del título.

Resolución de 17-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Santa Fe, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: APLICACIÓN DEL 671 LEC CUANDO HAY MÁS DE UNA FINCA HIPOTECADA

La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso es si ejecutándose un crédito en cuya garantía se constituyó hipoteca sobre dos fincas registrales y adjudicándose una de ellas conforme al artículo 671 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, por la cantidad «que se le adeuda por todos los conceptos» ha de entenderse referida dicha cantidad a la total que se le adeude en ese procedimiento de ejecución, con lo cual habría de dar carta de pago total, o si, por el contrario, cabe considerar dicha cantidad como la referida a la diferente responsabilidad hipotecaria atribuida a cada finca de modo que tras dicha adjudicación pueda todavía quedar un remanente que se le siga adeudando al ejecutante.

En el presente expediente, el acreedor ejecuta la hipoteca que grava ambas fincas adjudicándoselas conforme al artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por la remisión general que hace el artículo 681 y por la expresa que hace el artículo 691.4 de la misma Ley. Nada dice la ley en cuanto al criterio a seguir para fijar el valor de adjudicación de dos o más fincas, ni impone que este deba ser unitario, de forma que no hay objeción legal para que, si se ejecuta una hipoteca distribuida entre varias fincas, pueda pedirse la adjudicación por valores fijados siguiendo métodos diferentes, siempre que se cumplan, claro está, los mínimos legales. La ejecución hipotecaria puede desarrollarse en un solo procedimiento y su tramitación puede ser unitaria hasta el momento de la subasta, pero a partir de este momento y hasta el remate cobra protagonismo cada finca considerada de un modo individualizado.

Resolución de 17-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Málaga, número 8

ANOTACIÓN DE EMBARGO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL DEUDOR Y CONTRA EL TITULAR REGISTRAL FORMAL

Es cierto, como sostiene el recurrente, que en el presente caso, del propio mandamiento calificado resulta que el procedimiento declarativo y el ejecutivo que de él trae causa han sido seguidos tanto contra el deudor efectivo como contra el titular registral de la finca objeto de embargo, no pudiendo, en consecuencia, alegarse eventual indefensión de ninguno de estos para impedir la anotación. Ya en la resolución de este Centro Directivo de fecha 16 de enero de 2013 se hacía referencia a esta solución, si bien en el caso concreto se desestimó el recurso. En la indicada resolución se manifestaba que «… desde esta perspectiva es cierto, como sostiene el recurrente, que en el presente caso, del propio mandamiento calificado resulta que el procedimiento declarativo y el ejecutivo que de él trae causa han sido seguidos tanto contra el deudor efectivo como contra el titular registral de la finca objeto de embargo, no pudiendo, en consecuencia, alegarse eventual indefensión de ninguno de estos para impedir la anotación. 3. Sin embargo no es menos cierto, como mantiene el registrador, que lo que se declara embargado y cuya anotación se pretende no es la finca como propiedad del «Instituto de la Vivienda de Madrid» —embargo cuya anotación, de acuerdo con lo expuesto, no revestiría mayor inconveniente desde el plano registral—, sino los «derechos de propiedad que ostenta el demandado en la vivienda del Ivima —titular registral—». Al no constar inscritos en el Registro estos concretos derechos de propiedad, por imperativo expreso de lo dispuesto en el artículo 20 de la LH no podrán ser registralmente trabados en tanto no se presente e inscriba previamente el título adquisitivo del titular de los mismos». En el supuesto contemplado en el presente expediente, a dife-

rencia de lo que ocurría en el analizado en esa resolución, se ha embargado el dominio perteneciente al titular registral demandado y no los derechos de propiedad que ostenta el demandado en la finca del titular registral. En este sentido, desde la perspectiva registral se han cumplido los principios de legitimación registral y tracto sucesivo, sin que el Registro de la propiedad deba proteger derechos de terceros que no han inscrito (art. 32 de la LH).

Resolución de 20-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Alcázar de San Juan, número 2

HIPOTECA: CLÁUSULAS ABUSIVAS

El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario en la que el prestamista es una persona física que manifiesta no dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos y los prestatarios son dos personas físicas, las cuales hipotecan una vivienda de su propiedad manifestando que no constituye su domicilio habitual; en la que ha intervenido una entidad, «BEP Corporación Financiera, S.L.», como intermediaria, la cual cumple con los requisitos de la Ley 2/2009, de 30 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Por otra parte, no se expresa en la escritura de préstamo, ni en la ficha de información personalizada ni en la oferta vinculante, el destino o finalidad del capital prestado, por lo que se ha de presumir que el mismo es ajeno a la actividad comercial, empresarial o profesional de los prestatarios. En aplicación de lo dispuesto en el número 5 del artículo 22 de la Ley 2/2009 parecería que las obligaciones de información precontractual, transparencia, oferta vinculante, ficha de información personalizada (Orden EHA 2011, 2899) y la normativa sobre cláusulas abusivas (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, solo serían aplicables si ese concreto préstamo o crédito, por razón de los sujetos intervinientes, objeto o finalidad, estuviera sujeto a dicha normativa, lo que en este caso, como se ha indicado, en principio, no tiene lugar. Pero concurren en este supuesto una serie de circunstancias especiales que a juicio de este Centro Directivo, teniendo en cuenta que la normativa sobre transparencia y abusividad no debe ser objeto de una interpretación literal sino que debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información y la protección de los usuarios de servicios financieros (cfr. resolución de 29 de septiembre de 2014), abogan por la aplicación de ambas normas. Esas circunstancias son la aportación de una oferta vinculante y una ficha de información personalizada referida específicamente al préstamo hipotecario escriturado; la concurrencia en el objeto de la empresa de intermediación, también, de la actividad de concesión de préstamos y créditos hipotecarios; la indicación expresa en el número 13 de la FIPER de la aplicación al contrato de préstamo del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se prueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la ausencia tanto en la oferta vinculante como en la FIPER de toda referencia a los prestamistas que firman la escritura, de tal manera que la oferta

aparece realizada directamente por la empresa «BEP Corporación Financiera, S.L.» (circunstancia esta que puesta de manifiesto por la registradora calificante no ha sido contradicha en el recurso); y, por último, que las estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario están redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas deben presumirse predispuestas y no negociadas.

Respecto al primer defecto, es decir, que el tipo de interés ordinario del 14,99% anual es abusivo por cuanto, en este supuesto concreto, ese interés ordinario es superior al interés moratorio pactado que es de «tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo del mismo», en el momento de la firma de la escritura del 10,50%, y excede, en consecuencia, de la función remuneratoria que le es propia; procede reiterar, una vez más, la doctrina sentada en las resoluciones de esta Dirección General de 30 de marzo y 22 de julio de 2015, y 7 de marzo de 2016 a cuya fundamentación jurídica en extenso se remite la presente. En este mismo sentido se han manifestado las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 23 de diciembre de 2015, y 18 de enero y 3 de junio de 2016 que fijan como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo con o sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, que considera el más idóneo, y, en caso de nulidad de la cláusula de intereses moratorios «la nulidad solo afectará al exceso respecto de los intereses remuneratorios pactados».

En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, el carácter abusivo de la cláusula de retención por parte del acreedor, a través de la entidad intermediadora, de la cantidad de 349,77 euros del capital concedido, cantidad equivalente a dos mensualidades de intereses, a la que se aplica el citado interés fijo del 14,99% anual y se cobra al cliente, no obstante no existir entrega efectiva de dicha cantidad hasta el término de la operación; debe ser igualmente confirmado por no concurrir razón justificativa ni proporcionalidad en la misma, lo que supone un desequilibrio en perjuicio del prestatario (cfr. art. 87 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Por último, la indicación del recurrente acerca de que la registradora debió inscribir la hipoteca limitándose a no reflejar en el asiento dicha cláusula, tampoco puede ser admitida porque al tratarse de una cláusula contractual nula por abusiva (igual que la cláusula relativa a los intereses ordinarios) que determina la cantidad exigible en la ejecución por referirse al dinero efectivamente entregado (arts. 561.1.3.ª y 695.1.4. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y dado, además, que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo (art. 130 de la LH); la ineficacia registral de las mismas o inscripción parcial de la hipoteca, en cuanto que tales cláusulas afectan a la responsabilidad hipotecaria (parte del capital y los intereses ordinarios íntegros) que, a su vez, constituye un elemento esencial delimitador del derecho real de hipoteca, precisa la solicitud expresa de los interesados conforme a lo establecido en los artículos 19 bis y 322 de la LH.

Resolución de 20-6-2016
(*BOE* 21-7-2016
Registro de la propiedad de Cieza, número 2

HIPOTECA: DOMICILIO A EFECTOS DE REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES

La cuestión de fondo que se discute en este recurso es si es suficiente que en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se designe únicamente un domicilio para notificaciones y requerimientos para la parte hipotecante o si, por el contrario, es necesario que se fije también un domicilio para los deudores no hipotecantes y, en tal caso, dado que en este supuesto concreto el hipotecante es también uno de los prestatarios, si es suficiente para cumplir con este requisito, como alega la parte recurrente, con la remisión a la estipulación en la que figura el domicilio de los prestatarios a estos efectos.

Dispone el artículo 234, número 1, circunstancia 2.ª, del RH que «la tramitación de la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley requerirá que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento y que consten las siguientes circunstancias: (…) 2.ª El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. La determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley». Por tanto, de la dicción literal del artículo se infiere que el domicilio para la práctica del requerimiento en la venta extrajudicial debe referirse al del hipotecante y no al del prestatario, como para el procedimiento judicial de ejecución directa establece el artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y, en su momento, el art. 131.1 LH) que exige que «en la misma escritura de constitución, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones». En el supuesto habitual de coincidencia en una misma persona o personas de la condición de deudor/es y la de hipotecante/s, no hay problema jurídico alguno porque el domicilio a efectos ejecutivos será el mismo para ambas figuras, y el mismo será fijado, además, por la misma persona en quien concurren ambas condiciones. Pero, en caso contrario, se hace preciso determinar qué domicilios se deben señalar en la escritura de constitución de hipoteca como presupuestos necesarios para la validez del pacto de venta extrajudicial. Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, sin perjuicio de la posibilidad de señalar distintos domicilios para cada deudor-hipotecante (resolución de 7 de febrero de 2001), dos domicilios a la misma persona con carácter subsidiario o simultáneo (resolución de 7 de enero de 2014) o incluso señalar como domicilio todas y cada una de las fincas hipotecadas (resolución de 9 de julio de 2001), lo que la norma quiere decir es que se debe fijar un domicilio específico a efectos de los requerimientos que deriven de la ejecución, domicilio que, por tanto, deberá ir referido respecto de todas las personas intervinientes que deban ser requeridas de pago en el procedimiento (deudor e hipotecante no deudor) porque ese requerimiento, practicado en el domicilio fijado en la escritura de constitución de hipoteca, es un trámite esencial para la validez del mismo (cfr. resoluciones de 5 de julio de 2013 y 5 de marzo de 2014, respecto del deudor en la venta extrajudicial, y resolución de 27 de junio de 2011, respecto del hipotecante no deudor en el procedimiento ejecutivo directo, entre otras). Por tanto, no puede sostenerse que en el procedimiento de ejecución judicial directo baste con fijar

un domicilio para el prestatario y en el procedimiento extrajudicial un domicilio para el hipotecante como afirma el notario recurrente.

De todo lo expuesto resulta, como conclusión a los efectos de este recurso, que para la inscripción del pacto de venta extrajudicial, en presencia de hipotecante no deudor, no es necesaria la fijación de dos domicilios a efectos de la ejecución, uno para el deudor y otro para el hipotecante no deudor, sino que es posible la fijación de uno solo para el requerimiento de pago de ambas figuras, y que el mismo debe ser coincidente con el señalado a efectos del procedimiento judicial directo. Ahora bien, no debe quedar dudas acerca de los términos de tal determinación única. Se debe concluir, por tanto, que ese carácter esencial de la fijación del domicilio para requerimientos impide, salvo supuestos excepcionales, una interpretación integradora de las cláusulas hipotecarias que luego los jueces pueden rechazar. Por ello, la calificación registral se ha de extremar el cuidado en orden a que conste claramente en la escritura de hipoteca si se ha fijado un domicilio único para ambas figuras o bien uno propio para cada una de ellas, y ello respecto de ambos procedimientos de ejecución.

Aunque el defecto solo afecta a las cláusulas que prevean la ejecución por el procedimiento judicial directo o por el extrajudicial; para poder practicar la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas, se precisa solicitud expresa de las partes (arts. 19 bis y 322 de la LH) dado que considera que las mismas constituyen un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que viene constituido por la responsabilidad hipotecaria y por los procedimientos ejecutivos que le son propios. Por lo demás, se trata este de un obstáculo que puede fácilmente removerse con una mera instancia personal por la vía que permite el artículo 110 del RH o con una simple diligencia notarial conforme artículo 153 del Reglamento Notarial.

Resolución de 21-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Valencia, número 1

PUBLICIDAD FORMAL: NOTAS SIMPLES LITERALES

Este Centro Directivo tiene declarado (*vid.* Instrucción de 5 de febrero de 1987 y resoluciones citadas en el «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— 16 de junio de 1990, y 7 de junio de 2001). Este interés ha de ser un interés conocido, directo y legítimo. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Este principio se fundamenta, como recordó la Instrucción de esta Dirección General de 27 de enero de 1999, en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que solo se podrán recoger datos de carácter personal para el tratamiento automatizado cuando los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido. Y, de otra parte, en el artículo 4.2 de la misma Ley que previene que los datos no podrán

usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubieran sido recogidas. La legislación relativa a la protección de datos de carácter personal incide directamente en la obligación de los registradores de emitir información sobre el contenido de los libros registrales. Así resulta explícitamente del contenido del artículo 222.6 de la LH. Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

Tras la reforma de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, la nota simple informativa puede contener «inserción literal de los asientos vigentes» (art. 222.5 de la LH) si lo requiere expresamente el solicitante, lo que no implica que se pueda dar nota simple literal de todo el historial registral pues este comprende habitualmente asientos no vigente y la intención del legislador ha sido clara de permitir solo la nota literal de los asientos vigente, pues lo reitera en el artículo 222 bis.4 de la LH. En el presente caso debe confirmarse el defecto que señala la registradora en su nota de calificación por cuanto no ha quedado suficientemente acreditado en la instancia de nota simple, el interés legítimo y la causa de la solicitud que se le exige a todo interesado, defectos fácilmente subsanables mediante la acreditación, en los términos expresados.

Resolución de 21-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de la propiedad de Cuenca

CÁMARAS AGRARIAS: NATURALEZA Y RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO

Indudablemente, las Cámaras Agrarias son entidades de carácter público, enmarcadas dentro de lo que se denomina «Administraciones no territoriales», por contraposición a las llamadas «Administraciones territoriales» integradas estas segundas por la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales. Más discutido, sin embargo, ha sido su carácter de Administración Pública en sentido estricto. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en su resolución de 18 de septiembre de 2013, que a su vez recoge la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, al declarar en su fundamento de Derecho quinto, que «dada esta conmixtión y confluencia de intereses públicos y privados, esta sustracción al principio asociativo puro, y ese carácter legal de la constitución y regulación de estas Corporaciones se entiende que se haya polemizado largamente sobre si son o no verdaderas Administraciones Públicas. Como ha señalado la doctrina más autorizada, lo son *secundum quid,* no por esencia y en su totalidad, sino en la medida en que ejercen funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por la Administración a la que se encuentran vinculados. (…) Por ello no puede afirmarse la existencia de un criterio legal de subsunción plena de las Corporaciones en el concepto estricto de Administración Pública, y por ello ni sus fondos integran el patrimonio público, ni sus cuotas son exacciones públicas sujetas a la legislación tributaria, ni sus empleados están sujetos al estatuto funcionarial, ni sus actos son actos administrativos salvo en el caso de los producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuidas o delegadas. Y por ello mismo sus bienes, como veremos, no son nunca demaniales». En consecuencia, no son Ad-

ministración Pública en sentido estricto, ni su actividad puede calificarse como genuina actividad administrativa.

Sentado lo anterior, el recurso no puede ser estimado, debiendo confirmarse la nota de calificación y con ello la imposibilidad de practicar la inscripción de la transmisión por parte de la Cámara Agraria Provincial de Cuenca en favor de la Fundación, toda vez que no procede aplicar en este caso la doctrina del silencio administrativo positivo que prevé el artículo 43.1 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Debe tenerse en cuenta, por un lado, la naturaleza jurídica de las Cámaras Agrarias, que ha quedado antes expuesta, y por otro, que la enajenación de un bien patrimonial es un acto jurídico privado, al que se aplican las reglas generales, que no administrativas, contractuales (cfr. art. 4.p] del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que excluye del ámbito de su aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial). Por ello, es indudable que el consentimiento dispositivo debe ser inequívoco, máxime en el ámbito registral donde rige un principio general de titulación auténtica que deja poco margen a los consentimientos tácitos y presuntos. Además, según doctrina reiterada de los tribunales de Justicia (cfr. sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de 30 de diciembre de 2008, de Burgos, de 22 de noviembre de 2010, y de Andalucía, de 4 de marzo de 2011), no procede la aplicación de la doctrina del silencio positivo en los supuestos en que no exista un procedimiento especialmente diseñado para sustanciar una solicitud y resolverla, deviniendo con ello inaplicable el párrafo primero del artículo 43 de la Ley 30/1992.

Resolución de 23-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Getafe, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: EXPEDIENTE DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si el procedimiento objeto de la resolución, no ha sido el previsto por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el artículo 99 del RH, en relación con los artículos 1, 20 y 40 de la LH.

Desde que se realiza el hecho imponible el ordenamiento sujeta al obligado tributario al cumplimiento de las prestaciones que caracterizan la relación jurídica-tributaria, a partir de ese momento su patrimonio presente y futuro queda vinculado al pago de la deuda tributaria. La garantía del pago de la deuda

tributaria constituye el fundamento de la derivación de la responsabilidad, el responsable siempre concurre en la deuda con otro deudor que es el principal, quien responde en primer lugar de la deuda tributaria, pero no lo sustituye sino que se suma al número de obligados que garantizan el crédito tributario, entendiendo por estos a las personas físicas o jurídicas y entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias. Como acto previo a la declaración de responsabilidad, la Administración Tributaria, puede adoptar medidas cautelares para asegurar el cobro de las deudas tributarias, cuyo régimen se establece en el artículo 81 de la Ley General Tributaria. A la vista de los artículos 41.5 y 81 de la Ley General Tributaria para la adopción de tales medidas cautelares, será necesario que se den las siguientes circunstancias: que haya presupuesto razonable de responsabilidad tributaria; la existencia de indicios racionales de conducta elusiva o que dificulte el cumplimiento de la obligación de pago, y la existencia de una deuda tributaria liquidada o que al menos exista una propuesta de liquidación.

En cuanto los efectos del impago de dichos créditos, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de diciembre de 2011 señala a este respecto: «En todo caso, son bien problemáticos los efectos del eventual incumplimiento por el tercero, deudor del apremiado, de la orden de embargo: a) Si el tercero hace pago al apremiado, el efecto viene previsto en el propio artículo 122 —actual artículo 81 antes trascrito—: tal pago carecerá de poder liberatorio. Es el mismo efecto predicado en el artículo 1165 del Código Civil: no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado la retención de la deuda. b) Si el tercero no satisface la deuda al apremiado, el único efecto ha de consistir en que la Hacienda Pública embargante queda subrogada en la posición del acreedor (art. 1111 del Código Civil). A partir de ahí, el procedimiento a seguir por la Hacienda Pública no podrá ser el administrativo de apremio, porque únicamente el juez competente del orden civil podrá declarar la existencia y exigibilidad del crédito embargado o la carencia de efectos liberatorios del pago. Al existir una controversia ajena a la relación jurídico-tributaria existente entre la Administración y el deudor tributario apremiado, por la intervención del tercero deudor (por relación privada o mercantil) a su vez de tal deudor apremiado, ha de entenderse que existe una patente reserva de jurisdicción, pues existiendo cualquier controversia con terceros la Administración carece de facultades de autotutela y ha de acudir a los Tribunales. La misma conclusión se deriva del examen de los artículos 621, 622 y 623 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que aluden a diversas clases de créditos pecuniarios que el ejecutado pueda tener frente a terceros, entendiendo el concepto de crédito pecuniario en sentido amplio. Pero la misma Ley guarda silencio acerca de la medida de garantía de la traba que se ha de adoptar cuando se embarguen otros créditos pecuniarios que ostente el ejecutado contra terceros, y que sean distintos de los mencionados en los preceptos legales a que se ha hecho referencia (embargo de dinero, cuentas corrientes y sueldos; embargo de intereses, rentas y frutos; embargo de valores e instrumentos financieros). Desde luego, en estos casos la medida de garantía que resulta adecuada para asegurar la efectividad del embargo consiste en ordenar al tercero deudor que retenga a disposición del órgano embargante el importe del crédito embargado. Pero no cabe, según explica la mejor doctrina procesalista, que quepa ordenar al tercero el ingreso del importe del crédito en las cuentas del órgano embargante, sea un Juzgado o un órgano administrativo, ante el silencio legal sobre este punto. De todo lo anterior resulta la improcedencia de aplicar al caso enjuiciado el supuesto de responsabilidad solidaria previsto en el artículo

131.5.b) de la anterior Ley General Tributaria —actual artículo 42— que se estima incompatible con la mecánica y efectos del embargo de créditos del artículo 122 del Reglamento General de Recaudación —actual artículo 81— cuando se trate de créditos distintos de los mencionados en los citados artículos 621, 622 y 623 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Los efectos del incumplimiento de tal embargo son los que han quedado explicados: falta de carácter liberatorio del pago del crédito y subrogación en los derechos del acreedor».

Las anteriores sentencias apoyan la tesis del registrador en el sentido de que no cabría, en principio, transferir al crédito privado trabado la naturaleza de crédito fiscal susceptible de ejecución por vía de apremio. Ahora bien, no puede ignorarse que la Ley General Tributaria, artículo 42.2 antes citado, contempla expresamente la derivación de responsabilidad por la actuación culpable o negligente del tercero que frustra el embargo decretado por la Administración y que la apreciación de si realmente el impago, en este concreto supuesto, obedece a la mera imposibilidad de satisfacer la deuda o se enmarca dentro de tal conducta obstativa, queda sujeta a su determinación dentro de los cauces legales del procedimiento administrativo, donde caben los recursos procedentes, inclusive el contencioso administrativo. Por tanto, aunque el registrador puede calificar la congruencia de la resolución administrativa con el procedimiento seguido (*ex* art. 99 del RH), no cabe duda que el embargo preventivo acordado es congruente con el expediente de exigencia de responsabilidad solidaria (*ex* art. 42.2 de la Ley General Tributaria), y no puede entrar a analizar el fundamento de fondo de la Administración Tributaria que motiva la apertura del citado expediente de derivación de responsabilidad solidaria, amparado por las normas legales y basado en la autotutela de la Administración, por otra parte sancionada constitucionalmente y sujeta a revisión jurisdiccional.

Resolución de 23-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Sigüenza

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA. LEY 13/2015: RÉGIMEN TRANSITORIO

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporada al título inmatriculador. Este criterio, sin embargo, ha sido matizado en la doctrina más reciente, de tal manera que la verdadera identidad en la descripción del título y la que resulta de la certificación catastral debe extenderse únicamente a la ubicación, la fijación de linderos y perímetro de la parcela registral y catastral, descartando así construcciones o edificaciones existentes sobre la misma.

Como ha quedado justificado en este expediente, la documentación fue objeto de dos presentaciones. Si bien se produjo una primera presentación por vía telemática en el mes de octubre del año 2015, la misma decayó por no haberse despachado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación

—los sesenta días hábiles reconocidos en el artículo 17 de la LH— y no habiéndose producido ninguno de los supuestos de prórroga del artículo 432 del RH, el asiento caducó y por ello perdió en su totalidad cualquier eficacia que la legislación aplicable le pudiera conceder. Objeto de nueva presentación, la misma se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado, y por ello las consideraciones del registrador han de prevalecer. Recordando la resolución de 19 de noviembre de 2015: «Por ello, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la LH, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso». De esta manera, la tramitación del acta conforme a la normativa ya derogada no le atribuye al documento notarial la aptitud inmatriculadora exigida tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Por todo ello, este segundo defecto debe ser mantenido.

Resolución de 24-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de La Vecilla

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la LH, y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo, por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Resolución de 24-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Vitoria, número 5

EXPEDIENTE DE DOMINIO DEL ARTÍCULO 203 LH: TÍTULO DE PROPIEDAD

Resulta incontrovertido que desde la entrada en vigor de la nueva redacción de este precepto, el día 26 de junio de 2015, la Iglesia Católica —esto es, la Santa Sede, o cualquiera de las circunscripciones territoriales en que se organice o de las Órdenes, Congregaciones Religiosas, otros institutos de vida consagrada y otras instituciones y entidades eclesiásticas que pueda erigir conforme al Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano— ya no puede obtener la inmatriculación de sus bienes inmuebles por la vía que anteriormente le concedía el artículo 206 de la LH. Así se puso de manifiesto en la resolución de este Centro Directivo de 17 de febrero de 2016. Lo que se discute es si, al menos, tal certificación puede ser considerada como «título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular» en los términos y a los efectos del artículo 203, regla segunda, letra a), de la LH. Cuando el nuevo artículo 203 exige acompañar, entre otros «documentos» el «título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular» es claro que se está refiriendo al mismo «título escrito de dominio» (por la estrecha relación entre «documento» y «escrito» y por la sinonimia entre «dominio» y «propiedad»). En consecuencia, ha de concluirse que una simple certificación de dominio librada por el supuesto dueño, en tanto que documento confeccionado unilateralmente por el favorecido por el mismo, y sea cual fuera el título material o modo de adquisición del dominio que se exprese en dicha certificación, no es nunca en sí mismo un título de dominio o de propiedad, y por tanto, no debió permitir la iniciación notarial del expediente de dominio, ni debe permitir la expedición registral de la certificación solicitada ni la práctica de la anotación preventiva previstas en el artículo 203 de la LH. Debe señalarse que conforme al artículo 204 de la LH, además del procedimiento previsto en el artículo 203 y la posibilidad de inscripción de los títulos previstos en los artículos 205 y 206, «podrá obtenerse también la inmatriculación de fincas en el Registro de la propiedad (…). En virtud de sentencia que expresamente ordene la inmatriculación, obtenida en procedimiento declarativo en que hayan sido demandados todos los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 203, deban intervenir en el expediente, observándose las demás garantías prevenidas en dicho artículo».

Resolución de 27-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Pontevedra, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

El artículo 56 de la Ley Concursal en cuanto a la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas, disponía en el momento en que se declaró el concurso, 4 de marzo de 2011, lo siguiente: «1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán

iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (…) 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Los anuncios de subasta se publicaron el día 23 de marzo de 2012 por lo que no resulta aplicable esta última excepción. Por lo tanto, *a sensu* contrario, los bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución. De todo ello se deduce que los bienes necesarios para dicha actividad empresarial quedan afectados a las vicisitudes del concurso y, llegada la liquidación, deberán someterse a lo establecido en el plan de liquidación o, en su defecto, a las normas supletorias previstas en la Ley Concursal. Consecuentemente será preciso que por el juez de lo Mercantil que conozca del concurso, se manifieste si se determinó el carácter de bien necesario o no de la finca para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (cfr. art. 56.5 de la Ley Concursal).

Ahora bien, no cabe desconocer que en el Registro de la propiedad consta anotada la conclusión del concurso de acreedores, recogiéndose en la anotación que se dictó auto de fecha 21 de noviembre de 2013 poniendo fin a la fase de liquidación. Ahora bien, no cabe desconocer que en el Registro de la propiedad consta anotada la conclusión del concurso de acreedores, recogiéndose en la anotación que se dictó auto de fecha 21 de noviembre de 2013 poniendo fin a la fase de liquidación.

Resolución de 27-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Les Borges Blanques

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN. REQUISITOS

La regla tercera del citado artículo 203.1 recoge que tras la solicitud de certificación por parte del notario autorizante del expediente, el registrador debe emitir un juicio sobre la posible constancia como inmatriculada (parcial o totalmente) del nuevo objeto cuyo acceso a los libros del registro se solicita, o indicar si tiene dudas sobre esa posible inmatriculación previa. En caso de producirse esta coincidencia el mismo artículo 203 exige que el registrador expida certificación literal de la finca o fincas coincidentes comunicándolo inmediatamente al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones. No obstante, esta previsión de archivo del expediente, en el caso de albergar dudas el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas (especialmente si se tratase de fincas cuya representación gráfica no estuviera inscrita), muy en particular la intervención de los afectados, al igual que prevé el precepto en el párrafo siguiente en cuanto al dominio público, todo lo cual deberá ser calificado ulteriormente por el registrador. Ante esta situación

de disparidad de criterios, una vez derogado en su totalidad —tras la modificación operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro— el contenido del Título VI del RH (cfr. resoluciones de 17 de noviembre de 2015 y 5 de mayo de 2016), que recogía en su artículo 306 una regla especial para resolver esta problemática por vía de auto judicial, conforme a la regla octava del apartado 1 del artículo 203 de la LH, el legitimado para ello podrá, bien recurrir contra la calificación registral —si lo que pretende es la revisión de esta—, o bien acudir al procedimiento jurisdiccional correspondiente (en el mismo sentido, artículo 198, último inciso). Consecuentemente, procede analizar en el recurso si las dudas expuestas por el registrador se encuentran o no fundadas.

La regla segunda del artículo 203.1 de la LH, regulador del nuevo expediente notarial de dominio, establece: «Se iniciará el procedimiento mediante solicitud por escrito del titular dominical de la finca, en la cual, junto a la descripción literaria de la finca, realizada en los términos prevenidos reglamentariamente, deberán hacerse constar los datos personales del promotor y su domicilio para la práctica de notificaciones, acompañándose además los siguientes documentos: a) Título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular, que atribuya el dominio sobre la misma al promotor del expediente. la regla segunda del artículo 203.1 de la LH, regulador del nuevo expediente notarial de dominio, establece: «Se iniciará el procedimiento mediante solicitud por escrito del titular dominical de la finca, en la cual, junto a la descripción literaria de la finca, realizada en los términos prevenidos reglamentariamente, deberán hacerse constar los datos personales del promotor y su domicilio para la práctica de notificaciones, acompañándose además los siguientes documentos: a) Título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular, que atribuya el dominio sobre la misma al promotor del expediente.

Resolución de 27-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR

Basta tener en cuenta los artículos 132 de la LH y 685 y 686 de la LEC para comprobar que es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la LH que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El Registro de la propiedad entre otros muchos efectos atribuye el de la eficacia *erga omnes* de lo inscrito (cfr. arts. 13, 32 y 34 de la LH), de manera que no puede la entidad acreedora —que además es parte— desconocer la adquisición efectuada por el tercer poseedor inscrito, cuando además consta en la propia certificación de titularidad y cargas solicitada a su instancia en el procedimiento. De conformidad con la doctrina sentada por el TC el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada. La notificación que sobre

la existencia de dicho procedimiento se le haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago.

Resolución de 28-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Málaga, número 13

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

En el sistema concursal español vigente, abierta la denominada «fase de liquidación», la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa tiene que realizarse, bien conforme al plan de liquidación aprobado por el juez del concurso (art. 148 Ley Concursal), bien conforme a las reglas legales supletorias (art. 149 Ley Concursal). Esta alternativa entre liquidación con arreglo al plan o, a las reglas legales supletorias, pone de manifiesto la existencia de una clara opción de política legislativa dirigida a evitar que la administración concursal opere discrecionalmente en la fase específicamente predispuesta para la conversión en dinero de los bienes y derechos que integran el patrimonio concursal que, en cuanto patrimonio de afectación, está destinado a la satisfacción de los acreedores concursales clasificados en distintas categorías. El régimen legal solo opera en defecto de aprobación judicial del plan de liquidación presentado por la administración concursal.

En la Ley Concursal vigente, el plan de liquidación elaborado por la administración concursal queda de manifiesto en la oficina judicial para que el concursado, los acreedores concursales —sean privilegiados, sean ordinarios o sean subordinados— y los representantes de los trabajadores (si es que se encontrasen vigentes relaciones laborales, aunque la unidad o las unidades productivas existentes en la masa activa estén paralizadas) puedan formular «observaciones» o «propuestas de modificación» (arts. 148.2, inciso primero, y 148.3 de la Ley Concursal). La legitimación corresponde exclusivamente a dichas personas. Los acreedores de la masa, por ejemplo, no tienen reconocido este derecho; e igualmente carecen de él los antiguos administradores de la sociedad. En ese sentido, bajo el manto de pretendidas simples «propuestas de modificación», no cabe que los legitimados presenten un «plan de liquidación alternativo». La Ley reconoce la primacía del plan de liquidación, por lo que, una vez aprobado por el juez del concurso, impide, a su vez, que, a través de una interpretación laxa, el ámbito de aplicación de las reglas de que se compone se extienda más allá de los términos naturales de las expresiones utilizadas. Si en el plan de liquidación se contempla la posibilidad de «venta directa», la operación de liquidación debe ajustarse a los cánones de una compraventa. En el plan de liquidación de la masa activa de la sociedad de responsabilidad limitada concursada se autoriza la venta directa y se establece igualmente la enajenación por medio de subasta (aunque los antecedentes no permiten precisar el ámbito respectivo de esos dos sistemas de liquidación). Sin embargo, en modo alguno puede considerarse implícita la autorización judicial para una dación en pago. La integración del régimen mediante las normas legales establecidas para la compraventa no permite la equiparación entre compraventa y dación en pago, que siguen siendo figuras distintas. El hecho de que no se hubiera producido oferta alguna por los dos bienes hipotecados en garantía de la devolución del crédito no puede situar al acreedor hipotecario en mejor posición que la tendría si se hubiera optado

por la realización de esos bienes por medio de subasta en la que no se hubiera producido ninguna oferta o esta no cubriera el crédito garantizado. Si en esos casos el acreedor hipotecario, según el plan de liquidación aprobado, solo puede adjudicarse el bien o los bienes hipotecados «por la cantidad que se le debe por todos los conceptos», esa misma regla sería de aplicación, con mayor razón, en caso de que la dación en pago hubiera sido posible.

En el caso del acreedor con privilegio especial que actuara «fuera del convenio» el sistema legal vigente es especialmente garantista: el concursado y el acreedor con privilegio especial pueden solicitar del juez del concurso autorización para aceptar una oferta, proveniente de un tercero, por un precio inferior al mínimo pactado, cuando el precio ofertado sea conforme al valor del mercado del bien hipotecado según tasación oficial realizada por entidad homologada (art. 155.4, párrafo segundo, de la Ley Concursal); pero la autorización judicial y sus condiciones deben anunciarse con la misma publicidad que tendría la subasta del bien y derecho afecto y, si dentro de los días siguientes al último de los anuncios se presentase mejor postor, el juez debe abrir licitación entre todos los oferentes con determinación de la fianza que hayan de prestar (art. 155.4, párrafo tercero, de la Ley Concursal). Nada de esto consta haya sucedido.

Resolución de 28-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Sant Mateu

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la valenciana) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos, así como la fijación de los plazos de prescripción de las acciones de disciplina urbanística o su imprescriptibilidad. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro (cfr. resoluciones de 22 de abril de 2005, 4 de mayo de 2011 y 8 de mayo de 2012).

De la normativa urbanística valenciana puede deducirse que el título administrativo habilitante a los efectos del artículo 28.1.b) del texto refundido de la Ley de Suelo, esto es, necesario para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, en este caso, en el marco de la legislación de la Comunidad Valenciana, es el documento suscrito por el interesado, acompañado de la documentación requerida, y cuya presentación en la Administración competente se acredite, en el que aquel, manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos

establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente al reconocimiento o ejercicio, requisitos que, deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. No parece imprescindible, a estos efectos, la utilización del modelo elaborado por la Administración, siempre y cuando conste acreditada la presentación del documento con tal carácter, de forma indubitada.

Resolución de 28-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Bande

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: INSCRIPCIÓN CUANDO APARECE PREVIAMENTE INSCRITA OTRA DIFERENTE OBRA EN CONSTRUCCIÓN

Debe partirse de que el artículo 28.4 de la Ley de Suelo ha de entenderse de aplicación a todas las edificaciones consolidadas por razón de su antigüedad y respecto de las cuales no proceda la adopción de medidas que puedan implicar su demolición, y ello tanto si la obra se construyó con licencia como si lo fue sin licencia, y tanto si la obra nunca tuvo acceso al Registro con anterioridad a su terminación, como si fue declarada en construcción en un momento anterior a la declaración de su terminación. Por otra parte, el hecho de que la obra que se declara terminada no corresponda a la declarada en construcción e inscrita, no debe obstar a la aplicación de la citada doctrina en el plano registral, pues se trata de una situación fáctica que se encuentra expresamente prevista en la norma reguladora de los requisitos de inscripción, en particular, el artículo 28.3 de la Ley estatal. Es decir, puede invocarse la aplicación del citado apartado tercero para el acceso registral de la edificación terminada no coincidente con la declarada en construcción e inscrita conforme a su proyecto original autorizado, sometiéndose a los requisitos del apartado primero del artículo 28 de la Ley de Suelo o, concurriendo los requisitos para ello, mediante la vía establecida en el apartado cuarto, para el acceso de edificaciones respecto a las que no procede ya adoptar medidas de restablecimiento de legalidad que impliquen su demolición, que gozan de una situación consolidada en la realidad extrarregistral.

Resolución de 29-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Rute

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: AUTOCONTRATACIÓN Y ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario

mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

En el presente caso, la notaria autorizante de la escritura de adjudicación de herencia emitió un juicio de suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el concreto acto o negocio jurídico pretendido en relación con las facultades que se pretenden ejercitar, pero no hizo constar la posibilidad de salvar el autocontrato o el conflicto de intereses. Faltando tal concreción, y de conformidad con la doctrina antes reseñada, no puede estimarse correctamente formulado el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de la apoderada de las herederas (cfr. resolución de 20 de octubre de 2015).

Resolución de 29-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Algeciras, número 2

DOCUMENTOS NOTARIALES: IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARECIENTES Y SU CORRESPONDENCIA CON LOS TITULARES REGISTRALES

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de compraventa en la que concurren las circunstancias siguientes: los números de los pasaportes de los vendedores —británicos— con los que se identifican en el otorgamiento, no coinciden con los que en su día se reflejaron en la inscripción de su título de adquisición; se ha hecho un acta complementaria por parte del notario autorizante en la que se manifiesta que los vendedores «han sido identificados por mí, conforme a derecho y en forma reglamentaria conforme la legislación notarial, como otorgantes vendedores de la finca y como titulares de la finca».

Ciertamente, en el supuesto de este expediente, el notario autorizante ha cumplido todas las exigencias de la Ley y del Reglamento notarial en cuanto a la identificación de los otorgantes. Por lo tanto, no se puede cuestionar la identidad de los comparecientes, pues es una competencia del notario que no incumbe al registrador. En la calificación registral, respecto de los nacionales otorgantes de aquellos países en los que no varía el número del documento oficial de identificación, el registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con la numeración obrante en el Registro de la propiedad, al objeto de evitar que personas con iguales nombres y apellidos y que hayan sido debidamente identificados por el notario puedan usurpar la identidad de los titulares registrales. Pero respecto de los nacionales de aquellos países (como Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) en los que se produce una alteración en los números de identificación del documento oficial de identificación, debe entenderse suficiente la declaración que realice el notario, bajo su responsabilidad, de la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración.

Resolución de 30-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Sant Mateu

BIENES GANANCIALES: RECTIFICACIÓN DE CABIDA. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2015

Los actos de administración o disposición de bienes gananciales, a título oneroso, deberán realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria. El mismo criterio se exige para la inscripción en el Registro de la propiedad de dichos actos, cuando los bienes estén inscritos con carácter ganancial conforme al artículo 93 del RH. No obstante, este criterio tiene como excepción el artículo 1384 del Código Civil que señala: «Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». En este sentido, el artículo 94 apartado segundo del RH señala que «serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral». En el presente caso, si la rectificación de descripción de finca es estimada como un acto de administración y no implica en el ámbito civil cambio en la titularidad de la finca afectada, el acceso de la misma al Registro de la propiedad ha de estar facilitado, bastando que el titular registral realice dicho acto sin necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge, por lo que este defecto debe ser revocado.

Para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas contamos a partir de ahora con tres agrandes grupos de procedimientos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca.

Resolución de 30-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro de la propiedad de Alcalá la Real

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: NOTA MARGINAL RELATIVA A LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE LA FINCA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 28.4 LS

Cuando la obra nueva por antigüedad hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, este, de acuerdo con el artículo 28.4 de la Ley del Suelo, una vez recibida la comunicación de la inscripción,

estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario; añadiendo que, la omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente.

La importancia desde el punto de vista registral del trámite administrativo de audiencia —artículo 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente hasta el 2 de octubre de 2016)—, ha sido destacada recientemente por esta Dirección General —resolución de 6 de julio de 2015—, pues este trámite basado en la notificación personal conforme a los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, permite al registrador comprobar si el titular registral ha tenido la oportunidad efectiva de intervenir en el procedimiento cuyo resultado en forma de acto administrativo se pretende inscribir, garantizando su defensa *ex* ante y permitiendo a los asientos registrales desplegar su entera eficacia *erga omnes*, ya que, como señaló la resolución de 7 de septiembre de 1992, no ha de importar, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro solo deben llegar actos plenamente válidos, máxime si la posible anulabilidad está establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20, 38 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH). En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, para constatar registralmente, en el marco del procedimiento del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, la concreta situación urbanística de la edificación declarada, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario, debe resultar acreditada, de la certificación administrativa presentada, la oportunidad de intervención del titular registral (ya sea el actual o el que inscribió la edificación que causó la notificación), debidamente identificado, en el procedimiento que da lugar a la correspondiente resolución declarativa, sobre la cual el Ayuntamiento emite su pronunciamiento al Registro de la propiedad, procedimiento que todavía no se ha tramitado según reconoce la resolución municipal objeto de este recurso.

Respecto al requisito de que consten las circunstancias personales (DNI), el artículo 2.2 del Real Decreto 1997, 1093, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el Registro de la propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, exige que en la certificación administrativa «(…) c) Que se hagan constar en ella, en la forma exigida por la Legislación Hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a los que afecte el acuerdo»; y, el artículo 51.9.a) del RH, determina las circunstancias personales exigibles, «nombre y apellidos; el documento nacional de identidad (…)», al objeto de que quede constancia de que el procedimiento se ha seguido con el titular registral.

Resolución de 1-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Coria

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD

Inmatriculación por título público: certificación catastral descriptiva y gráfica. Conforme el artículo 205 de la LH, la nueva redacción legal al amparo de la Ley 13/2015, de 24 de junio, exige que se trate de «los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». La diferencia esencial entre ambas redacciones legales —actual y anterior— no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea «traslativo», pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ella, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada de este Centro Directivo, sino que tal diferencia esencial radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. En base a ello, es de aplicación la doctrina que ha venido señalando este Centro Directivo en considerar a la extinción de comunidad como título inmatriculador. En aplicación de la doctrina expuesta al supuesto concreto de este expediente, no puede que, componiéndose el «*iter*» inmatriculador de una adquisición hereditaria, una adjudicación pro indiviso del bien y, por último, una posterior segregación y disolución de comunidad en la que se adjudica el bien completo a uno solo de los herederos, exista una sola transmisión, y no más bien un complejo «*iter*» adquisitivo. Por otro lado, debe tenerse presente que entre la adjudicación pro indiviso y la disolución de comunidad transcurrieron dos años, por lo que (como declaró la resoluciones 8 de junio de 2009 para un supuesto análogo), no cabe pensar en que hayan sido preparadas al único efecto de conseguir la inmatriculación.

En todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador, siendo esta exigencia heredera de la que empleaba el artículo 53.Seis de la Ley 13/1996 cuando exigía «aportar junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título», y responde, en gran parte, a una misma finalidad y razón de ser: que la finca que se inmatricule por vía del artículo 205 nazca ya a su vida registral plenamente coordinada desde el punto de vista geográfico, con el inmueble catastral.

Resolución de 1-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Ibiza, número 4

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 13/2015

Siendo conceptos plenamente distintos el de inmatriculación de fincas y el de inscripción de exceso de cabida en fincas ya inmatriculadas, lo cierto es

ambos han sido abordados en el mismo artículo 298 del RH desde su primera redacción. Son numerosísimas las resoluciones de esta Dirección General que han delimitado y separado con nitidez el concepto de inmatriculación del de inscripción de exceso de cabida, sosteniéndose de manera constante y reiteradísima que «la registración de un exceso de cabida *"stricto sensu"* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente, es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados». Y que «fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente» (cfr. «Vistos»).

Por tanto, como acertadamente planteaba el recurrente, lo que se debe dilucidar aquí es si el acta de notoriedad aportada para intentar inscribir un exceso de cabida —aun cuando su magnitud sea muy superior a la vigésima parte de la cabida inscrita—, es simplemente el acta complementaria de título público a la que se referían los artículos 200 y 205 de la LH, y el 298 de su Reglamento (que son en los que el registrador fundamenta su nota de calificación), o por el contrario, se trata del acta de presencia y notoriedad regulada en el artículo 53.10 de la Ley 13/1996. A este respecto, de la documentación presentada resulta evidente lo segundo, pues, se incorpora el plano e informe técnico sobre la medición, superficie y linderos de la finca, y se han efectuado los trámites y actuaciones pertinentes conforme al artículo 203 de la LH. Al estar en presencia del acta regulada en el artículo 53.10 para la modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos, y siendo tal acta en sí misma un auténtico procedimiento integrado por diversos trámites legales y reglamentarios sucesivos, se acoge al primer inciso de la disposición transitoria de la Ley 13/2015, y por tanto, habiéndose iniciado su tramitación antes del 1 de noviembre de 2015, toda su tramitación, y también su calificación registral ha de regirse por la normativa anterior a dicha ley.

Resolución de 1-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Ávila, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ARTÍCULO 671 LEC

La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso y que ha sido objeto de estudio en la reciente resolución de 17 de junio de 2016, es si ejecutándose un crédito en cuya garantía se constituyó hipoteca sobre dos fincas registrales y adjudicándose una de ellas conforme al artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la cantidad «que se le adeuda por todos los conceptos» ha de entenderse referida dicha cantidad a la total que se le adeude en ese procedimiento de ejecución, con lo cual habría de dar carta de pago total, o si, por el contrario, cabe considerar dicha cantidad como la referida a la diferente responsabilidad

hipotecaria atribuida a cada finca de modo que tras dicha adjudicación pueda todavía quedar un remanente que se le siga adeudando al ejecutante.

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 671 LEC, cuando se trata de ejecutar la garantía de una sola finca, plantea menos problemas. Sin embargo, nada dice la ley en cuanto al criterio a seguir para fijar el valor de adjudicación cuando se solicita la ejecución de dos o más fincas, ni impone que este deba ser unitario, de forma que no hay objeción legal para que, si se ejecuta una hipoteca distribuida entre varias fincas, pueda pedirse la adjudicación por valores fijados siguiendo métodos diferentes, siempre que se cumplan, claro está, los mínimos legales. Es más, concurriendo la vivienda habitual con otras fincas o viviendas que no tienen esa condición la dicción del artículo 671 impone un trato diferente en orden a la fijación del precio de adjudicación. Con ese valor habrá de procederse al pago de lo que se le debe al ejecutante, de forma que si no hay acreedores posteriores no habrá sobrante respecto a esa finca, quedando saldada la parte del crédito garantizado con la hipoteca conforme al artículo 1860 del Código Civil, pero la fijación de dicho precio no implica la extinción de la deuda total adeudada, sino únicamente en lo referente a esta finca. Por último, debe tenerse en cuenta que si hubiese acreedores posteriores, si el valor de adjudicación excediese de las cantidades garantizadas con la hipoteca, que actúan como límite conforme al artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá ponerse a su disposición dicho exceso, porque el hecho de que el acreedor, en el ejercicio del derecho de opción que la ley le concede, elija uno u otro valor para que sirva como precio de remate de la subasta no impide que existiendo acreedores posteriores inscritos o anotados puedan estos ejercer sus derechos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ese Centro Directivo.

Resolución de 4-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Sabadell, número 4

APORTACIÓN A SOCIEDAD MERCANTIL: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL RM

La falta de acreditación de la liquidación del Impuesto de Plusvalía supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento.

En el expediente recurrido la registradora suspende la calificación, pero advierte de un defecto, lo cual es posible y admisible en aras de una mayor brevedad procesal. En cuanto a la necesidad de la previa inscripción en el RM derivada del artículo 383 del RH de una escritura de «subsanación de errores» que implica que determinados bienes inmuebles que fueron aportados en la constitución de una sociedad limitada, pasen a ser de nuevo de titularidad de la Iglesia Evangélica Gran Cosecha, por no haber sido socia de la mercantil, ni haber aportado dichos inmuebles, lo que supone evidentemente una despatrimonialización de la indicada mercantil, es necesaria dicha previa inscripción en el RM, tanto porque así se deduce de la interpretación del citado artículo, cuanto porque de no exigirlo se produciría una grave discordancia entre los Registros de la propiedad y mercantil, publicando un Registro una trasmisión dominical a favor de la Iglesia Evangélica Gran Cosecha y el otro la permanencia como socio de la sociedad de la que ya no realizó aportación alguna. Ello implicaría también una ficción en el capital social muy perjudicial para la confianza de los terceros en los asientos del RM.

Resolución de 4-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Vélez-Málaga, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de expedición de una certificación de titularidad y cargas dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, certificación que debe expedirse de conformidad con el artículo 688 en relación con el apartado 1 del artículo 656, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia. De la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y, el artículo 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de este,…», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios. La única restricción aplicable en estos supuestos sería la prevista en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley Concursal, cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

Por ello resulta fundamental que quede claramente establecida la condición del bien en cuestión, en este caso la finca hipotecada, como necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la calificación del registrador debe extenderse a la exigencia de dicha circunstancia. Ahora bien, hay que analizar si el hecho de que conste aprobado el convenio de acreedores, como sucede en este supuesto de hecho, modifica lo anteriormente expuesto. Se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal solo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito. Por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del

convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negocial acordada, circunstancia que podrá y ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo.

La vinculación del acreedor privilegiado al convenio exige dos presupuestos diferentes, sin producirse de manera automática por el solo hecho de la emisión del voto. Se requiere en primer término que el voto se haya emitido respecto de una propuesta presentada en junta, celebrada con la concurrencia preceptiva y aprobada por el juez, y en segundo término que del contenido del convenio resulten efectos respecto del crédito y del privilegio. No puede deducirse de la literalidad del artículo 123 que la sola aprobación del convenio modifique la situación del acreedor privilegiado y lo convierta en ordinario, por ello, cuando el convenio no contenga referencias específicas al respecto, su aprobación, pese a haber participado en la misma el acreedor privilegiado, no afectará al privilegio.

Resolución de 4-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Totana

HERENCIA: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE), núm. 598/2008 (Roma I). Aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de *opt out*, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sean Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante notaria española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento.

Ciertamente el artículo 21.1 del Reglamento 650/2012 dispone una norma de conflicto principal que determina que será ley aplicable la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, ley que será aplicable a la universalidad de la herencia, bienes muebles e inmuebles, incluso cuando no resulte ser aplicable la ley de un Estado miembro, dada la aplicación universal del Reglamento (arts. 20 y 23.1, *ex* 34). No obstante, la regla de la residencia no es absoluta. La «*professio iuris*», la elección de la ley de una de las nacionalidades que posea el disponente al tiempo de la realización de la disposición de última voluntad o del fallecimiento del causante, ha de reunir ciertos requisitos formales: debe hacerse expresamente y en forma de disposición «*mortis causa*» o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. No obstante, debe predicarse una interpretación flexible de su disposición transitoria —artículo 83— redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (*vid.* considerando 80). Por ello, si una disposición «*mortis causa*» se realizara antes del 17 de agosto de 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley

aplicable a la sucesión (art. 83.4). Y así puede entenderse de la disposición a favor solo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos.

Con la entrada en vigor del Reglamento de Sucesiones, en los casos en que este sea aplicable, el artículo 34 introduce una nueva regulación en materia de reenvío con diferente contenido y fundamentos a los recogidos en el artículo 12.2 del Código Civil. Así mientras el artículo 12.2 del Código Civil admite solo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el artículo 9.8 del Código Civil, el artículo 34 del Reglamento recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable. En el supuesto planteado en este expediente se está ante una elección anticipada de la ley aplicable conforme al artículo 83.4 del Reglamento 650/2012, supuesto excluido conforme al artículo 34.2 de la posible operatividad del reenvío previsto en el artículo 34.1 del mismo Reglamento, por lo que debe entenderse que la sucesión se rige por la legislación británica, sin que sea precisa la comparecencia en la partición de los descendientes del causante.

Resolución de 5-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Madrid, número 17

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN

En primer lugar, es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La cuestión es la de determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, este se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no solo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador.

La Dirección General de los Registros y del notariado, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en resolución de 1 de marzo de 2006, recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista

en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». De ahí, que en este supuesto, en que la legítima se paga con un legado de cuota, se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (*vid.* resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012, y 12 y 16 de junio, y 4 de julio de 2014). Esta misma doctrina ha sido mantenida en la resolución de 15 de septiembre de 2014 para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil).

Resolución de 5-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de A Coruña, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE ANEJOS

La doctrina y la jurisprudencia han resaltado el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo de algún elemento privativo. No resulta difícil considerar tal derecho de uso y disfrute como un derecho anejo a las viviendas en tanto en cuanto supone la vinculación «*ob rem*» de tal derecho a las viviendas, dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal.

Lo que se cuestiona es si establecida en los estatutos una cláusula que permite realizar toda clase de operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios, dicha cláusula autoriza a desafectar anejos. La desvinculación de los anejos respecto de los elementos independientes a que están vinculados «*ob rem*», supone en realidad un cambio de régimen jurídico, más que una simple modificación física de la configuración de la finca. Las particularidades físicas o constructivas de las terrazas, aun cuando podrán y deberán ser tenidas en cuenta por la comunidad de propietarios al adoptar los acuerdos que estime pertinentes, no alteran la conclusión de que no siendo tales terrazas privativas, sino comunes, y teniendo los estudios solo vinculado «*ob rem*» el derecho de uso exclusivo de tales elementos comunes, la alteración de tal vinculación no es propiamente una segregación de las que el propietario podría llevar a cabo por sí solo en aplicación de la cláusula estatutaria transcrita, sino una modificación que afecta al régimen jurídico de elementos comunes y que por tanto el preceptivo acuerdo de la comunidad de propietarios, como señala la registradora en su nota de calificación.

Resolución de 5-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Ourense, número 3

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN

Como cuestión previa, y sobre la primera alegación del notario recurrente, debe señalarse que es cierto que, como ya señaló la resolución de este Centro Directivo de 4 de agosto de 2014, para inmatricular una finca en la que existan determinadas construcciones, concurriendo defectos registrales que se opongan a la inscripción de tales edificaciones, los interesados pueden pedir la inscripción parcial, es decir, que se inmatricule la finca en tanto que porción de suelo, aunque se suspenda la inscripción de la edificación que exista en su interior. Pero tal posibilidad de solicitud de inscripción parcial ha de solicitarse por los interesados ante el registrador, no siendo el recurso ante esta Dirección General el cauce procedimental para ello.

Entrando en el fondo del asunto, ha de partirse de que el artículo 202 de la LH, tras su reforma operada por la Ley 13/2015, establece que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». En efecto, desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Y, desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, tal y como se ha expresado en el anterior fundamento jurídico. Y por último, no ha de olvidarse que la obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los registradores al Catastro en cumplimiento de la citada resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral.

Resolución de 6-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Burjassot

HERENCIA: PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO

El contenido del testamento se presume *iuris tantum* válido y eficaz, lo que en este concreto expediente supone que el hecho de que el testador no mencione que una hija suya fallecida previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de

probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Centrados en el supuesto de este expediente, siendo el testamento título sucesorio hábil y cumpliendo todos los requisitos formales, goza de una presunción «*iuris tantum*», que faculta a la única heredera llamada para otorgar por sí sola la adjudicación de la herencia. La sola mención en la escritura de partición, de que el causante tuvo una hija que le había premuerto, siendo que en el testamento no se mencionan descendientes de esta, implica la inexistencia de ellos salvo que se pruebe lo contrario, lo que no se ha producido.

Resolución de 6-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Bilbao, número 9

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 166.1.2 RH

Según el artículo 326 de la LH no pueden tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso los documentos aportados junto con el escrito de interposición a fin de acreditar la fecha del fallecimiento de la causante y la inexistencia de testamento, pues tal posibilidad queda vedada legalmente por el artículo 326 de la LH, además de que por tratarse de meras fotocopias carecen de autenticidad.

Si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es, para ello, imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero, la cual no está plenamente justificada por ser hijo del titular registral y presentarse certificación negativa del Registro de Actos de Ultima Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (cfr. art. 78 del RH), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el artículo 14 de la LH.

Resolución de 7-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Almuñécar

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la LH y resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de marzo de 2010, 26 de enero de 2011, y 20 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso la nota de calificación es totalmente insuficiente, pues no se expresa en ella los extremos del pacto resolutorio que han quedado indeterminados, sin que en el informe pueda subsanarse esta carencia, pues el recurrente no ha tenido posibilidad de contradicción. Esto no

obsta a que se pueda poner una nueva nota de calificación en los términos que resultan de esta resolución, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrirse por contradecir la exigencia legal de que la calificación sea global, unitaria y motivada (arts. 19 bis y 258 LH).

Resolución de 7-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Álora

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE RESTO EXISTIENDO SEGREGACIONES NO INSCRITAS

Como recuerda la resolución de 2 de diciembre de 2011, el artículo 47 del RH, conforme al cual los actos y contratos que afecten al resto de una finca, cuando no hayan accedido al Registro todas las segregaciones escrituradas, se practicarán en el folio de la finca matriz, haciendo constar en la inscripción la superficie sobre la que aquellos recaen, extendiéndose nota al margen de la inscripción de propiedad precedente de la superficie pendiente de segregación, es norma, introducida por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, por razones eminentemente prácticas (especialmente en los casos de múltiples segregaciones practicadas sobre una misma finca matriz objeto de parcelación, con restos que por estar destinados entre otros usos a viales resultan de muy difícil descripción perimetral), trata de evitar el cierre registral respecto del dominio del resto de una finca matriz cuando una o más segregaciones operadas sobre la misma todavía no hayan accedido al Registro, resto cuya descripción en tales casos no siempre se conocerá con certeza, salvo en lo relativo a su extensión, por no poder conocerse en tales casos cabalmente la precisa delimitación de la porción o porciones segregadas.

En el caso del presente expediente, en el que se pretende inscribir una escritura de compraventa recayente sobre el resto de finca resultante de segregaciones no inscritas, con la menor superficie resultante, es decir, solo una porción de una finca registral determinada, es evidente que tal porción de finca solo puede ser objetivada jurídicamente previa división de aquella originaria finca registral, y ello aun cuando a la porción ahora transmitida siga correspondiendo el mismo número de aquella registral, por convenir las partes en que la misma sea reputada como el resto de la originaria finca, y en tal sentido continúe el folio abierto a esta —*vid.* resoluciones de 16 de marzo de 2001 y 13 de junio de 2001. Por ello, deberá justificarse el cumplimiento de todas las exigencias legales en lo que se refiere a la formación de esta concreta nueva porción de finca que accede al Registro (sin que proceda entrar ahora a valorar la legalidad de todas y cada una de las operaciones que no hubieran accedido al Registro). Siendo por ello plenamente aplicables las normas que imponen la exigencia de título administrativo habilitante para inscribir divisiones o segregaciones, bajo la condición impuesta por la normativa andaluza de la presentación en el municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación, salvo que se justifique el requerimiento al notario autorizante para que envíe por conducto reglamentario copia autorizada de la misma al Ayuntamiento correspondiente.

En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es

objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 de la LH).

Resolución de 7-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Coria

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 13/2015

Debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre tal año), debe aplicarse la Disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Título VI de la LH iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior. De tal forma que la doctrina de este Centro Directivo contenida en la reciente resolución de 8 de febrero de 2016, que entiende aplicable tal norma a todos los documentos cuya presentación en los Registros de la Propiedad sea posterior a su entrada en vigor, debe excepcionarse en este supuesto por aplicación de la mencionada disposición transitoria única, debiendo por tanto ser de aplicación la norma contenida en el anterior artículo 201 de la LH y sus concordantes de la legislación de desarrollo. Por tanto, en virtud de la mencionada disposición transitoria, para «todos los procedimientos regulados en el Título VI de la LH, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior».

En cuanto al primero de los defectos, es uniforme la doctrina de este Centro Directivo al considerar que no cabe discutir sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes con la descripción del título cuando se trata de inmatricular la finca. En cuanto al segundo de los defectos apuntados, la descripción del inmueble objeto de inmatriculación de manera ambigua o no unívoca al contener dos medidas superficiales debe recordarse que todo título que pretende acceder al Registro debe, entre otros aspectos, incluir los datos precisos para extender el asiento de que se trate, cumpliendo de esta manera el llamado principio de especialidad o de determinación registral. Además de lo expuesto, sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento inmatriculador se haya realizado y deba calificarse conforme a la legislación anterior, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas; la inscripción que se practique ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la LH. Ello es así porque el modo de practicar los asientos y las circunstancias de estos debe ajustarse siempre a las normas vigentes al tiempo de extenderse, aunque el título sea calificado e inscribible según una legislación anterior (en nuestro caso, por mor de la disposición transitoria única de la Ley 13/2015 de 24 de junio). En particular, conforme al nuevo artículo 9.b), la inscripción en casos de inmatriculación debe contener la representación gráfica georre-

ferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices, circunstancia esta que no supone añadir ningún requisito nuevo a la documentación que es válida según la legislación anterior: dicha representación gráfica será necesariamente la catastral que ya debía aportarse conforme a la normativa vigente antes del 1 de noviembre de 2015 (apartado séptimo del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Esta representación gráfica determinará indubitadamente la superficie de la finca, que, como ha quedado señalado en el fundamento anterior, es coincidente con la expresada en el título quedando cumplida la exigencia legal de total coincidencia.

Resolución de 7-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro de la propiedad de Leganés, número 2

LEY 2/2009: APLICACIÓN A LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Es cuestión ya resuelta por este Centro Directivo, en relación a los artículos 327 de la LH y 117 de su Reglamento, que el recurso contra la calificación solo puede tener lugar, en observancia a los títulos presentados para dicha operación y en confrontación con la nota de valoración emitida por el registrador competente. Cualquier otro medio de prueba, no puede sino ser objeto de presentación ante ese mismo encargado, para, con toda la documentación a la vista, emitir un nuevo juicio.

Es objeto de este recurso resolver acerca de la necesidad de la previa inscripción en el registro público de empresas prestamistas en relación al cesionario de un crédito garantizado con hipoteca, cuando tanto transmitente como adquirente en dicha operación no son entidades de crédito. El uso verificado por la registradora consistente en la consulta al servicio colegial correspondiente, como ha tenido en consideración este Centro Directivo, incentivador de una correcta y completa evaluación del negocio presentado a calificación, ha revelado una cierta habitualidad del adquirente del préstamo en la operación de referencia, y esta circunstancia, apoya de manera suficiente la exigencia impuesta por el registrador, al exigir la previa inscripción en el registro de empresas prestamistas no financieras, aplicando de esta manera la normativa recogida en la Ley de 2009.

Si bien el articulado de la Ley de 2009 parece recoger una aplicación solo a operaciones de concesión de préstamos créditos, ello se hace con la intención de proteger al prestatario a la hora de configurar la operación en sí, intentando advertir abusos o imposiciones en el clausulado del contrato, por lo que, en la operación de la posterior cesión del contrato (máxime cuando el mismo se hace a los pocos días de la firma del contrato original) no deben decaer todas esas previsiones de salvaguarda en favor del prestatario, que resultarían igualmente aplicables. La circunstancia de la facilidad que se confirió a la cesión del crédito hipotecario, sin necesidad de autorización, y ni siquiera notificación al deudor cedido, tal y como resulta de los artículos 149 y 150 de la LH apoyan que la protección al consumidor no debe relajarse en ningún caso, sino, antes por contrario, extremarse, y extenderse a todos los supuestos en los que su posición jurídica contractual más débil pueda verse afectada, tal y como ocurre en el caso aquí planteado.

Resoluciones de 8-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registros de la Propiedad de Estella, número 1 y 2

CANCELACIÓN DE HIPOTECA: CADUCIDAD CONVENCIONAL

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la LH, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la LH.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas la cláusulas del contrato resulta que el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del «*dies ad quem*» son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida.

Resolución de 11-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Alicante, número 3

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA A LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Cabe plantearse si en el arrendamiento para uso distinto de vivienda cabía un pacto de renuncia a los derechos de tanteo y retracto, incluso en los contratos cuya duración pactada sea inferior a cinco años (art. 25.8, en su redacción original). La respuesta es, forzosamente, afirmativa, teniendo en cuenta la prelación de fuentes establecida en la ley arrendaticia, al regir en este aspecto la voluntad de las partes expresada en el contrato. En síntesis, en los arrendamientos de locales de negocio cabe que las partes excluyan este derecho cualquiera que sea la duración del contrato. Pues bien, aplicando este criterio al supuesto concreto, comprobamos que en el contrato de arrendamiento suscrito el 1 de agosto de 2012, en la estipulación décimo séptima, se establece que «la arrendataria renuncia de forma expresa: a) a los derechos de adquisición preferente a que hace referencia el artículo 31 en relación al artículo 25». Renuncia, por tanto, expresa, al precepto y al derecho que contiene, perfectamente válida por lo ya dicho, y que no admite duda alguna.

Centrándonos en el defecto alegado por el registrador relativo a la necesidad de que el arrendatario comparezca en el Registro, a efectos de ratificar la renuncia al derecho de adquisición preferente con el contrato de arrendamiento debidamente liquidado, debemos señalar que la Ley de Arrendamientos Urbanos no exige este requisito a efectos de inscribir una escritura de compraventa en el Registro de la propiedad cuando el arrendamiento no esté inscrito ya que si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente. Este criterio queda reforzado por el propio artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no exigir expresamente que se acredite dicha renuncia a diferencia con lo que ocurre con las notificaciones que señala el mencionado artículo en caso de venta de finca arrendada a efectos de los derechos de tanteo y retracto (art. 25.5). Tampoco se precisa que el contrato de arrendamiento esté previamente liquidado del impuesto, por cuanto no se pretende su inscripción, por lo que no es aplicable el cierre registral establecido en el artículo 254 de la LH.

Resolución de 11-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Nájera

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA A FAVOR DEL EJECUTANTE

Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véanse resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (arts. 1.875 del Código Civil, y 130 y 145 de la LH). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la LH, solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

En el ámbito de la ejecución extrajudicial ante notario, teniendo en cuenta las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución —generalmente el acreedor— y a falta de este por el deudor titular de la finca, este Centro Directivo ha sostenido la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca. En el ámbito de la ejecución judicial, sí es posible expedir la certificación de titularidad y cargas de procedimiento, por cuanto la expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. Esa necesaria inscripción de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien con anterioridad a la inscripción de la ejecución procesal o simultáneamente a esta, pero sin que la

legitimación registral derivada de la inscripción pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento.

Una vez sentada la doctrina de este Centro Directivo, en virtud de la cual no es inscribible el decreto de adjudicación, y la subsiguiente cancelación de cargas, si con carácter previo no se inscribe la hipoteca a favor del ejecutante— aunque fuera en la misma inscripción de la adjudicación, por el mecanismo del tracto abreviado—, procede entrar en el fondo del asunto, es decir, el soporte documental necesario para que la transmisión del derecho real de hipoteca acceda al Registro de la propiedad. El decreto judicial no altera el carácter privado del documento que menciona y en base al cual entiende justificada la sucesión procesal en la ejecución hipotecaria, pues como dice el registrador acertadamente, se limita a acreditar haberse estimado la legitimación procesal pero si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de un derecho real de hipoteca que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la propiedad.

Resolución de 11-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Punta Umbría

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO

La primera cuestión que se discute es la relativa a los requisitos une han de concurrir en los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar, a estos efectos, los asientos de otros Registros de la propiedad a través del «Servicio de Interconexión entre los Registros») y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter

(por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. En este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en los diferentes Registros de la propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. Ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. La segunda cuestión que se plantea es si son exigibles estos requisitos a operaciones de cesión de préstamos hipotecarios. Es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (ver arts. 7 y 14.1.a) de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

En cuanto a la ausencia del cumplimiento de los requisitos del primer grupo, es decir, la inscripción con carácter previo al inicio del ejercicio de su actividad del prestamista profesional en el Registro público especial que corresponda (art. 3 de la Ley 2/2009), y de contratación previa a tal inscripción de un seguro de responsabilidad civil o de un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios (art. 7 de la Ley 2/2009); según el artículo 9.2 de la ley de referencia, su incumplimiento será considerado infracción muy grave, aplicándose lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normativa complementaria. Por lo que en tales

casos el defecto debe considerarse subsanable. Por lo respecta al segundo grupo de defectos, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, y 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, ha sentado la doctrina acerca de que la contratación con condiciones generales constituye una categoría contractual diferenciada de la contratación negocial individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden, especialmente al reforzamiento de la información. En consecuencia, en cuanto su cumplimiento es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados, su omisión puede afectar a la validez del contrato de adhesión de préstamo hipotecario.

Resolución de 11-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Fuenlabrada, número 3

SENTENCIA DICTADA EN JUICIO ORDINARIO: REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencia relacionadas en «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del RH permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial. La consecuencia de la dicción del artículo 40 de la LH lleva necesariamente a considerar que aun cuando, como defiende el recurrente y alega el magistrado, no fuera necesaria la declaración de validez de los títulos intermedios, conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo en relación con las sentencias declarativas cuyo objeto es reanudar el tracto interrumpido, por tratarse de una rectificación registral, es innegable la necesidad de intervención del titular registral o de sus herederos. Y esta necesidad tiene su justificación en el principio del tracto, entendido cono concatenación de titularidades respecto a un concreto derecho, que es exigible siempre constituyendo un principio informador de nuestro sistema hipotecario. A este respecto debe señalarse que acreditada la condición de herederos en el procedimiento, no puede el registrador cuestionar la legitimación procesal cuya apreciación corresponde al órgano judicial.

Procede la negativa a la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no se acredita, como en este caso, que hayan intervenido todos los titulares registrales de derechos, ni resulta determinado el título de adquisición de don F. E. E. P., no pudiendo admitirse en tal sentido como tal el allanamiento como un reconocimiento de derecho que a nadie perjudica pero que no tiene encaje en nuestro sistema de transmisión del dominio eminentemente causalista, ni en el sistema registral español que exige títulos perfectos no claudicantes, así como —desde la perspectiva no solo formal sino también material— un acreditado tracto sucesivo (arts. 20 y 33 de la LH),

ya que precisamente para evitar una transmisión abstracta basada en el mero reconocimiento del dominio por consentimiento de las partes, se requiere una resolución judicial resultante de un procedimiento donde no solo se dé oportunidad de oposición a los demandados sino del que resulte probado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para el pronunciamiento favorable a las pretensiones del demandante, lo que en este caso no se ha producido.

Resolución de 12-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de Arona

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO

En nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. arts. 20 —especialmente el párrafo último, adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre— y 40 de la LH), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la LH). Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de embargo —al igual que la de demanda o de prohibición de disponer, como medidas cautelares— debe practicarse siempre que la acción se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse —según los casos— cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona. La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital —por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas— por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la LH), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva.

En conclusión, no puede anotarse en el Registro de la propiedad el embargo ordenado por un juzgado en procedimiento de ejecución ordinaria sobre fincas inscritas a favor de una sociedad mercantil no demandada, distinta de la persona contra quien se sigue el procedimiento, con la simple constancia en el mandamiento —que no contiene expresamente afirmación alguna de levantamiento de velo societario— de que dichas personas físicas son «propietarios de Supermercados Felipe». Por lo que debe confirmarse la nota de calificación, pues lo impide el principio de tracto sucesivo contenido en el artículo 20 de la LH, trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva antes referido.

Resolución de 12-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro de la propiedad de El Puerto de Santa María, número 2

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: CONCEPTO Y ALCANCE

Como señala la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 17 de marzo de

2011, la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende destinar el terreno a su uso y destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que se lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población. Por tanto la parcelación urbanística no exige, la división física o material de la finca en lotes o parcelas a través de los actos constructivos; sino que basta para entender que la misma se ha producido con que se asignen cuotas pro indiviso de un terreno que den lugar a diversos titulares a los que correspondería el uso individualizado de una parte de terreno, como sucede en el caso de que se enajenen participaciones de la finca, a través de sucesivos contratos de compraventa, identificadas mediante su equivalente en metros cuadrados de la misma hasta alcanzar la totalidad de su superficie permitiendo de este modo que cada adquirente pudiera hacerse con el exclusivo y excluyente uso y disfrute de una parte de la finca, materializándolo a través de su cerramiento perimetral. Pero tampoco la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

En el presente caso el registrador basa únicamente su calificación negativa en la transmisión de una cuota indivisa de finca no urbanizable que no consta previamente individualizada en el Registro, debiendo señalarse a este respecto que la transmisión se efectúa por título de herencia a los dos únicos herederos que se la adjudican por mitad y pro indiviso como los restantes bienes hereditarios. De este solo hecho no cabe deducir indicio alguno del que pueda extraerse la sospecha de una posible parcelación. Tampoco cabe apreciar aquí los indicios que señala el registrador en su informe, relativos a la descripción catastral de la finca y a la existencia de una construcción, que data según el Catastro de 1984, dado que no se han puesto de manifiesto oportunamente en la nota de calificación. Todo ello sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios que los que están al alcance del registrador, pueda estimar la existencia o no de una parcelación ilegal.

Resolución de 13-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de A Coruña, número 2

DERECHO CIVIL GALLEGO: PACTO DE MEJORA SOBRE BIENES DE LA SOCIEDAD POSTGANANCIAL

Entre los pactos sucesorios expresamente admitidos en el artículo 209 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se encuentran los llamados pactos de mejora regulados en los artículos 214 a 218 de la misma Ley. Con fundamento en el artículo 214, el pacto de mejora se define como aquel

pacto sucesorio que constituye un sistema específico de delación de la herencia (art. 181.2) en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, los ascendientes, convienen la atribución de bienes concretos y determinados en favor de un hijo o descendiente. Cuando el pacto de mejora no vaya acompañado de la entrega de presente de los bienes, la transmisión del dominio al adjudicatario o mejorado se produce tras el fallecimiento del mejorante (art. 217), momento en que tiene lugar la apertura de su sucesión. Los artículos 205 a 207, aunque referidos a las disposiciones testamentarias, son aplicables, por analogía, a las disposiciones realizadas mediante pactos sucesorios que no conlleven la entrega de presente de los bienes por cuanto que, como ya se ha indicado, estos pactos tienen una eficacia traslativa diferida al momento de fallecimiento del disponente. Ante la ausencia de norma expresa que regule la materia y con fundamento en la identidad de razón que existe entre uno y otro caso (art. 4.1 del Código Civil) debe considerarse más ajustado a Derecho entender que las consideraciones anteriormente expuestas sobre el pacto de mejora son también aplicables cuando se trate de disposiciones que recaen sobre bienes pertenecientes a la comunidad postganancial indivisa («*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*»). Esta es también la solución que en Derecho común ha mantenido el Tribunal Supremo (sentencias de 11 de mayo de 2000 y 28 de mayo de 2004) y esta Dirección General (resolución de 10 de diciembre de 2012) reconociendo la validez de un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial surgida tras la disolución del matrimonio.

Resolución de 13-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Castropol

HERENCIA: LLAMAMIENTO SUJETO A CONDICIÓN

Ha dicho este Centro Directivo en resolución de 30 de abril de 2014, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. En este caso, no hay designación de albaceas ni contadores-partidores por lo que la única interpretación extrajudicial que se desprende de la voluntad del causante es la que hagan los herederos instituidos. En consecuencia, al menos deberían ser citados al acta de notoriedad en la que se determina «el cumplimiento exclusivo de otros herederos», puesto que este determina también su incumplimiento y exclusión como herederos.

El artículo 80.2 del RH, determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad. El defecto debe ser confirmado, pues el artículo 209 del Reglamento notarial determina

en su apartado 2.2 que «en el caso de que fuera presumible, a juicio del notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho.

Resolución de 14-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Valencia, número 1

PUBLICIDAD FORMAL: NOTA SIMPLE LITERAL

Tiene este expediente por objeto la solicitud de expedición de una nota simple literal de determinada finca registral. Dicha solicitud ha sido realizada por una abogada que, en nombre de la titular registral, hace la petición. Alega como interés legítimo el hecho de que su representada no tiene la escritura por la que adquirió la propiedad de la finca. En relación con el caso objeto de este expediente hay que recordar lo establecido en el artículo 332.3 del RH. Es decir, se presumen que ostentan la representación de las personas por cuyo encargo manifiestan actuar, pero sin que ello signifique que no deban especificar el interés legítimo que justifica la solicitud, interés que ha de ser calificado por el registrador. Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del RH a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta, que debe ser acorde con la finalidad del Registro, tal y como dispone el propio precepto legal invocado en su inciso final. Solo se presume el interés, conforme al artículo 221 de la LH, respecto de «toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo», y el recurrente no se encuentra en ninguno de dichos supuestos. La solicitud se justifica «por no tener la escritura de propiedad», por lo que el mandato recibido de la titular parece referido exclusivamente a la inscripción que motiva la escritura de propiedad. Como se ha dicho en el apartado anterior ninguna dificultad existe en proporcionar a la titular registral nota simple literal si así lo solicita el interesado; pero en el presente caso, parece que el mandato se refiere exclusivamente a la inscripción de dominio «…por no tener la escritura de propiedad».

Resolución de 14-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Alcántara

CALIFICACIÓN REGISTRAL: EXPRESIÓN DE SU FECHA Y NOTIFICACIÓN. ACTA DE NOTORIEDAD DE RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS

El artículo 18 de la LH después de afirmar que el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de

presentación, señala que el registrador en la calificación negativa deberá expresar inexcusablemente la fecha de la calificación negativa a los efectos del cómputo del plazo de quince días. No puede apreciarse extemporaneidad en la interposición del recurso tal y como alega el registrador en su informe, ya que el plazo para su interposición, para lo que está expresamente legitimado el notario autorizante (letra b del art. 325 de la LH), es de un mes y se computa desde la fecha de la notificación de la calificación (párrafo segundo del art. 326 de la LH), notificación que solo consta haberse realizado el 30 de mayo de 2016, tras requerimiento al efecto efectuado por esta Dirección General, una vez ya interpuesto el recurso. No obstante, como indica la meritada resolución de 25 de abril de 2016, «la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución queda cumplida mediante la interposición del recurso pues la notificación defectuosa por falta de plazo no produce otro efecto que admitir la posibilidad de interponer el recurso cuando se tenga por conveniente, aunque no indefinidamente. En la práctica ello supone que no corren los plazos para interponer el recurso o realizar cualquier otra actuación procesal y que serán admisibles cualquiera que sea la fecha de presentación por el interesado. Evidentemente la posibilidad de impugnar no se puede extender hasta el infinito y tiene sus límites derivados de los principios de seguridad jurídica y de buena fe (pueden verse sobre esta cuestión las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero y de 17 de noviembre de 2008)».

Al haberse iniciado la tramitación del acta de notoriedad el 29 de septiembre de 2015, resulta de aplicación la norma contenida en el artículo 53.diez de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, el artículo 203 de la LH conforme a la redacción anterior a 1 de noviembre de 2015 y sus concordantes de la legislación de desarrollo. Como es doctrina reiterada de esta Dirección General (resoluciones de 5 de marzo de 2012 y 5 de septiembre de 2014), la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por último, en cuanto al defecto quinto de la nota relativo a la falta de aportación de plano a la misma escala que obre en el catastro, el apartado diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, contempla este requisito, si bien debe destacarse que el plano exigido por el precepto es un plano de situación sin que se exija una verdadera representación gráfica, como, por ejemplo, se precisa en los procedimientos para la rectificación de descripción regulados en la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Resolución de 14-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Aoíz, número 1

DERECHO NAVARRO: FIDUCIA *CUM CREDITORE* Y PACTO COMISORIO

Es indiscutible la admisión de la fiducia «*cum creditore*» en Derecho navarro. La Ley 466 del Fuero Nuevo así lo prevé. Además cabe añadir a la pura fiducia un pacto comisorio, plenamente admitido por el legislador navarro en este caso, a diferencia de lo que ocurre en Derecho común (art. 1859 del Código Civil). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el pacto comisorio no es de esencia de la fiducia en garantía, puede existir o no. Ahora bien, que sea plenamente admisible en el Derecho navarro la fiducia «*cum creditore*» y el pacto comisorio,

no significa que, existiendo oposición por parte del deudor, dichas garantías tengan plena eficacia automática en el ámbito extrajudicial. Hay que significar que para que surtan eficacia dichas garantías se exige como primera premisa, que el deudor haya incumplido su obligación. En este sentido, existiendo oposición por parte del deudor respecto del hecho del incumplimiento, compete a la autoridad judicial declararlo así. En este sentido, formulada oposición por el deudor, deberá el acreedor acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos del comiso, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (STS de 21 de septiembre de 1993, en relación con el pacto comisorio regulado como excepción a la regla general prohibitiva en el art. 1504 del Código Civil), que frustre el fin del contrato por la conducta del deudor, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta.

Resolución de 14-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Álora

INSCRIPCIÓN PARCIAL: REQUISITOS. SERVIDUMBRE: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Como ya señaló la resolución de 18 de abril de 1994 «el registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (…) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública». Añade la resolución de 13 de febrero de 2012 que debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9 de la LH, y 51.6 del RH), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes. En el supuesto de este expediente, en la escritura se constituye una única servidumbre fijando como propósito la extracción de aguas del predio sirviente a favor de la dominante con la finalidad de satisfacer la necesidad de abastecimiento de este último. Dicha servidumbre se configura de modo complejo integrando diversas facultades de carácter jurídico-real que se atribuyen al titular del predio dominante, que si bien pudieran tener entidad para constituir servidumbres independientes, no quedan determinadas de tal modo en el título, en cumplimiento del citado principio de especialidad. En contra de lo que afirma el recurrente, no contiene el documento la constitución de cuatro derechos reales de servidumbre distintos, sino uno solo, resultando improcedente practicar la inscripción parcial pretendida, puesto que todas ellas tienen como causa única la saca-extracción de agua de la finca que constituye el predio sirviente y por medio del acueducto ser traslada al predio dominante, lo cual queda sujeta a la correspondiente autorización administrativa.

Resolución de 15-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de San Fernando de Henares

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN

En primer lugar, debe admitirse que, como señala la recurrente, se trata de un documento administrativo, expedido y autorizado por una autoridad administrativa (alcaldesa-presidenta de un Ayuntamiento) investida de las facultades para ello, y que lo es también la certificación expedida por la secretaria del Ayuntamiento dando fe del contenido del Acuerdo del Pleno de 9 de junio de 2014, por lo que desde un punto de vista formal puede tener acceso al Registro de la propiedad por así disponerlo el artículo 3 de la LH. Respecto al contenido del acuerdo plenario, esto es, acuerdo de inicio de un procedimiento de recuperación de oficio de un bien público, no queda claro en la certificación municipal, si lo que se pretende es la recuperación de la posesión o la recuperación del dominio, si bien parece esto último. Si la pretensión del Ayuntamiento fuera la recuperación de la posesión, como tiene declarado este Centro Directivo, la clara dicción del artículo 5 de la LH, «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles», supondría una excepción a los artículos 1 y 2.1.º de la misma Ley, por lo que es evidente, en consecuencia, que la posesión, y las acciones dirigidas a su tutela, no acceden a los libros del Registro —resoluciones de 19 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2013, entre otras— Si, en definitiva, lo que se pretende es la recuperación del dominio, como parece deducirse del recurso al que se anexa el escrito de demanda incidental en ejercicio de la acción declarativa de dominio y rectificación registral, presentado en el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, lo procedente es que se solicite, junto con la demanda, su anotación preventiva. En esta hipótesis, de acuerdo con el apartado primero del artículo 43 de la LH «…no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador». Consecuentemente con lo expuesto, bien se pretenda la recuperación posesoria, bien la recuperación dominical, es correcta la actuación de la registradora de denegar el asiento de presentación solicitado, de acuerdo con los anteriores fundamentos de Derecho.

Resolución de 15-7-2016
(*BOE* 15-8-2016)
Registro de la propiedad de Villacarrillo

HIPOTECA: CLÁUSULA SUELO A TIPO CERO

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por

tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.* resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Registro mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro mercantil de Burgos

APORTACIÓN SOCIAL. DISTINCIÓN ENTRE DINERARIA Y NO DINERARIA. CONSENTIMIENTO DEL APORTANTE

Existe una esencial diferencia entre las aportaciones dinerarias y no dinerarias o en especie (en estas últimas están incluidas como subcategorías la aportación de derechos de crédito —artículo 65 LSC— y la compensación de créditos como modalidad singular de aumento de capital —art. 301 LSC—). En las aportaciones dinerarias se establece la necesidad de informe de experto en las sociedades anónimas (art. 67 LSC) y se establece un régimen de responsabilidad en las limitadas (art. 73 LSC) para los fundadores, los socios e incluso para los adquirentes de participaciones desembolsadas con aportaciones no dinerarias, de la realidad de la aportación y del valor que se le haya atribuido en la escritura. Por ello se exige que se determine la numeración de las acciones o participaciones atribuidas en pago de cada una de las aportaciones no dinerarias y en los aumentos de capital que se determine la identidad de las personas a las que se hayan adjudicado las

participaciones (art. 200 RRM). Pero ya se trate de una aportación dineraria o no dineraria, en todo caso estamos ante un contrato o negocio jurídico (en el caso de un aumento por compensación de créditos entre el socio o futuro socio acreedor y la sociedad) que requiere el consentimiento de los contratantes, que puede ser tácito al votar a favor del acuerdo.

Para compensar un crédito contra la sociedad es necesario el consentimiento del acreedor afectado por la compensación, que debe tener la necesaria capacidad o, en caso de carecer de ella, debe ser completada conforme a Derecho. Pero es responsabilidad del presidente de la junta comprobar debidamente y conforme a derecho si los socios que concurren representados lo están debidamente y, en caso de que en alguno de ellos concurra causa de incapacidad, si se ha dado cumplimiento a las normas legales que la regulan. Del artículo 234 del Código de Comercio se deduce que la falta de representación de un menor o incapaz en la junta general de una sociedad mercantil no va a perjudicar a terceros y que, por tanto, el registrador no puede entrar en su consideración. No es necesaria la comparecencia en la escritura de los suscriptores de las acciones o de quienes asuman las participaciones, debiendo practicarse en todo caso la inscripción en el Registro mercantil del acuerdo de ampliación por lo que resulte de la certificación del acta, quedando sometida su impugnación a las reglas generales de la ineficacia de las obligaciones mercantiles y del contrato de sociedad mercantil.

Las funciones de un defensor judicial son las asignadas específicamente por el juez, constituyendo una extralimitación en la calificación objetar una supuesta incongruencia de la parte dispositiva de la resolución judicial respecto del *petitum*.

Resolución de 14-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro mercantil de Palma de Mallorca, número II

OBJETO SOCIAL. EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA

Las empresas de seguridad privada, para la prestación de sus servicios, deben obtener autorización administrativa y se inscriben de oficio en el registro administrativo correspondiente, el Nacional del Ministerio del Interior o el de la CA a cuyo ámbito limite la empresa su actuación. La declaración sobre el ámbito de actuación debe hacerse al solicitar la autorización administrativa, a la que debe acompañarse copia de la escritura de constitución y certificado de la inscripción.

En ninguna norma se exige que en la escritura o la inscripción conste el ámbito territorial de actuación. La sociedad puede actuar en todo el territorio del Estado salvo que expresamente se limite el ámbito a la Comunidad en que radique su domicilio social. Si se pretende limitar el ámbito debe constar no solo en el registro administrativo sino también en la escritura e inscripción en el Registro mercantil.

Las empresas de seguridad deben tener por objeto exclusivo todas o algunas de las actividades a que se refiere el artículo 5.1, de la Ley 5/2014 (excepto la h], que está reservada a los despachos de detectives). Aunque pueden desarrollar otras que se especifican y declaran compatibles en el artículo 6 de dicha Ley. No son admisibles en consecuencia actividades como «actividades de los centros de llamadas», «telecomunicaciones por cable» e «instalaciones eléctricas», puesto que, como la delimitación del género comprende todas sus especies, debe en-

tenderse que esas expresiones incluyen algunos servicios y actividades que no se encuentran entre las delimitadas por la normativa sectorial aplicable.

Resolución de 15-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro de Bienes Muebles de Madrid XVII

PRENDA. LICENCIA DE FARMACIA

La reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento efectuada por Ley 41/2007, de 7 de noviembre permite la pignoración de derechos que corresponden a los titulares de licencias, contratos, autorizaciones o subvenciones, que nacen de una relación jurídica de Derecho público, en la medida en que sean enajenables. Cabe, por tanto, la pignoración de una licencia de farmacia (en rigor de los derechos de explotación derivados de la licencia) siempre que se acredite su titularidad y sea transmisible, así como su inscripción en el RBM pues, ante la falta de ostentación de la posesión por el titular, la publicidad de la prenda es no solo posible, sino conveniente y podría decirse que cuasi constitutiva.

En el supuesto analizado, se aplica la legislación de la Comunidad de Madrid (Ley 19/1998 de 25 de noviembre) que, a diferencia de otras legislaciones autonómicas, permite la constitución de garantías reales sobre la autorización de la oficina de farmacia sin otro requisito que el conocimiento de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. Y se concluye que la prenda de la licencia de farmacia puede separarse del establecimiento mercantil en que se concreta cuando se procede a su apertura, sin que ello implique infracción del artículo 55 de la LHMPSD que veta la posibilidad de pignorar bienes o derechos que deberían ser objeto de hipoteca. Se apunta la conveniencia de que por un libro auxiliar o por el sistema informático del Registro se almacene la información para que, en caso de hipoteca del establecimiento mercantil, se respete la prioridad de la prenda constituida sobre la licencia de farmacia.

Esta resolución de la DGRN se relaciona con la siguiente resolución de Consulta formulada sobre la forma de proceder en la pignoración de licencia de farmacia de 18 de julio de 2016. De dicha resolución resulta:

Se trata de un supuesto de doble folio. Se inscribe la prenda en el folio abierto o que se abra a la licencia. Si existe folio ya abierto a la oficina de farmacia se hace constar la prenda por nota marginal. Si no lo hay es aconsejable hacer constar en la inscripción de la prenda que no se ha extendido dicha nota por no constar previamente inscrita la oficina de farmacia.

En caso de expedición de certificación de cargas por ejecución de la garantía, se practica nota al margen solo respecto del bien ejecutado (licencia u oficina) y se hacen las comunicaciones solo a los titulares de cargas posteriores que figuren en el folio de aquel.

En la publicidad formal sobre la oficina de farmacia debe hacerse constar la prenda existente sobre la licencia. Si se solicita certificación solo de las cargas posteriores, solo se harán constar las del otro folio cuando sean posteriores.

En caso de remate:

Si lo que ejecuta es prenda de licencia posterior a las que pudiera haber sobre la oficina o si no hubiera ninguna, solo se hace constar sobre dicho bien. El otro permanece inmutable.

Si se ejecuta prenda de licencia anterior, se hace constar en ambos folios.

Si se ejecuta hipoteca o embargo sobre el establecimiento mercantil (la oficina incluyendo la licencia) anterior a la prenda, ello conlleva la cancelación de esta y se hace constar en ambos folios.

Resolución de 16-6-2106
(*BOE* 21-7-2016)
Registro mercantil de Madrid, número II

CALIFICACIÓN. NORMAS ESTATUTARIAS YA INSCRITAS

Se trata de una modificación de objeto social por la que se añaden actividades a las ya inscritas. Respecto de las actividades del objeto social que se añaden a las preexistentes, el registrador debe calificar si se ajustan o no a la legislación vigente. Y respecto de las incluidas en los estatutos iniciales, debe tenerse en cuenta que, aun cuando figuren inscritas, también debe calificar si se acomodan o no al nuevo marco jurídico derivado de la reforma legal posterior que las pueda haber dejado inaplicables en cuanto estuvieran en contradicción con sus determinaciones.

No cabe invocar la presunción de validez del acto inscrito para limitar la calificación respecto de aquellas reglas estatutarias que no experimentan variación en relación con su contenido registral. Tal presunción ya no puede operar, puesto que existe ahora una declaración de voluntad social de que se consideran acomodadas al nuevo marco jurídico.

Resolución de 17-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro mercantil de Palma de Mallorca, número II

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN

Debe distinguirse entre la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. En el supuesto de Consejo de Administración, las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del Colegio de administradores) y en los estatutos debe regularse su sistema de retribución. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) es una función adicional que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el Consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro y cuya retribución no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del Consejo con el consejero.

En los casos de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones, especialmente las ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos. Si desempeñan funciones extrañas al cargo

no es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios, contrato laboral común, etc.). Pero no cabe un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso serían funciones coincidentes con las inherentes al cargo.

En consecuencia, en el caso debatido se admite la cláusula estatutaria que establece el carácter gratuito del cargo de administrador y el remunerado del Consejero Delegado mediante la formalización del contrato correspondiente. Así como la previsión de que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios pues ello se ajusta a la exigencia legal (art 249.4 i] f] LSC) de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Resolución de 20-6-2016
(*BOE* 21-7-2016)
Registro mercantil de Almería

AUDITORES. AUDITOR DESIGNADO CON CARÁCTER VOLUNTARIO

En este caso la designación puede hacerse en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio a auditar. También puede fijarse libremente el plazo o ejercicios para los que se hace el nombramiento. Pero este dato debe constar siempre en el acuerdo. Su falta de concreción no puede suplirse con una certificación del administrador determinando los ejercicios a auditar pues dicha certificación ha de ser reflejo del acta de la junta.

Resolución de 23-6-2016
(*BOE* 27-7-2016)
Registro mercantil de La Rioja

TRANSFORMACIÓN. SOCIEDAD CIVIL. NIF PUBLICACIONES

En la transformación de una sociedad civil en sociedad limitada debe aportarse el NIF correspondiente a la nueva forma social asignado por la Administración Tributaria. El NIF es invariable cualesquiera que sean las modificaciones que experimente la entidad salvo que cambie su forma jurídica o nacionalidad. (arts. 86.2 y 216 RRM, 22.1 y 24.2 Real Decreto 2007, 1065).

En cuanto a la obligación impuesta por el artículo 14 de la Ley 3/2009 de publicación del acuerdo de transformación en el BORME y en Diario o comunicación individual del mismo no es necesaria respecto de los socios si el acuerdo es adoptado por unanimidad de todos ellos, como es el caso. En cuanto a los acreedores, esa publicación tiene el efecto de mera publicidad noticia, pues no confiere un derecho de oposición. En este caso de transformación de sociedad civil en limitada se produce un cambio de sistema de responsabilidad. Se trata de un mecanismo de publicidad al que no ha alcanzado la política de simplificación del Derecho de sociedades que ha emprendido la unión Europea y, por ello, debe interpretarse atendiendo a la realidad social y legislativa actual. De esta forma, si en la escritura de transformación el administrador o persona facultada para elevar a público el acuerdo manifiesta que ha realizado la comunicación individual a cada uno de los acreedores o manifiesta que no existen, no será necesario

acreditar la publicidad. En el supuesto analizado tampoco se considera necesario puesto que comparecen los tres socios que aprueban el balance del que resulta la inexistencia de acreedores.

Resolución de 4-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro mercantil de Valencia III

ACUERDOS SOCIALES. DECLARACIÓN DE NULIDAD

La resolución repasa sentencias del TS de 23 de febrero y 18 de octubre de 2012 y resolución del propio Centro Directivo de 30 de mayo de 2013, sobre la posible convalidación de acuerdos sociales declarados nulos y declara que no cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato, pues la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de seguridad jurídica y el de seguridad del tráfico.

La convalidación tiene efectos «*ex tunc*» con independencia de la conducta procesal de las partes, y en ese sentido han discurrido las novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (art. 204.2 LSC), que acaba con la distinción ente acuerdos nulos y anulables, de modo que ahora solo se contemplan acuerdos impugnables, unificando el plazo de la acción en un año (salvo los contrarios al orden público para cuya impugnación la acción no caduca ni prescribe). Es posible por tanto la convalidación y regularización de determinados acuerdos a los que afectó la nulidad de una junta general, todo ello en aras del principio de estabilidad o conservación de los efectos de los acuerdos sociales de gestión, pues impedir la renovación o regularización de estos acuerdos podría tener consecuencias perjudiciales para los derechos adquiridos por socios y terceros, más aún, vigente un nuevo marco legal que ofrece unas posibilidades incluso mayores de sanación, redundando a favor de la seguridad del tráfico.

Resolución de 7-7-2016
(*BOE* 9-8-2016)
Registro mercantil de Burgos

CIERRE REGISTRAL. DEPÓSITO DE CUENTAS. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. TÍTULO PREVIO

La resolución de 20 de septiembre de 2001 admitió la inscripción de una escritura de disolución con simultánea liquidación y extinción de la sociedad, faltando los previos depósitos de cuentas, a pesar de no ser uno de los actos excepcionados del cierre registral, puesto que una vez realizada la liquidación carece de razón condicionar el reflejo registral de la extinción de la sociedad al cumplimiento de una exigencia prevista para la situación en que la sociedad se encuentre viva. El mismo razonamiento se aplica al caso ahora contemplado en el que con carácter previo a la inscripción de la disolución y liquidación debe practicarse la de un aumento de capital. Aunque el cierre del RM por falta del

depósito de cuentas se aplica a la ampliación de capital, debe exceptuarse el caso en que sea título previo para la inscripción de otro título posterior para el que no se produce el cierre.

Resolución de 1-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Madrid, número XIX

ANOTACIÓN DE DEMANDA. MEDIDAS CAUTELARES

La legislación mercantil se remite en materia de impugnación de acuerdos sociales a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 207 y 208 LSC), que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares con la finalidad de asegurar las resultas del procedimiento.

Entre dichas medidas expresamente se contemplan la anotación preventiva en el Registro de la demanda, así como la suspensión de eficacia de los acuerdos impugnados (art. 727 LEC), e incluso «órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (art. 726.3).

Por su parte, el Reglamento del Registro mercantil contempla tanto la mera anotación preventiva de demanda, como aquella en la que, además, se acuerda la suspensión de los acuerdos impugnados (arts. 155 a 157).

A diferencia de la anotación preventiva de demanda cuya eficacia se limita a garantizar la inscripción de la resolución que se adopte en perjuicio de eventuales terceros, la anotación de la medida cautelar que contiene orden de suspensión cierra el Registro a cualquier pretensión de inscripción de los acuerdos suspendidos o de los que de ellos traigan causa. La eficacia de la anotación no solo se proyecta hacia adelante, hacia los asientos que se puedan producir con posterioridad, sino que también impide, para el caso de que los acuerdos suspendidos hayan llegado a inscribirse, que acceda a los libros del Registro cualquier acto del que deriven.

En este caso se ordena la suspensión de acuerdos de junta general y entre ellos el de traslado de domicilio. Posteriormente acuerda ese traslado el consejo de administración como órgano competente, por lo que en principio podría entenderse que este acuerdo sería inscribible. Pero el juez ordena expresamente «… que se abstengan de inscribir los acuerdos suspendidos y de tramitar el cambio de domicilio de la sociedad a la provincia de Madrid y apercibiendo al Consejo de Administración… de la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución de los acuerdos suspendidos…» entendiendo que la deslocalización del domicilio de la sociedad pudiera ocasionar daños difícilmente reparables a los socios impugnantes. Por ello se considera correcta negativa a practicar la inscripción.

Resolución de 5-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Madrid, número VII

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO

Conforme a la postura actual tanto del Tribunal Supremo como de la DGRN, el cómputo del plazo relativo a la antelación con que debe hacerse la convocatoria de junta general debe llevarse a cabo teniendo en cuenta como día inicial el

correspondiente al de publicación del anuncio, excluyéndose el de la celebración de la junta.

La infracción relativa al plazo previo de la convocatoria está expresamente excluida de la posibilidad de impugnar acuerdos por infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley (art. 204.3 LSC). Y, en el supuesto contemplado, al haberse adoptado el acuerdo el 50% del capital social, no cabe la posibilidad de que todos los socios hubieran decidido celebrar válidamente la junta general a pesar de la indicada infracción.

Resoluciones de 6-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Pontevedra, número II

CONCURSO DE ACREEDORES. AUDITORÍA DE CUENTAS

A pesar de la declaración de concurso sigue manteniéndose la obligación de someter las cuentas a auditoría, sin que ni siquiera exista, como ocurría en la redacción original del artículo 46 de la Ley Concursal, la exención en el primer ejercicio en estado de concurso.

Reitera doctrina anterior, en el sentido de que no es cierto que una vez abierta la fase de liquidación decaiga la obligatoriedad de auditar las cuentas. Por el contrario, subsiste la obligación de auditoría de las cuentas en fase de liquidación, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro mercantil.

Resolución de 8-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Badajoz

REDUCCIÓN DE CAPITAL. PÉRDIDAS. BALANCE. EXISTENCIA DE RESERVAS

En la reducción meramente contable del capital social para compensar pérdidas tan solo persigue el restablecimiento del equilibrio entre aquel y el patrimonio. Pero aunque en este caso el activo social no varía, sí que posibilita que se puedan distribuir los beneficios futuros entre los socios, en lugar de ir destinados necesariamente a cubrir las pérdidas acumuladas. Por ello han de observarse las garantías básicas establecidas por la ley encaminadas a evitar que se lesionen las legítimas expectativas e intereses de socios y acreedores, y que sustancialmente buscan asegurar la certeza de la situación de desequilibrio financiero.

Los resultados del ejercicio en curso que figuran en el balance que sirve de base al acuerdo (un balance que no es el final del ejercicio sino uno intermedio) son beneficios de la sociedad, que tienen la misma naturaleza que las reservas aun cuando no aparezcan contabilizados como tales, y su presencia veda la posibilidad de acudir a la reducción del capital por pérdidas sin que los mismos se compensen con aquellas. Por otro lado, para que los acreedores quedaran incólumes sería imprescindible que la reducción viniera acompañada de un inmediato aumento que iguale o supere la cifra de capital inicial.

Resolución de 11-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Zamora

AUDITORES. NOMBRADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA

Se trata de un supuesto en que existe inscrito un auditor nombrado por el registrador a solicitud de la minoría para el ejercicio 2014 y a continuación inscripción de otro auditor nombrado por acuerdo de la junta para ese mismo ejercicio y los dos siguientes. Señala la DGRN que no debía haberse procedido a la inscripción del nombramiento de otro auditor, en este caso voluntario, para realizar la auditoría solicitada correspondiente al mismo ejercicio en cuestión del año 2014. No obstante mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido no pudiendo entenderse que la inscripción del nombramiento de auditor voluntario implique cancelación de oficio posterior del expediente de solicitud de auditor de cuentas formulado por el socio minoritario, pues los asientos registrales solo podrían ser cancelados de oficio en los supuestos legalmente previstos, además del supuesto de revocación de auditor.

Resolución de 12-7-2016
(*BOE* 12-8-2016)
Registro mercantil de Barcelona

CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN FEHACIENTE

Se trata de un supuesto en el que se presentaron las cuentas anuales de determinados ejercicios que fueron calificadas con defectos. No obstante no se notificó la calificación fehacientemente, siendo finalmente cancelados los asientos de presentación por caducidad. El recurrente solicita que se restablezcan esos asientos y se entienda que la subsanación efectuada se llevó a cabo dentro del periodo fijado por el artículo 367 del Reglamento del Registro mercantil. La DG desestima el recurso puesto que su objeto es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho y, por tanto, no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales. Puede, sin embargo, acudirse a los procedimientos de rectificación del Registro del artículo 40 de la LH, así como a la rectificación de los asientos practicados por error regulado en los artículos 211 y siguientes de la LH, por acuerdo de todos los interesados y del registrador, o por providencia judicial.

No obstante, la resolución se pronuncia sobre la obligatoriedad de notificar fehacientemente las calificaciones negativas por los registradores mercantiles en materia de depósitos de cuentas. Aunque a la fecha de la calificación no hubiese entrado aún en vigor la Instrucción de la DGRN de 9 de febrero de 2016, que contempla esta cuestión en su apartado sexto, no eran aplicables ni la resolución de 8 de junio de 2001, ya que se dictó antes de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ni la de 14 de diciembre de 2017, ya que fue rectificada por la de 3 de julio de 2008. Por lo tanto, no se verificó adecuadamente la notificación, por lo que no procedía la cancelación de los asientos de presentación, conforme al artículo 323 de la LH que establece que «si la

calificación fuese negativa o el registrador denegare la práctica de la inscripción de los títulos no calificados en plazo, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo anterior. De esta fecha se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación».

Resoluciones publicadas en el DOGC

Por María TENZA LLORENTE

Resolución 1.851/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Manresa, número 4

RABASSA MORTA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 12.ª LIBRO V

En cuanto a la necesidad de rogación para la inscripción parcial del documento, como la existente en este caso, aunque no se pronuncia la Direcció, es doctrina reiterada que por imperativo del principio de rogación es preciso que se solicite por el interesado o presentante bien en el documento presentado, bien en instancia posterior, en virtud de lo dispuesto por los artículos 6, 19.bis y 323 de la LH (así, FD Segundo de la RDGRN de 10 de abril de 2014 con cita de la de 28 de febrero de 2014).

Por lo que respecta al informe, su importancia se pone de relieve al indicar la falta de referencia en el mismo del defecto relativo a la identificación de las fincas como una de las causas que permiten entender que este no es mantenido, de conformidad con el artículo 327 párrafo seis de la LH El FD Tercero de la resolución de 3 de marzo de 2016 de la Dirección General revela, entre otras muchas, la importancia del informe que, si bien no puede añadir nuevos defectos, sí puede aportar nuevos datos y argumentos en defensa de la nota. La resolución de la Direcció General de Dret 1.855/2016, de 21 de junio (FD 2.1) también se hace eco de la relevancia no meramente procedimental o de trámite, del informe.

En cuanto al fondo, la Direcció efectúa un exhaustivo análisis sobre el concepto y naturaleza de la rabassa morta, pero destaca el carácter casuístico de la materia. Además de las posturas que defienden que se trata de un arrendamiento o de una subespecie de censo, existen pronunciamientos, sin embargo, que incardinan este derecho en un tertium genus, como el sostenido por la SAPB (Sección 11.ª) de fecha 15 de noviembre de 2000, reiterado por esa misma Sección en la sentencia de 11 de enero de 2001 (FD Tercero). En cualquier caso, materia concreta de cancelaciones de dichos derechos, la DT 12 párrafos 2, 3 y 4 determina el régimen de la cancelación registral de las *rabasses mortes* existentes. Con carácter general y teniendo en cuenta la tendencia ya iniciada por la Ley 6/1990, de 16 de marzo, la entrada en vigor de la Ley 5/2006 supuso una aclaración en cuanto al régimen de cancelación de estos derechos, al declarar innecesaria la tramitación del expediente de liberación de gravámenes, ya que con anterioridad

la remisión a la legislación hipotecaria suscitó dudas interpretativas en orden a su aplicación para la cancelación de los censos, como pone de manifiesto la existencia de la resolución de 5 de noviembre de 1991, del TSJ, que lo entendía necesario, frente a la SAP de Barcelona de fecha 20 de enero de 1992 o la el Auto del Presidente del TSJ de Cataluña de 25 de julio de 1999. La necesidad de que el titular de cualquier derecho sobre la finca inste expresamente la cancelación, como en el presente caso, viene impuesta por el artículo 82.5 de la LH, que es una manifestación del principio de rogación registral. Por otra parte, la aplicación del artículo 353.3 del RH no es procedente puesto que el mecanismo de rogación presunta que prevé al entender solicitada la cancelación por el solo hecho de practicar un asiento o de solicitar una certificación opera solo en casos de caducidad del derecho, no de prescripción.

Por último, conviene tener en cuenta en materia de cancelación de estos derechos la nueva redacción del artículo 210.1 regla octava párrafo tercero de la LH, que establece que a instancia de persona con interés legítimo, los asientos relativos a censos, foros y otros gravámenes de naturaleza análoga, establecidos por tiempo indefinido, podrán ser cancelados cuando hayan transcurrido sesenta años desde la extensión del último asiento relativo a los mismos. La finalidad de esta regla es la eliminación de cargas y la desjudicialización de los expedientes previstos tradicionalmente en la LH para la liberación de gravámenes, como indica el apartado IV del Preámbulo, ya que prescinde de cualquier tipo de expediente judicial para la cancelación. La DA Cuarta deja no obstante a salvo las previsiones que puedan contener las leyes especiales como la catalana, pero aun así, en el caso expuesto podría haberse citado como apoyo a la cancelación de estos derechos.

Como conclusión, si de los asientos del Registro resulta calificable un derecho como *rabassa morta* y habiendo transcurrido los términos previstos en la DT 12, cabe su cancelación por prescripción, la cual opera aunque existan adquirentes posteriores.

Resolución 1.852/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Palamós

CENSOS: COMISO DE FINCA. DERECHO INTERTEMPORAL. CALIFICACIÓN DOCUMENTOS JUDICIALES

La aplicación de Derecho intertemporal ha sido abordada en algunas resoluciones. Así, por lo que respecta a la prohibición de usos turísticos, la resolución de *JUS* 2015, 2438, de 15 de octubre rechaza la aplicación de la nueva redacción del Libro V operada por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, pues no estaba en vigor al tiempo de la adopción del acuerdo ni de la calificación. En este caso, en cambio, la existencia de Disposiciones Transitorias origina una solución distinta.

En lo que respecta a los censos, la resolución de *JUS* 2014, 1357, de 12 de junio, citada por la Direcció, concluye que el censo no está vigente, por lo que no cabe practicar operación registral alguna en relación a los mismos (FD Segundo). En el caso resuelto, la constancia de un domicilio a efectos de notificaciones de un censo materialmente extinguido. La consecuencia de esta doctrina es también objeto de exégesis por la resolución de *JUS* 2015, 1229,

de 14 de mayo, para confirmar la nota de calificación desfavorable en un caso análogo. Por su parte, la resolución de *JUS* 2015, 451, de 4 de marzo parte también del criterio de la extinción censo estaba materialmente extinguido, *ope legis*. De todos estos pronunciamientos cabe colegir que, con independencia de la naturaleza de la operación registral solicitada, no cabe su práctica aunque no conste formalmente cancelado.

Por otra parte, en lo que respecta a la herencia yacente y los herederos ignorados, aun no considerando necesario su nombramiento porque el concreto supuesto de hecho implicaba la denegación del asiento, considera justificada su exigibilidad y su necesidad estriba en el hecho de que la calificación ha de ser global y unitaria, lo cual imponía que el registrador considerara imprescindible su nombramiento. En cuanto a la evolución doctrinal de la intervención de la herencia yacente en el procedimiento, la Dirección General de los había exigido, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (art. 20 de la LH y 166.1 del RH, por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral (arts. 790 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero), para evitar indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución). Sin embargo, con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (véase, por todas, las resoluciones de 27 de julio de 2010 y 10 de enero de 2011) que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Así, entre otras muchas, se pronuncian las resoluciones de 25 de febrero de 2015 y resolución de 5 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015 o 17 de julio de 2015, FD Tercero, 19 de septiembre de 2015 o 22 de octubre de 2015, y 1 de marzo de 2016. La Dirección General de Derecho mantiene una postura acorde a esta doctrina.

En resumen, no cabe inscribir el comiso de una finca sobre la que pesa un censo materialmente extinguido y solo puede entenderse válidamente emplazada la herencia yacente mediante un defensor judicial de no existir persona legitimada pasivamente.

Resolución 1.853/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Salou

EXTINCIÓN DE PAREJA DE HECHO: CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR. OBJETO DEL RECURSO GUBERNATIVO

En materia de procedimiento, la Direcció General de Dret sigue las pautas interpretativas que limitan su objeto a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación del registrador y rechaza cualesquiera otras basadas en docu-

mentos no aportados en tiempo y forma. Así se pronuncia, entre otras muchas, la resolución de 3 de marzo de 2014 (FD Segundo, dictada en materia mercantil) y a diferencia de otros casos, como el resuelto por la resoluciones 8 de julio de 2013 (FD Tercero).

En cuanto al fondo, cabe hacer una remisión al comentario de la resolución de 26 de noviembre de 2015. El Derecho civil catalán parte la equiparación de contenidos entre el convenio regulador de ruptura matrimonial y el de extinción de pareja estable pues tiene en cuenta el principio general de que la familia disfruta de protección jurídica sin discriminación (art. 231.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña). En este supuesto de hecho, en cambio, el matiz diferencial estriba en que se trata de una transmisión entre distintos patrimonios, no de una disolución de condómino, no amparada por tanto en ninguno de los preceptos legales, ni siquiera en el artículo 234.6.4 del Código Civil, en redacción vigente tras la reforma operada por Ley 6/2015, de 13 de mayo.

En relación con la posibilidad de inscribir bienes privativos, en sede de crisis matrimonial, a favor del otro miembro de la pareja, el Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en resoluciones 24 de noviembre de 2015. En ese caso se trataba de una sentencia por la que se aprobaba el convenio regulador en un en el que se adjudicaba a uno de los cónyuges una finca privativa que había constituido la vivienda habitual del matrimonio y cuya adquisición ha sido financiada con préstamos hipotecarios satisfechos de forma prácticamente íntegra durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que la considera inscribible, después de efectuar un largo *excursus* sobre la interpretación de esta materia. Esta posibilidad aparece abierta en la resolución comentada, a tenor de sus consideraciones finales, donde hace referencia a la naturaleza del bien y una eventual causalización como hipótesis diferentes a la aquí planteada.

En resumen, no es inscribible un acuerdo derivado de una extinción de pareja de hecho aprobado judicialmente por el que se articula una transmisión de una finca de uno de sus miembros al otro.

Resolución 1.855/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Barcelona, número 22

DISOLUCIÓN PARCIAL DE COMUNIDAD: ADMISIBILIDAD. CAUSA

El acrecimiento de cuota a favor de un comunero y, en definitiva, la reducción del número de estos, ha sido tratada por la Direcció General de Dret para el caso de renuncias abdicativas. Así, la resoluciones 19 de julio de 2012 (O. *JUS* 2012, 1622) entiende que la mencionada renuncia produce un doble efecto: por una parte, supone la extinción del derecho del copropietario renunciante y por otra, el acrecimiento del derecho de los copropietarios. Por su parte, la resolución de la Direcció JUS 2015, 975 de 22 de abril de 2015 afirma, para un caso de titular de derecho de aprovechamiento por turno, que la renuncia de una cuota de un derecho que se ostenta en comunidad ordinaria produce un acrecimiento automático, sin que requiera el consentimiento de los demás cotitulares, sin perjuicio de su derecho a renunciar a la cuota vacante.

Más concretamente, la extinción parcial de condominio ha sido tratada por la DGRN en algunas resoluciones de 11 de noviembre de 2011, en que cuatro

hermanos dueños, cada uno de ellos, de una quinta parte indivisa de una finca rústica. En la parte dispositiva, acuerdan que la quinta parte que corresponde a uno de ellos se adjudique, por terceras e iguales partes, a los otros tres, compensando cada uno de ellos al cedente una cantidad, el Centro Directivo rechaza que se trate de una auténtica disolución de comunidad, que solo puede existir en el caso de que se adjudique a uno de ellos. Aduce además que tampoco aparece contemplada en el Código Civil (fundamentos de Derecho tercero y cuarto) y sienta el criterio de que una disolución de condominio o es total o no es tal (FD Sexto), de modo que la reducción del número de comuneros no se sería un acto de naturaleza especificativa o determinativa sino traslativa. Esta calificación incide en cuestiones tales como el artículo 34 de la LH, como destaca la registradora en este recurso, como en materia de capacidad, rescisión por lesión o revocación de donaciones entre otros. Por su parte, en cambio, las resoluciones de 3 de marzo de 2006 y, a modo de *obiter*, la de 9 de diciembre de 2011 habían admitido disoluciones de condominio que se alejan de la postura del pronunciamiento comentado, pues son favorables a la articulación de la liquidación adjudicando a un condueño la nuda propiedad y a otra el usufructo, como de hecho contempla el artículo 552.11.3 del Código Civil catalán, citando como apoyo la resoluciones 16 de junio de 2003. A su vez, el FD Tercero de la resolución de 16 de diciembre de 2014 considera la reducción del número de comuneros como un acto válido amparado en la autonomía de la voluntad aunque no se trate de disolución de condominio *stricto sensu*. Como punto final de esta evolución, destaca la resolución de 4 de abril de 2016. El supuesto de hecho consistía en que dos hermanos titulares en pro indiviso de dos fincas adquiridas por herencia efectúan una extinción parcial de comunidad en la que se adjudica a uno de los comuneros el 100% de la propiedad de una de las fincas y el 26,875% de la otra; mientras que al otro le adjudica el 73,125% de la segunda finca. La Dirección admite este negocio jurídico pues entiende que, aun no existiendo disolución de comunidad, es un acto encaminado a ello y cita algunos ejemplos en su FD Tercero *in fine*. En el caso de la resolución objeto de este comentario, también reconoce la Direcció General de Dret que la terminología no es correcta, pero que debe admitirse por razones de economía procedimental.

Para acabar, desde la perspectiva fiscal, la STS de 12 de diciembre de 2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª, FD Cuarto y Quinto) dictada en unificación de doctrina ha declarado que, cuando uno de los comuneros, miembros de una comunidad sobre varios bienes, adquiere la cuota de algunos de ellos, se produce realmente una transmisión de cuota que no se puede calificar de exceso de adjudicación. En Cataluña, como apunta la Direcció, la cuestión fiscal puede venir matizada por el artículo 552.11.5 del Código, que establece que no se considerarán precio excesos de adjudicación derivados de la disolución de condominio, aunque es destacable que no distinga si se refiere a la extinción por adjudicación a uno o si comprende la parcial. En cualquier caso, la Consulta 67/13, de 15 de mayo de 2013 de la Direcció General de Tributs acoge el criterio del Tribunal Supremo.

En definitiva, resulta inscribible la disolución parcial de comunidad, reduciendo el número de condóminos, aun existiendo compensaciones en metálico, con independencia del acierto en cuanto a la calificación jurídica del negocio celebrado como tal.

Resolución 1.856/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Sitges

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: PLAZO

La Direcció General de Dret se pronuncia en esta resolución sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso, entendiendo que es una manifestación del deber de prestar alimentos y no equiparable al derecho real de uso regulado por el Libro V. Sobre este particular, el derecho de uso sobre la vivienda tiene como fundamento la tutela al interés familiar y, especialmente, de los hijos (arts. 39 y 47 de la Constitución Española). El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia, atribuido en casos de crisis matrimonial *ex* artículo 233.20 a 233.35 del Código Civil de Cataluña y sus correlativos en el Código Civil, es un derecho de naturaleza jurídica muy discutida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, si bien el TS ha sostenido en ocasiones que se trata de un derecho de naturaleza real (STS de 11 de diciembre de 1992) también se ha sostenido que es un derecho personal o, incluso, un *ius ad rem* (resolución de 25 de octubre de 1999). Según recientes resoluciones del Centro Directivo es un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que el expresado derecho de uso no tiene un carácter patrimonial (resolución de 5 de junio de 2008, 10 de octubre de 2008, 18 de noviembre de 2009, resoluciones de 11 de abril de 2012l y 8 de mayo de 2012; FD Cuarto de la STS de 8 de octubre de 2010). Del mismo modo, la STS de 14 de julio de 2010, con cita de las sentencias de 26 de diciembre de 2005, 14 y 18 de enero de 2010, recuerda en su FD Segundo que la calificación de este derecho depende a su vez de la calificación de la relación jurídica sobre la que se constituye e incluso de la existencia o no de contrato entre las partes.

Con esta especial configuración, como regla general el Centro Directivo no había exigido la determinación de plazo, pese al principio de especialidad registral, que es la base del FD Segundo de esta resolución y la desestimación del recurso (resolución de 20 de febrero de 2004). En cambio, matiza esta postura en la resoluciones 2 de junio de 2014 (fundamentos de Derecho tercero y cuarto) sí considera, para un supuesto de escasa claridad en su configuración) que se cumplan con ambos principios y en el FD Segundo hace referencia a la necesidad de la fijación de un día cierto cuando legislación civil especial así lo establezca, como ocurre precisamente con el Código Civil Catalán (art. 230.20.5). La Direcció General ya se había hecho eco de la especial naturaleza del derecho y su alcance y límites en la resolución de 16 de febrero de 2007 (FD 2.4).

En cuanto a la jurisprudencia, las circunstancias del caso concreto es la que rige los distintos pronunciamientos de los Tribunales en orden a la fijación de la duración, que la Direcció denomina «indirectos». Así, las sentencias de la Sala 1.ª del TS de 3 de marzo de 2014 y 2 de junio de 2014 o 18 de mayo de 2015 (FD Segundo), entienden que los tribunales no pueden limitar temporalmente el derecho de uso, pero ello no impide que se tengan en cuenta la fijación de ciertos criterios que lo dotan de temporalidad. En el mismo sentido, el Auto del TSJ de Cataluña de 26 de enero de 2015, citando su sentencia de 63/2013, de 7 de noviembre, también pone de manifiesto que la regla general respecto de la atribución del derecho de uso es la temporalidad que dependerá de la mayor necesidad, la cual no siempre ha de quedar fijada, de forma exclusiva y excluyente, por una peor situación económica, sino contemplando otros parámetros

concurrentes en cada supuesto. Esta doctrina es seguida por las SS. 12 de febrero de 2015 y 14 de abril de 2016.

En resumen, para la inscripción del derecho de uso, su duración ha de venir determinada, aunque sea de forma indirecta, por mor del principio de especialidad.

Resolución 1.857/2016 de 21-6-2016
(*DOGC* 2-8-2016)
Registro de la propiedad de Tortosa, número 2

URBANISMO: VINCULACIÓN *OB REM*

En el ámbito jurídico-civil y sin implicaciones urbanísticas como las concurrentes en este supuesto, la resolución de la Direcció General de Dret *(JUS* 2014, 1659, de 2 de julio), afirmó que la finalidad de las vinculaciones *ob rem* únicamente es hacer posible su transmisión conjunta, constituyen una limitación a la libre disposición de las mismas que los propietarios de las fincas que pueden imponer en ejercicio de sus facultades dominicales y sin necesidad de que las juntas de propietarios de las respectivas propiedades horizontales en las que eventualmente se integren hayan de prestar su consentimiento (art. 553.37.1). Sobre esta cuestión, y también para el supuesto de fincas rústicas, entre otras, la resoluciones 22 de abril de 2016 de la DGRN (FD Tercero) entiende que la configuración jurídica de una finca registral con el carácter de *ob rem* de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad venga determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca *ob rem* corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como señalaba la resoluciones 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades *ob rem,* que no pueden seguir un régimen jurídico distinto que el elemento principal al que están adscritos, por lo que la hipoteca (en ese caso) de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada, máxime cuando elemento principal y vinculado aparecen descritos expresamente. Existe vinculación *ob rem* entre dos (o más) fincas, cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas, que han de pertenecer a un mismo dueño, por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio. Esta unidad orgánica que constituye una finca funcional supondría la aplicación del artículo 44 del RH. En este caso se ha de tener en cuenta que la existencia de una sola finca registral fue entendida como un obstáculo por el registrador para inscribir la vinculación, pues de conformidad con el principio de folio real existente en nuestro sistema hipotecario (arts. 7 y 243 de la LH) la vinculación *ob rem* se produce entre dos fincas registrales. No obstante, la resolución no lo considera un obstáculo.

En materia de constancia registral de limitaciones urbanísticas, además, cabe destacar que, con carácter general, el artículo 74 del Real Decreto 1997, 1093, de 4 de julio, que permite la constatación en el Registro de la propiedad de las limitaciones establecidas por las licencias, no solo de obras, en consonancia con lo establecido a su vez por el artículo 65.1 letra d) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En lo que respecta a los requisitos

formales, la resoluciones *JUS* 2010, 2759, de 22 de julio, de la Direcció General de Dret, para un caso también de vinculación de fincas rústicas para permitir un aprovechamiento y un uso que individualmente no podrían obtener, exige el otorgamiento de escritura pública (cuestión apuntada en la resolución objeto de comentario pero no resuelta por no haber sido objeto de calificación). Pero entiende que el cumplimiento de los requisitos objetivos será de necesaria apreciación administrativa (FD Segundo). Para el concreto el caso de las Tierras del Ebro, la realización de obras contrarias a las determinaciones del Plan Director determinan su nulidad y el consiguiente derribo de las construcciones, como entendió la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 100/2012, de 10 de febrero, de ahí la importancia de la constatación registral de los requisitos exigidos *ex* ante. No obstante, señala por último la Direcció que no vincularía a la Administración, pues quedaría supeditada además al cumplimiento de otros requisitos cuyo eventual incumplimiento darían lugar al correspondiente procedimiento de disciplina urbanística y reflejo registral [art. 65.1 letra c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, arts. 56 y siguientes del Real Decreto 1997, 1093, de 4 de julio, y art. 113 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística de Cataluña].

Como conclusión, es posible inscribir una vinculación *ob rem* a la que queda supeditado el otorgamiento de una licencia, sin que el registrador pueda entrar a valorar si se cumplen el resto de los requisitos exigidos para su concesión.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores*

Private parent of freedom. Effects Respect to Minors

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La patria potestad del padre en prisión se suspenderá mientras perdure cuando se haya condenado por violencia doméstica o familiar. También se le denegará la custodia compartida, en todos los supuestos de prisión, y más aún cuando es por delitos de violencia donde incluso se podrá revocar cuando se ha iniciado un procedimiento penal contra el padre por violencia doméstica. Se suspenderá el derecho de visitas cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. La obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos.

ABSTRACT: Custody of the father in prison is suspended while endure when it has been convicted of domestic or family violence. He was also denied joint custody in all cases of imprisonment, and even more when crimes of violence which may be revoked even when initiated criminal proceedings against the father of domestic violence. visitation rights will be suspended when the parent is convicted of a crime of abuse with your wife or partner and / or crime of abuse with the child or with

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

another son, assessing the existing risk factors. The obligation to pay maintenance to the minor children is not extinguished by the mere fact of having entered prison the parent who must provide them if the time is not lack of income or resources is credited to make them effective.

PALABRAS CLAVE: Padre. Privación de Libertad. Menores.

KEY WORDS: Father. Privation of Liberty. Minors.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.—II. PATRIA POTESTAD.—III. MODALIDAD DE CUSTODIA.—IV. SUSPENSIÓN O NO DEL DERECHO DE VISITAS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN.—V. ¿DEBE CESAR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN?—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La situación del progenitor que se encuentra en prisión privado de libertad es muy variable respecto de la relación con sus hijos menores. La importancia del interés supremo del menor es lo que prima en la relación. Hay varias cuestiones a tener en cuenta y donde no hay una jurisprudencia uniforme cuyo análisis es importante a fin de ver la evolución y así conocer el punto en el que nos encontramos.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica[1], y consecuentemente la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[2], incluyen a los menores como víctimas de violencia de género.

El artículo 2 de la citada Ley Orgánica exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Este es el criterio que va a presidir el análisis jurisprudencial que precede, teniendo en cuenta que el progenitor puede estar en prisión por delito de violencia de género o violencia familiar, o por otras causas, pero siempre debe cuestionarse el interés supremo del menor y que su entorno se halle libre de violencia de todo tipo.

Sin olvidar la modificación producida en el artículo 160 del Código Civil que se refiere a que en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

II. PATRIA POTESTAD

La patria potestad es el poder global que la Ley otorga a los padres sobre los hijos. Y al igual que ocurre en todas las instituciones del Derecho de Familia, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción originaria del Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la Ley impone a los padres. Potestad que es de orden público y como tal es intransmisible, irrenunciable, e imprescriptible.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 39.3 señala las funciones de los padres diciendo que «*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*».

En conexión con ello, y tras la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 154 del Código Civil indica que «La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

La Ley de adopción internacional de 2007[3], ya en su Disposición final primera, donde modificó determinados artículos del Código Civil, suprimió la anterior facultad de «corregirlos moderada y razonablemente».

La patria potestad resulta ser una institución en beneficio de los hijos, de manera que el *interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro*, y, solo estaría justificada su privación o suspensión cuando hubiera existido por cualquiera de los progenitores un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes de la misma.

El Código Civil, en su artículo 92, establece que aunque exista separación, nulidad o divorcio los padres, como es lógico, no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos. Indicando que el juez en la sentencia podrá acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Los padres también 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.

Si los padres viven separadamente, el mismo artículo 92 del Código Civil establece las modalidades de guarda y custodia sobre los hijos (parr. 5, 7, 8). No obstante, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156 del Código Civil).

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha modificado el apartado 2.º del artículo 156, indicando que *en caso de desacuerdo*, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, *podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones*. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Y si los *padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva*. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada 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 a su ejercicio.

Y esta es la idea que también existe en el Libro II del Código Civil de Catalunya aprobado por la Ley 25/2010 de 29 de julio que parte del ejercicio conjunto de la misma, a salvo los acuerdos entre los cónyuges, o que la autoridad judicial determine otra cosa. Donde el artículo 236-10 dispone que solo se ejercerá exclusivamente por parte de uno de los padres en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, y en el caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los menores. E inmediatamente después, en el artículo 236-11, recoge los criterios para el ejercicio de la potestad en caso de que los progenitores vivan separadamente.

Así nos encontramos que el legislador catalán diferencia entre la *privación* de la potestad referida al ejercicio propiamente dicho de la filiación y la *extinción* de la misma que indica simplemente la terminación de este derecho-deber.

A la *privación* del ejercicio de la potestad parental se refiere el artículo 236-6-1 que establece que «*Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista*».

Para proceder a la suspensión de la patria potestad hay que tener en cuenta varias cuestiones tales como la existencia de violencia, la condena del padre por violencia doméstica, o la condena por otras causas.

El Tribunal Supremo en un caso donde no hay violencia en el ámbito familiar, sostiene que la privación de la patria potestad exige la prueba contundente del incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que corresponden, en este caso, al progenitor no custodio que se encontraba privado de libertad cumpliendo condena en un centro penitenciario y ahora en régimen de libertad, y que de no haberse aportado en el curso de las actuaciones nada impide que la patria potestad sea compartida porque lo que debe primar es el interés del menor que resulta ser el más necesitado de protección. Todo ello siguiendo una jurisprudencia, de la cual es reflejo la STS de 24 de abril de 2000[4].

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, consideró que no se han acreditado razones que justifiquen la atribución de su ejercicio «en exclusiva» a la madre por el mero hecho de que el padre esté privado de libertad cumpliendo una condena, lo cual no es por sí solo causa de privación de la patria potestad *cuando la causa de la privación de la libertad no estuviera relacionada con alguna cuestión referida con su hijo menor*. Sin perjuicio de la atribución de la guarda y

custodia del hijo a la madre, procede el ejercicio compartido de la patria potestad a ambos progenitores.[5]

También se solicitó la suspensión de la patria potestad en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de enero de 2008[6], donde se estimó la continuidad en el mantenimiento de la patria potestad compartida por ambos progenitores sobre el menor.

No se suspende la patria potestad porque no hay violencia que atente contra el interés superior del menor, jurisprudencia reiterada desde inicios de este siglo (año 2000 STS).

No obstante, cuando existe una relación muy violenta entre el padre, que se encuentra en prisión, y los menores, además de malos tratos y una situación de miedo y ansiedad por parte de los menores procede el otorgamiento del ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre mientras que el padre continúe privado de libertad y no cambien las circunstancias familiares, según indicó la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006[7]. Su fundamento se encuentra en el artículo 156 del Código Civil, que tiene por finalidad la de tutelar los intereses de los menores, ante la concurrencia de malos tratos, por parte del progenitor no custodio, el cual además se encuentra privado de libertad cumpliendo pena de cinco años por delito contra la salud pública, que imposibilita el ejercicio compartido de las funciones de la patria potestad

Indicándose además que para cualquier modificación de estas medidas, los facultativos designados judicialmente, deberán realizar un exhaustivo seguimiento y exploración del padre.

En definitiva se produce una suspensión de la patria potestad del padre para que en base a la prescripción del artículo 156 del Código Civil sea ejercitada exclusivamente por la madre, mientras perdure la situación de privación de libertad del progenitor, y no se alteren las circunstancias objetivas que han determinado la adopción de tal medida.

También en un asunto de violencia contra la mujer que se siguió en Barcelona en 2014[8], se acuerda la suspensión de la patria potestad respecto del padre que se encuentra en prisión.

III. MODALIDAD DE CUSTODIA

Recordemos que los criterios para acordar la medida de la guarda y custodia compartida se hallan establecidos por la STS, Sala Primera, de lo Civil de 29 de abril de 2013[9]. La interpretación del artículo 92 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. La redacción del citado artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos pro-

genitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La anterior doctrina considerada como esencial, ya se había iniciado con la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009[10], que ya señaló la obligación de utilización de tales criterios.

En el caso de establecer la modalidad de custodia de los menores si el padre está en prisión se atribuye generalmente a la madre, máxime si hay una suspensión de la patria potestad, porque ha existido violencia de género y así se recoge en la sentencia de 24 de febrero de 2014, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona[11].

También, se establece la modificación de custodia compartida, a que sea ejercida únicamente por la madre cuando el padre se halla en prisión, es el supuesto de la SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija menor de los litigantes. Y con un claro criterio afirma que no procede establecer un sistema compartido de custodia puesto que el padre ha sido condenado a penas privativas de libertad, y precisamente por tal cambio en su situación personal resulta la inconveniencia de mantener la custodia compartida establecida en la sentencia recurrida[12].

Se está produciendo un cambio importante en la interpretación jurisprudencial de la aplicación del artículo 92.7 del Código Civil, al señalarse por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de mayo de 2016[13], la revocación del sistema de custodia compartida ante la actitud de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, del padre hacia la madre lo que hace impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige un mínimo de respeto y actitud colaborativa.

El progenitor en este caso *no está en prisión*, pero se haya incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer. El párrafo 7.º del artículo 92 del Código Civil debe analizarse teniendo en cuenta que en su interpretación debe priorizarse «el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que "el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos". La sentencia declara probadas "las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida", ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen».

Se deniega la custodia compartida al no existir respeto ni comunicación entre los progenitores, requisitos necesarios para la realización práctica de la medida entendida como beneficiosa para el interés del menor.

IV. SUSPENSIÓN O NO DEL DERECHO DE VISITAS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN

El acuerdo de continuar o suspender el derecho de visitas del menor a la cárcel cuando el padre está en prisión ha variado. En 2001 se mantenía el argumento de continuidad del régimen de visitas para mantener las relaciones de los menores con sus padres, pero posteriormente ha cambiado y se ha establecido en

casi todas las sentencias analizadas la suspensión de las visitas (en torno a 2005). Si el menor tiene 12 años el visitar a su padre a la cárcel puede no resultarle perjudicial. Y así se llega a nuestros días donde la suspensión será aprobada por el juez o tribunal cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

La SAP de Huelva, en sentencia de 6 de marzo de 2001 acordó la continuidad en el régimen de visitas de la menor, con carácter mensual, en favor de progenitor que se halla privado de libertad, a fin de que la hija no vea interrumpida la relación con su padre por esta circunstancia. Aunque se dejan sin efecto las estancias vacacionales de la menor en el domicilio de la abuela paterna[14].

La SAP de Cáceres de 17 de octubre de 2005[15], determina que un padre privado de libertad por cumplimiento de condena y el régimen de visitas quedará en suspenso ante la situación penitenciaria del demandado.

La SAP de Córdoba de 12 de marzo de 2007 aclara que no procede la suspensión del régimen de visitas aunque el padre se encuentre privado de libertad ya que su ingreso en prisión tan solo comporta la de aquellos derechos explícitamente señalados en la condena y esta no comprende el de relacionarse con sus hijas. No obstante, con base en el principio del superior interés de las menores de edad la Audiencia aconseja el sometimiento de la cuestión al informe de los equipos psicosociales que auxilian al juzgado[16].

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, suspende el derecho de visitas mientras el padre esté privado de libertad[17].

La AP de Málaga en sentencia de 15 de julio de 2010, acuerda la existencia del régimen de visitas entre el progenitor paterno no custodio y su hijo menor, siendo este quien se desplace al menos una vez al mes, al centro penitenciario en el que el padre está ingresado, coincidiendo en fines de semana si es posible, para que pueda estar en compañía del padre un máximo de 2 horas o el tiempo que reglamentariamente pudiera corresponderle, si fuese menor.[18] El menor tiene 12 años y hasta el momento de la sentencia solo mantenía contactos telefónicos con el padre. No consta que pueda resultar perjudicial o traumático para el menor acudir al centro penitenciario para visitar a su padre.

En la SAP de Sevilla de 31 de mayo de 2012[19], donde se analiza el supuesto de un padre privado de libertad, se suprime el régimen de visitas del menor ya que la edad del menor no aconseja realizarlas al centro penitenciario. Aunque tampoco el progenitor aportó dato alguno en cuanto a la forma en que se postulan las visitas y en qué medida resultarían beneficiosas para el menor.

En la sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 3 de Barcelona al estar el padre privado de libertad y en régimen carcelario, se estima que no es procedente que empiecen las visitas del menor en un centro penitenciario. Cuando el padre obtenga la libertad, o su situación penitenciaria le permita regresar solo a pernoctar al centro penitenciario, las visitas serán de dos horas, sábados o domingos alternos, en función de la disponibilidad del punto de encuentro y bajo supervisión de los técnicos de este. Esto en un supuesto de violencia de género[20].

Incluso si el progenitor está privado de libertad con carácter cautelar, como consecuencia de hallarse imputado por un presunto delito de asesinato de la pareja sentimental de la madre del menor, así como por la cortad edad de dicho menor, no resulta adecuado el establecimiento de ningún régimen de visitas a favor del actor, tal y como dispuso la SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2014[21].

La SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 establece un régimen ordinario de visitas que se dejará en suspenso durante el periodo en el que el progenitor no custodio se encuentre privado de libertad[22].

En este estado de cosas se pronunció el Alto Tribunal en unificación de doctrina, en su Sala Primera, de lo Civil, por sentencia de 26 de noviembre de 2015, siendo ponente ARROYO FIESTAS[23], que estableció la suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor por la comisión de un delito de maltrato en el ámbito doméstico específicamente por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

Derecho de relación con los abuelos, cuando el padre está en prisión: cese o mantenimiento

La SAP de Les Illes Balears de 30 de junio de 2000[24] referida a una unión no matrimonial modifica las medidas en relación con el régimen de visitas con el padre que se encuentra privado de libertad. El menor es de corta edad y su custodia la ostenta la madre, por ello se establece *un derecho de comunicación a favor del padre que se canalizará a través de los abuelos paternos*, para garantizar la medida adoptada. De manera que se establece a favor de los abuelos paternos un régimen de visitas que consistirá en que puedan tener a su nieto en su compañía el último domingo de cada mes y que se verá ampliado durante el periodo vacacional del referido menor a los días 15 de cada mes. Pero se establece un seguimiento trimestral por la psicóloga y asistenta social adscritas al Juzgado a fin de que informen sobre la evolución y desarrollo de la medida adoptada.

La SAP de Huelva, en sentencia de 6 de marzo de 2001 acordó dejar sin efecto las estancias vacacionales de la menor en el domicilio de la abuela paterna y sin embargo concedió una visita mensual en prisión de la menor a su padre, acompañada por su abuela paterna, para lo cual se fija por el juzgador de instancia un fin de semana mensual, a falta de acuerdo el último de cada mes, en que la menor deberá permanecer en el domicilio de dicha abuela. Establecer a favor de la abuela paterna un derecho de relación para pasar las vacaciones excede del contenido propio de las medidas que podrán ser fijadas en los procedimientos matrimoniales, determinadas en los artículos 90 y sigs. del Código Civil (Recordemos que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre es en donde ya se hace alusión expresa a la figura de los abuelos y a su derecho de relación)[25].

La procedencia o no concesión del derecho de relación de los abuelos ha de pasar necesariamente por un juicio prudente y ponderado de las circunstancias que concurran en cada caso concreto de modo que es imposible establecer un inicial régimen de visitas, estancias y comunicaciones de carácter sustitutivo a favor de la abuela paterna, ya que los contactos abuelos-nietos deben resolverse en escala diferente a la de los progenitores que cesan de su común convivencia, debiendo de tratarse de contactos más esporádicos y reservados para aquellos casos en los que existe un manifiesto impedimento por parte de quien sea el progenitor custodio de permitir esa relación.

La sentencia de la AP de Málaga de 3 de noviembre de 2011, consideró improcedente la fijación de un régimen de visitas en favor de la abuela al estar el padre en prisión preventiva. Indica la Audiencia que este derecho de los abuelos queda reservado para aquellos casos en los que existe un manifiesto impedimento por parte de quien sea el progenitor custodio de permitir esa relación, lo que no

consta en el caso ya que la abuela los ha tenido una semana recientemente y que los ve asiduamente por la calle, por residir en el mismo barrio, situación que no se podría haber dado sino con el consentimiento y anuencia de la progenitora materna no custodia, lo que hace inviable la pretensión judicial solicitada[26].

V. ¿DEBE CESAR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN?

La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil de «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento».

No es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2° del Código Civil si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita. Entonces, y no ahora, pudo haberse interesado la modificación de la medida sometiendo a contradicción y prueba los hechos de interés a un cambio de las circunstancias, lo que no hizo.

En este sentido se ha pronunciado con gran claridad el Alto Tribunal al establecer en la sentencia para unificación de doctrina, la de 14 de octubre de 2014, y afirmar con rotundidad que la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos[27].

Totalmente contraria a la idea anterior de hace 10 años, donde por ejemplo la SAP de Cáceres de 17 de octubre de 2005[28], determinó que «un padre privado de libertad por cumplimiento de condena suspenderá la pensión alimenticia a favor del hijo, por la sencilla razón que el padre se encuentra privado de libertad y carece de toda clase de bienes e ingresos, no siendo correcto fijar una cantidad por dicho concepto. La respuesta jurídica correcta es que, mientras se mantengan las actuales circunstancias, no procede fijar cantidad alguna en concepto de alimentos a favor del hijo, sin perjuicio que, tan pronto cambien las mismas, la actora pueda solicitar alimentos para su hijo, en función de las necesidades del mismo y las posibilidades económicas del progenitor».

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, reconoció en abstracto el derecho a pensión alimenticia del hijo con cargo al padre, pero sin que proceda cuantía porque el padre al estar en prisión no percibe ingresos[29].

El cambio se produce en este decenio, entendiéndose que no cabe la reducción de la cuantía de la pensión solicitada por el padre alegando su falta de ingresos por encontrarse en prisión preventiva. En el momento de la ratificación del convenio regulador a presencia judicial el padre ya estaba privado de libertad, por lo que su detención elevada a prisión preventiva le era conocida y de previsible e indeterminada duración. Además, no ha quedado acreditado los medios de vida

de que disponía con anterioridad a su ingreso en prisión ni si dispone o no de patrimonio como para poder hacer frente al abono de la cantidad que libre y voluntariamente asumiera con la suscripción del convenio regulador mencionado. Como así señaló la SAP de Málaga de 3 de noviembre de 2011[30].

Igualmente en la SAP de Sevilla de 31 de mayo de 2012[31], donde había un padre privado de libertad, se acuerda que la obligación del pago de alimentos en cuantía mínima es ineludible por parte del progenitor ya que tiene que atender las necesidades básicas de su hijo[32].

Tampoco impide hacer frente a sus obligaciones alimenticias el hecho de encontrarse el padre cautelarmente privado de libertad, como consecuencia de hallarse imputado por un presunto delito de asesinato de la pareja sentimental de la madre del menor. Hechos que imposibilitan la supresión del mínimo vital fijado en la sentencia de instancia habida cuenta el importe ofrecido por el obligado en su momento, y el hecho de no haber acreditado la falta de recursos patrimoniales o ingresos que le impida hacer efectiva dicha prestación alimenticia, tal y como señaló la SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2014[33].

En la sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 3 de Barcelona se fijó una pensión de 150 euros (mínimo vital) ya que el padre carece absolutamente de recursos, y el abono por mitad de los gastos extraordinarios. El artículo 237.1 del Libro II del Código Civil de Catalunya hace referencia al contenido de los alimentos. Según este precepto «*Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le sea imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma*»[34].

Hay casos, como en el de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de abril de 2012, donde se incrementa el importe de la pensión alimenticia por ser insuficiente el fijado en primera instancia dadas las necesidades de los menores e ingresos del padre alimentante, todo ello con base en que la obligación de prestar alimentos es de carácter inexcusable. Es más, el tribunal se pronuncia indicando que debe dejarse sin efecto la suspensión de la pensión hasta que el padre salga del centro penitenciario donde se encuentra privado de libertad. Teniendo en cuenta además que «ello no le impide acceder a un trabajo remunerado, pudiendo acceder al sistema de protección social en situación de desempleo una vez sea excarcelado». No existe riesgo de ser imputado de un delito de abandono de familia por el impago de la pensión dada su carencia de ingresos mientras esté en prisión.[35]

La SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 incrementa la cantidad a abonar por el padre en prisión a favor de sus hijos en concepto de pensión alimenticia[36].

VI. CONCLUSIÓN

Resulta interesante detenerse en ver la evolución que ha experimentado la Jurisprudencia en pocos años sobre los deberes y facultades derivados de la filiación cuando el padre está prisión. Para proceder a la suspensión de la patria potestad hay que tener en cuenta varias cuestiones tales como la existencia de violencia, la condena del padre por violencia doméstica, o la condena por otras causas, en este último caso no se suspenderá, continuará siendo compartida pero

si se producirá una suspensión de la patria potestad del padre mientras perdure la situación de privación de libertad del progenitor, cuando se haya condenado por violencia doméstica o familiar.

Lógica es la denegación de la custodia compartida, en los supuestos de prisión, y más aún cuando es por delitos de violencia donde precisamente no ha existido respeto ni comunicación entre los progenitores, requisitos necesarios para la realización práctica de la medida entendida como beneficiosa para el interés del menor. Incluso se podrá revocar el sistema de custodia compartida cuando se ha iniciado un procedimiento penal contra el padre por violencia doméstica.

También ha variado el acuerdo de continuar o suspender el derecho de visitas del menor a la cárcel cuando el padre está en prisión donde la suspensión será aprobada por el juez o tribunal cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. Aunque si se trata de otros delitos y el menor tiene 12 años puede resultar beneficioso mantener el contacto con el padre.

En cuanto a la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos, menos aun cuando el mínimo vital por hijo es tan exiguo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

IGLESIA MONJE, M.ª I. de la (2012). Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial, *en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio, pp. 1612-1646.

— (2013). Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto. Pags. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— (2013). Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre, pp. 3423-3439.

— (2014). La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor / Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, pp. 3265-3283.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 350/2016 de 26 de mayo de 2016, Rec. 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2016, 52462).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2015, 177561).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2014, 141924).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 37196).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2009, 192180).
- SAP de Alicante, Sección 4.ª, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).
- SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, sentencia 200/2012 de 27 de abril de 2012, Rec. 727/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. (La Ley 2012, 94049).
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 408/2010 de 15 de julio de 2010, Rec. 274/2010. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (La Ley 2010, 282937).
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 42/2008 de 18 de enero de 2008, Rec. 820/2007. Ponente: María del Mar ALONSO MARTÍNEZ. (La Ley 2008, 7500).
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).
- SAP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia 57/2007 de 12 de marzo de 2007, Rec. 46/2007. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. (La Ley 2007, 54890).
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006, Rec. 524/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. (La Ley 2006, 244851).
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).
- SAP de Huelva, Sección 2.ª, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, sentencia 455/2000 de 30 de junio de 2000, Rec. 587/1999. Ponente: Juana María GELABERT FERRAGUT. (La Ley 2000, 135260).
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.
- LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en: *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015.

- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29/12/2007.
- CE artículo 39
- Código Civil (arts. 92, 142…)

NOTAS

[1] Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Publicado en *BOE,* núm. 137, de 6 de junio de 2014.

[2] LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en: *BOE,* núm. 175, de 23 de julio de 2015.

[3] Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29/12/2007.

[4] La privación de la patria potestad precisa de la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable de alguna forma relevante al titular de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores, derivados del mismo. Todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, el «interés superior» del hijo en cuyo beneficio está concebida y orientada como institución, siendo de todo punto necesario que la privación venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte actualmente conveniente a los intereses del menor, de forma que más que una sanción al incumplimiento de los deberes a ella inherentes, implica una medida de protección al niño.

En el supuesto de autos, según resulta de lo actuado, no existe circunstancia alguna que aconseje la privación de la patria potestad, como conviene la sentencia de instancia, y ni aún siquiera para suspender el ejercicio de la misma al padre, en atención al beneficio y protección del niño.

Tal conclusión se alcanza considerando que según informe del EAT Civil, obrante en autos a los folios 75 al 82, de fecha 14 de diciembre de 2006, tras el nacimiento del menor, en época en que la madre regentaba negocio propio, era el padre quien se encargaba del niño, mientras que el otro hijo de la Sra. Lucía marchaba con la abuela materna, manifestando incluso que la relación paterno-filial con Iker era más correcta que con el otro hijo de la Sra. Lucía. Además según se destaca en el mismo, en la interacción materno-filial, se ponen de manifiesto las dificultades de la progenitora para poner límites, evidenciándose un exceso de permisibilidad, destacándose que la misma se muestra minimizadora de sus propias dificultades, tanto a nivel personal como a nivel familiar, presentando una cierta inestabilidad que de no corregirse podría incidir de forma negativa en el desarrollo del menor.

Confirma también la procedencia de lo que viene dispuesto, el hecho de que la abuela materna, que depuso en la vista celebrada en primera instancia, refirió que cuando los viernes acudía a recoger al nieto mayor, Iker estaba con el padre bajo su cuidado, lo que denota, una vivída relación paterno-filial y la suposición de una consideración por parte de la madre de que la presencia del padre en modo alguno constituiría perjuicio para el niño.

[5] SAP de Madrid, Sección 24.ª, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

[6] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 42/2008 de 18 de enero de 2008, Rec. 820/2007. Ponente: María del Mar ALONSO MARTÍNEZ. (La Ley 2008, 7500).

[7] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006, Rec. 524/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. (La Ley 2006, 244851).

[8] Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

[9] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 37196).

[10] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2009, 192180).

[11] Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

[12] SAP de Alicante, Sección 4.ª, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).

[13] STS, Sala Primera, de lo Civil, 26 de mayo de 2016. sentencia 350/2016 de 26 mayo de 2016, Rec. 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2016, 52462).

[14] SAP de Huelva, Sección 2.ª, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).

[15] SAP de Cáceres, Sección 1.ª, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).

[16] La SAP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia 57/2007 de 12 de marzo de 2007, Rec. 46/2007. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. (La Ley 2007, 54890).

[17] SAP de Madrid, Sección 24.ª, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

[18] SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 408/2010 de 15 de julio de 2010, Rec. 274/2010. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (La Ley 2010, 282937).

[19] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).

[20] Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

[21] SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).

[22] SAP de Alicante, Sección 4.ª, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).

[23] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2015, 177561).

[24] La SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, sentencia 455/2000 de 30 de junio de 2000, Rec. 587/1999. Ponente: Juana María GELABERT FERRAGUT. (La Ley 2000, 135260).

[25] SAP de Huelva, Sección 2.ª, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).

[26] SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).

[27] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2014, 141924).

[28] SAP de Cáceres, Sección 1.ª, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).

[29] SAP de Madrid, Sección 24.ª, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

[30] SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).

[31] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).

[32] Solicita la parte apelante que se revoque la sentencia respecto al régimen de visitas y a la pensión de alimentos; en la sentencia y debido a que el apelante cuando se dictó la sentencia estaba en prisión se acuerda la suspensión del régimen de visitas dada la edad del menor en aquel momento 7 años, y que se considera no recomendable que deba acudir al Centro penitenciario; decimos que esa medida se adoptó en atención a las circunstancias que concurrían en ese momento, y es salvo que durante la tramitación de la apelación se hubiera producido algún hecho de gran transcendencia, lo que se debe analizar para determinar si el pronunciamiento es el adecuado, y con esta premisa se puede concluir que

lo resuelto en la sentencia de instancia debe ser confirmado pues el único objeto para la suspensión era la protección y el interés del menor que la justifica y ello porque y aunque en principio el estar el progenitor en un centro penitenciario no es motivo para suspender el régimen de relación con el hijo, sí es un hecho que no puede obviarse, y se debe analizar pues es una situación irregular en la que se debe comprobar caso por caso si el mantener en esas condiciones el régimen de visitas incluso reducido puede ser beneficioso para el menor, o bien no le sea positiva esa relación por la concreta situación en que se desarrolla, pudiendo afectarle en forma negativa; en el caso presente nada se acredita sobre la relación del padre con el hijo, como podría desarrollarse el régimen de visitas, y cuando menos plantear que el régimen de visitas será beneficioso, cuando hay además datos como la conducta del apelante que permite cuestionar muy seriamente que pueda por ahora resultar beneficioso para el menor, también es importante otro hecho sobre el que nada refiere el apelante y es si ha mentenido relación con el hijo durante estos 7 años, pues lo que no es correcto es fijar un régimen de visitas sin que previamente se analice y evalúe la repercusión en el menor si no se ha estado relacionando regularmente con él, por tanto la medida adoptada está perfectamente justificada y debe ser mantenida, sin perjuicio de que si se produce una modificación de las circunstancias, se pueda adoptar un régimen progresivo de visitas, analizando el impacto que ello pueda tener sobre el menor; respecto a la pensión de alimentos que se ha establecido y que es de una mínima cuantía responde a la ineludible obligación del progenitor de atender a las necesidades básicas del hijo, por lo que no hay ningún motivo para eximir al recurrente del cumplimiento de esa básica y esencial obligación que tiene como progenitor. Procede por lo dicho confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas.

[33] SAP de Asturias, Sección 7.ª, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).

[34] Es habitual que en este apartado se examine la situación económica y patrimonial de actora y demandado, así como los gastos del menor. Estos tres factores determinan la cuantía de la pensión. En el presente caso poco valor tiene dicho examen. Ni actora ni demandado realizan trabajo remunerado. Los dos carecen absolutamente de recursos. D.ª Eva María ha afirmado que vive con sus padres, que sus padres ni trabajan ni perciben prestaciones públicas, y que tanto ella como el menor, y sus progenitores subsisten de la pensión de su abuela. El demandado se encuentra en prisión, y en el centro no realiza ningún tipo de trabajo.

No se ha probado por parte de la actora (que tenía la carga de la prueba conforme al artículo 217 LEC) los gastos del pequeño, gastos que tienen una «importancia secundaria» al no haber patrimonio del que detraer las cantidades necesarias. Ello no obstante no justificaría el silencio de la sentencia, sentencia que siguiendo la tesis de la Audiencia Provincial de Barcelona ha de recoger un mínimo vital, mínimo establecido en CIENTO CINCUENTA EUROS MENSUALES (150 EUROS). Es palmario que es absolutamente imposible acceder a la cantidad interesada por la demandante de TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS (350 euros), porque el demandado carece absolutamente de recursos, además no se han acreditado los gastos totales del pequeño, y, finalmente, porque la pensión de alimentos corresponde por igual a los dos progenitores.

La cantidad reconocida ha de ser abonada por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, debiendo ser ingresada en la cuenta corriente que designe la demandante, y que se actualizará anualmente conforme al IPC según datos publicados por el INE u organismo público o privado que pudiera asumir en un futuro sus funciones.

A pesar de que ni actora ni demandado han interesado nada respecto de los gastos extraordinarios, esto es, los no previsibles pero necesarios, también la sentencia ha de dar respuesta a este efecto. Bien es cierto que tampoco se ha probado que el pequeño tenga unos gastos que no sean los propios de su edad. Ya me he referido a la ausencia absoluta de prueba respecto de los gastos del niño, pero la sentencia ha de quedar lo más cerrada posible en todo lo que le afecte a la menor de edad, y, por ello, ha de recogerse también lo relacionado con este efecto. Con relación a los gatos extraordinarios tiene dicho reiteradamente la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (por todas sentencia 164/2008, de 12 de marzo) que «los gastos extraordinarios son los imprevistos que, además, sean ne-

cesarios o consensuados, y que con la cantidad que normalmente se señala en concepto de pensión de alimentos a cargo del progenitor no conviviente y a favor de los menores deben considerarse incluidos los alimentos ordinarios, en los términos que prevé el artículo 259 del Código de Familia, no los extraordinarios ni los extraescolares. Considera la Audiencia Provincial que los gastos extraordinarios no son los necesarios para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y formación de los alimentistas en los que se incluye los libros y el material escolar, dado que estos forman parte de los gastos ordinarios. Tampoco pueden ser considerados como gastos extraordinarios las actividades extraescolares de los menores, afirma la Sección 12.ª «por cuanto, originadas estas al margen o fuera de la necesaria actividad escolar, como su nombre de «extraescolares» indica, los gastos relativos a las mismas habrán de ser satisfechos en la forma consensuada por los progenitores, sin que sea dable imponer desde un principio a uno de los progenitores la obligación de hacer frente a su pago por cuanto son muy variadas las circunstancias que pueden presentarse durante el periodo de formación de los menores que no solo aconsejen sino que, incluso, hagan necesaria su participación en las actividades que se organicen por el colegio fuera de la propia actividad escolar, y otras, aquellas como campamentos, colonias o actividades deportivas que puedan desarrollar los menores, que tampoco es dable que se hagan cargo en principio, de las mismas el progenitor conviviente que es el que primeramente se erige en receptor de las necesidades o deseos de los menores…». Serían por tanto gastos extraordinarios los que no pudiendo ser incardinables dentro de los gastos ordinarios, pues se presentan de manera súbita o inopinada al margen o fuera de los mismos, ni pudiendo considerarse tampoco comprendidos dentro de los que e originan como consecuencia de las actividades de los menores, se presentan de forma súbita o de manera no prevista, y a dicha imprevisión sobre su acaecimiento se aúna la necesidad de hacer frente a los mismos en beneficio o en interés del menor.

Teniendo en cuenta la situación de actora y demandado, descrita anteriormente, así como las necesidades de la menor se debe establecer que los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por cada uno de los progenitores, considerándose como tales aquellos que sean necesarios o consensuados en los términos a los que me acabo de referir.

[35] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, sentencia 200/2012 de 27 de abril de 2012, Rec. 727/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. (La Ley 2012, 94049).

[36] SAP de Alicante, Sección 4.ª, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).

1.2. Familia

La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)

The «renovations» of the guard of fact gives after the Law 26/2015, 28 july of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence (I)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN. La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo contenida en los artículos 239 y 239 bis del Código Civil. Asimismo, modifica en parte la regulación de la guarda de hecho, en concreto el artículo 303, incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente al mismo facultades tutelares. Además de establecer los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y la posibilidad del guardador de hecho de promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela y el nombramiento del tutor. Además de poder constituirse en acogedores temporales de menores de edad. Con ello se avanza paso a paso en la calificación de la guarda de hecho como medida de apoyo en la línea de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad. Sobre el alcance de esta reforma en la regulación de la guarda de hecho es lo que se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: The Law 26/2015, of July 28 of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence it introduces opportune modifications in the regulation of the ordinary guardianship of minors and persons with the capacity modified judicially in situation of abandonment contained in the articles 239 and 239 bis of the Civil Code. Likewise, it modifies partly the regulation of the guard of fact, in I make concrete the article 303, including the possibility of granting tutelary powers judicially to the ismo. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the privation or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside establishing the guard's suppositions of fact that must motivate the declaration of abandonment and the possibility of the guardian of fact of promoting the priva-

tion or suspension of the native legal authority, removal of the guardianship and the appointment of the tutor. Beside being able to be constituted in cozy temporary of minors. With it it is advanced stepwise in the qualification of the guard of fact as measure of support in the line of the Convention of the ONU on rights of the persons by disability. On the scope of this reform in the regulation of the guard of fact it is what is going to centre on the present study.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho. Menores. Personas con capacidad modificada judicialmente. Desamparo. Tutor. Patria potestad. Acogimiento.

KEY WORDS: Guards of fact. Minors. Persons with capacity modified judicially. Abandon. Tutor. Native legal authority.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA GUARDA DE HECHO.—III. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO.—IV. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO.—V. LA ACTUACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO: 1. El deber de información del guardador de hecho. 2. Obligación de notificar o comunicar la existencia de la guarda de hecho. 3. La adopción de medidas de control y vigilancia. 4. Facultades tutelares y de acogimiento. 5. La actuación del guardador de hecho en relación con la tutela o la patria potestad. 6. Los actos realizados por el guardador de hecho. Su posible impugnación si no redundan en su utilidad. 7. El alcance de derechos del guardador de hecho. 8. La responsabilidad civil del guardador de hecho por hechos propios y ajenos.—VI. LA PUBLICIDAD DE LA GUARDA DE HECHO EN EL REGISTRO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES. —VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La redacción originaria del Código Civil mantenía silencio sobre esta figura jurídica[1]. Tan solo el artículo 173 contenía una referencia «a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando», sin mayores especificaciones respecto a las características de dicha guarda; salvo el hecho que debía ser oído el guardador en la adopción. Es, por ello, que en la doctrina se hablaba de «tutela de hecho» considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello[2]; o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino en su lugar, por otra persona que no lo ostenta legítimamente[3]. Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos[4]; o simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular[5].

En este contexto, los profesores BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA bajo la dirección de DÍEZ-PICAZO, redactaron un *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil* relativo a la tutela patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea publicado en 1977, donde elaboraron un Anteproyecto que, afecta sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, dedicando el Título X a las instituciones tutelares, y en el Capítulo I del mismo relativo a las «Disposiciones

generales» se venía a encuadrar la «guarda de hecho» dentro de las citadas instituciones; destinado luego el Capítulo VI específicamente a la misma (arts. 307 a 313), en el primero se disponía que «*quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*»; y se añadía en el artículo 312 que «*tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de acuerdo con las normas de este Código*». Situación que contrasta, con la ausencia de regulación en la redacción originaria de nuestro Código Civil.

En este *Estudio,* como señala SANCHO REBULLIDA (1984, p. 46), se inspiraron, con carácter general los trabajos llevados a cabo por la Comisión General de Codificación, dirigidos a la reforma de los títulos IX y X del Libro I del Código Civil[6]; y asimismo, sirvió de base para la posterior reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Aunque, en el Capítulo I dedicado a las «Disposiciones generales» del Título X del Libro I bajo la rúbrica «De la tutela y guarda de los menores e incapacitados» no se hace referencia a la guarda de hecho; en concreto, en el artículo 215 se obvia cualquier mención a aquella en la enumeración de las instituciones de guarda de menores e incapacitados; no obstante, con una regulación escasa el Capítulo V se dedica a «la guarda de hecho» con solo tres preceptos (art. 303, 304 y 306)[7]; que contrasta de nuevo con la más amplia regulación que, se dedica a la figura en el mencionado *Estudio;* y, con la que, asimismo, se contiene el Código Civil catalán, que tras la aprobación por Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro II relativo a la persona y la familia, regula la misma en el Título II *Las instituciones de protección de la persona,* Capítulo V La guarda de hecho (arts. 225-1 a 225-5), con unos contornos más precisos que, los que se contenían en el derogado Código de Familia catalán, (Ley 9/1998, de 15 de julio —artículos 253 a 258—), representando uno de los instrumentos de protección de las personas mayores de edad que, no pueden gobernarse por sí mismas, y, de menores en situación de desamparo, y, formando parte del nuevo modelo de protección que, se diseña en este Libro II, donde, además de ponerse el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar (art. 211-3.1); se fomenta la autonomía del individuo en la organización de la protección de su persona y patrimonio, cuando no pueda decidir por sí mismo; y, se relega la incapacitación y constitución formal de la tutela para casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica, se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Por su parte, también se dedica una mayor atención a la figura en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas (en adelante CDFA), Capítulo VII La guarda de hecho, Título III *De las relaciones tutelares* (arts. 156 a 159). No obstante, en todas las regulaciones se sigue considerando la guarda de hecho como situación provisional, aunque se avanza con la última reforma legislativa estatal hacia una cierta permanencia y estabilidad y de todas formas la regulación vigente posibilita un control por parte de la autoridad judicial con el objeto de garantizar la protección del incapaz.

Ahora bien, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptado por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008, forma parte del ordenamiento jurídico interno español y sus normas y principios son de obligada aplicación por los juzgados y los tribunales[8]. En ella se reconoce que, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, además de diseñar un sistema de apoyos que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica y posterga la necesidad de modificación judicial de la capacidad para cuando resulte estrictamente necesaria (art. 12)[9]. Un sistema de apoyos que se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que ha de realizar. De todas formas, nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 29 de abril de 2009[10] entiende que nuestro sistema de incapacitación es conforme con la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad y se propone: «1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». En esta línea, la sentencia del citado Alto Tribunal, de 1 de julio de 2014[11] señala que «el artículo 200 del Código Civil que regula las causas de incapacitación («*las enfermedades o deficiencias persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*») y el artículo 760.1 de la LEC que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección», en la media en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tengan en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona. El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que, si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la sentencia 479/1994, de 20 de mayo, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento y conforme a ello la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras. De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como hemos recordado recientemente «el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección

porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sean necesarias una forma de protección adecuada» (sentencia 504/2012, de 17 de julio). Debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa de un complemento o de una representación para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción de tribunal de instancia. Hasta el punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente el presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas esterotipadas). Es cierto que, en el juicio de incapacitación los principios dispositivos y de aportación quedan condicionados por la finalidad perseguida que, es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueden necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica». Y añade que «tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la tutela». Por su parte, de nuevo, la sentencia de este Alto Tribunal de 3 de junio de 2016[12] dispone que «para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esa graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo de 2016). Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida que, precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda, si puede actuar por sí misma, o si precisa de alguien que lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones». Ahora bien, «el interés superior del discapaz —sentencia de 19 de noviembre de 2015— es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derechos de la Persona con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y

familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado». De todas formas «es cierto que, el artículo 12.4 de la Convención exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos y que esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que, no hay conflicto de intereses ni influencia indebida, que serán proporcionada y adaptadas a las circunstancias de la persona. Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3 a) como principio de actuación «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas».

En todo caso, se ha ampliado el campo de actuación de la guarda de hecho con las últimas reformas legislativas en materia de discapacidad y dependencia. Así en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad se le concede legitimación al guardador de hecho para constituir un patrimonio protegido [art. 3.1 c)]; y, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se permite su intervención en la solicitud de reconocimiento de la dependencia. Asimismo, en el ámbito personal, tratándose de consentimiento por representación el artículo 9.3 a) de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se otorga cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y el paciente carece de representante legal, podrán prestar el consentimiento las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Ahora bien, aunque el consentimiento lo haya prestado el guardador de hecho, la decisión que se adopte, debe siempre atender al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Y, además, aquellas decisiones que se tomen que, puedan ser contrarias a los intereses del paciente deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte a tal fin la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la citada autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios podrán adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de la vida o salud del paciente, siempre amparados en su actuación por el cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6). En todo caso, como regla general, la prestación del consentimiento por representación que lleva a cabo el guardador de hecho será adecuada a las circunstancias, proporcionada a las necesidades que haya que atender y siempre en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal. De todas formas, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones que resulten necesarias y se exijan a lo largo del proceso sanitario[13].

Por otra parte, recientemente se ha aprobado la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la que se reforman algunos preceptos del Código Civil, entre los cuales, se encuentra el artículo 303, y parece que operando en la línea del sistema de apoyos diseñado en la Convención de las Naciones Unidas, se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente al guardador de hecho facultades tutelares, y, además, se establecen los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo —para ello se introduce las oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo previstos en los artículos 239 y 239 bis del Código Civil—; y, los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor a solicitud del guardador de hecho. De todas formas, el artículo 225-3 del Código Civil catalán también concede facultades tutelares a la guarda de hecho de las personas que estén en potestad parental o en tutela, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable. Asimismo en esta Ley 26/2015 se establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal.

En este contexto, el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho alcanza a los menores en situación de desamparo o abandono por el motivo que sea, o cuando sometidos a patria potestad o la tutela, estos no la ejercen, en una suerte de «dejación» de sus facultades; o, de menores protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad y después de alcanzar la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacitación, sino que se pasa a una guarda de hecho, como una especie de «patria potestad prorrogada de hecho», o de personas mayores incapacitadas cuyo tutor o curador no ejercen adecuadamente sus funciones, o, en fin, personas mayores que pueden precisar de una institución de protección o apoyo; u otros grupos de especial vulnerabilidad (presuntos incapaces, discapacitados o dependientes), frente a los que puede constituir una opción válida para la protección de su persona y/o de su patrimonio —incluso durante la sustanciación del proceso de incapacitación—[14], el nombramiento de un guardador de hecho.

Ciertamente, se puede proceder a la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando además de darse esta circunstancia, se dan los presupuestos objetivos de falta de asistencia contenidos en los artículos 172 y 239 bis del Código Civil.

No se ha de dudar del impacto que la guarda de hecho tiene en la realidad asistencial de las personas mayores, por lo que se demanda un tratamiento jurídico de la figura adaptada a esta dimensión social. Los avances médicos han favorecido el aumento en la esperanza de vida de nuestros mayores que, ha venido acompañado de un aumento de las enfermedades neurodegenerativas y de discapacidades psíquicas o físicas que, demandan medidas asistencias derivadas de la implacable pérdida progresiva de la autonomía personal del individuo. Precisamente, la existencia de situaciones de discapacidad física y psíquica limitan tanto la capacidad de entender y querer de la persona como su autonomía personal motivada por una pérdida de la misma, lo que evidencia la necesidad de arbitrar medios de apoyo como puede ser la guarda de hecho que, pese a carecer de legitimación para actuar en la esfera personal y patrimonial, da satisfacción a las necesidades cotidianas que, se plantean en el cuidado y atención de menores y personas mayores.

Se deben buscar vías alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad, pues la realidad que nos rodea constata que, la mayor parte de las personas mayores con facultades volitivas e intelectuales limitadas no han sido objeto de un procedimiento de modificación de su capacidad, ni lo serán probablemente en el futuro. Lo cierto es que hay una tendencia en la doctrina a dotar de un mayor reconocimiento legal a la guarda de hecho y a exigir, en consecuencia, una regulación más extensa que, elimine todos los problemas que se pueden suscitar en la práctica[15]. No obstante, precisa PARRA LUCÁN (2013, 2533-2534) que aunque «las propuestas de una mayor regulación de la guarda de hecho están llenas de buenas intenciones», lo cierto es que «si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio o largo plazo ya no será un guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación, o si se quiere una «incapacitación» más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación». Por lo que concluye «no cabe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos»; y, además «no resulta deseable una generalización de las guardas de hecho al margen de las guardas configuradas legalmente, porque se está privando al menor o incapaz de las garantías que en su beneficio el legislador ha previsto al diseñar las instituciones de guarda y protección»[16]. Si bien, no consideramos que son tanto los posibles «peligros» como los beneficios o las bondades como mecanismo de apoyo que, puede favorecer la protección de un determinado grupo de población sin tener que recurrir en última instancia a la incapacitación judicial como única forma de protección de personas de edad avanzada.

Sobre tales bases, en el presente estudio vamos a proceder a un tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la institución de la guarda de hecho —si bien, este último más escaso en comparación con otras instituciones tutelares como la tutela—, atendiendo a las últimas modificaciones en su regulación que, la acercan más a la línea de representar un mecanismo de protección y apoyo a menores y a personas mayores que, el ordenamiento jurídico ha de proporcionar a tales colectivos, sin necesidad de recurrir a la modificación de la capacidad judicialmente, salvo que sea necesario como último recurso ni a la declaración de desamparo. Lo que representa una «revitalización», a nuestro entender, de su alcance funcional.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA GUARDA DE HECHO

LETE DEL RÍO señala que «no es la guarda de hecho una creación puramente doctrinal, sino un supuesto harto frecuente en la vida diaria. Y si nos preguntáramos por la razón de esta *praxis*, seguramente habría que recordar aquella frase que «el derecho de familia empieza donde termina la familia», y constatar que es el recelo de la familia a la intromisión en la esfera que le es propia de personas, instituciones y órganos ajenos a ella»; por ello, estima que, «aunque el sistema de guarda y protección de los menores o incapacitados se haya modificado, incluso si así se considera perfeccionado y agilizado, cuando exista una situación familiar de armonía, se seguirá produciendo resistencia a la intervención de terceras personas extrañas, y con mayor motivo cuando se trate de autoridad judicial»[17]. A estas razones que justifican la *praxis* de la guarda de hecho, añade ROGEL VIDE (1986, 13) «la desconfianza que muchos guardado-

res de hecho, potenciales o efectivos, sienten hacia las formalidades legales; el desconocimiento, la ignorancia de las formalidades a seguir para constituir los organismos tutelares; y el temor a los costes que puede generar el procedimiento de incapacitación —si esta es necesaria— y la constitución de la tutela»[18].

En todo caso, como señala LASARTE ÁLVAREZ (2015, 401) «la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generan las situaciones de guarda de hecho; y de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito hacia quien asume la guarda de hecho»[19]. Por su parte, FÁBREGA RUIZ (2010, 297) la guarda de hecho se define de acuerdo con dos rasgos básicos «el primero positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico»[20]. Y en este contexto, añade que el guardador de hecho será «aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado del menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma»[21].

De hecho, los cuidadores no profesionales a los que presta atención la mencionada Ley 39/2006, atribuyéndoles una prestación económica y el alta como cotizantes en la Seguridad Social, son encuadrables en la figura de la guarda de hecho; y, habitualmente, son en su mayoría mujeres dedicadas al cuidado de algún familiar discapacitado o dependiente.

Lo cierto es que, se trata de una figura surgida al margen de la Ley, pero frecuente en la vida cotidiana, que tras la reforma de la Ley 13/1983 ha adquirido rango normativo; un reconocimiento legal, sin embargo, escaso en su alcance, pues, el Código Civil ni define la guarda de hecho, ni fija los supuestos de hecho que pueda ampararse bajo la misma, ni el régimen jurídico aplicable; lo que corresponde a la doctrina suplir esta carencia, dando lugar a diversas concepciones de la misma, dependiendo de la postura amplia o estricta que se pretenda dotar a esta figura. En todo caso, conviene resaltar que en evitación de perjuicios, el legislador del 83 quiso, pese a la escasa regulación, otorgar efectos jurídicos a una situación constituida fuera de los márgenes formales o legales, que corresponden a los cargos tutelares. Y, ahora de nuevo el legislador, con la reforma de su articulado con la Ley 26/2015 le ha dotado de funciones tutelares —cuando lo considere pertinente la autoridad judicial—, ampliando con ello su campo de actuación y reconociendo, en nuestra opinión, su valor como mecanismo de apoyo y protección de menores y de personas mayores y la tendencia a dotarle de cierto carácter permanente.

AFONSO RODRÍGUEZ (1995, 321) señala que estamos ante una figura harto compleja que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o de la tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin ningún régimen legal y de forma superpuesta con la guarda legal[22].

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA (1984, 152) manifiesta que no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas[23].

De forma más exhaustiva, DÍEZ-PICAZO (1977, 61) considera al guardador de hecho como «aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las

funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y, añade que «se entienden incluidos en este instituto a los tutores en quienes concurra causa de inhabilidad legal o que hubieren comenzado su ejercicio sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o extendieren su función después de haberse extinguido la tutela»[24].

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 señala que «la guarda de hecho está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezca y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad»[25]; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005[26] dispone que, el término «guarda de hecho» ha de entenderse también en sentido amplio, pero «en contraposición a los institutos tutelares —tutor, curador y defensor judicial—. No hay curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay un solo guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares»

Finalmente, el artículo 225-1 del Código Civil catalán considera que es guardadora de hecho «*la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen*». Por su parte, el artículo 156 CDFA define el guardador de hecho como «*la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada*»[27].

En cuanto a los *caracteres* que configuran la guarda de hecho, se parte de considerarla como una situación de hecho. LETE DE RÍO (1985, 484) señala que de «entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad de tutor[28]. Por su parte, CARCABA (1984, 82) se cuestiona sobre la naturaleza misma de la llamada «guarda de hecho»: ¿cómo puede ser que una institución de hecho sea regulada por el Derecho? Las instituciones de hecho nacen ante una ausencia total de formalidad, son meros hechos sin efectos jurídicos. Pero, en este caso, la posible guarda de hecho y la producción de efectos de la misma, está reconocida en el Código, tratándose en consecuencia de algo más que de un hecho puesto que los actos realizados por el guardador son válidos para el Derecho. Y, añade, finalmente, que la guarda de hecho transciende del mundo del hecho al producir efectos de Derecho[29]. Con el mismo criterio, ROGEL VIDE (1991, 863) manifiesta que no se puede confundir con guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales, y, precisa «tanto la tutela llamada plena o perfecta como la llamada tutela o guarda de hecho son, al fin y a la postre y en mayor o menor medida, tutela y participan, ambas de las características, antes predicadas, de la tutela en general». En definitiva, concluye el autor «siendo una formal y la otra informal, una con potencialidad de ejercicio —devenida o no en acto— y la otra efectivamente ejercida, son, ambas, tutela de Derecho, dada la relevancia jurídica de las dos. Guarda de hecho, pues, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales»[30]. Compartimos esta

manera de entender la guarda de hecho, pues, no tiene mucho sentido hablar de situaciones de hecho y de derecho, desde el momento que, aquella goza de una regulación jurídica, se trata de una guarda asumida de hecho, —efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales—, pero dotada de un reconocimiento legal, pues, de lo contrario no se alcanza el significado del articulado con el que se dota a la misma.

La guarda de hecho, asimismo, se refiere o contempla situaciones pasadas o, más exactamente actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas[31]. Igualmente, está dotada, de cierta provisionalidad en su existencia. Nos encontramos ante una figura de configuración transitoria, operante mientras no se nombre el tutor o curador[32]. Resulta imprescindible la constitución de un cargo tutelar, y el guardador de hecho deberá informar de la situación al Juez, y este tomar las medidas oportunas que puede conllevar la extinción de la guarda de hecho, intervención judicial que debe realizarse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228 del Código Civil; de ahí que se pueda afirmar que, la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción. Goza, por tanto, de una existencia temporal. No obstante, el legislador le dota de cierta estabilidad y permanencia, al permitir al juez cautelarmente que, el guardador de hecho asuma funciones tutelares.

PRATS ALBENTOSA (1995, 572) señala, al respecto que, cuando sea reconocida por el juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma permite a la autoridad judicial que, potestativamente, permanezca inactiva y no adopte medida alguna, o que solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado, así como respecto de su actuación en relación con los mismos. Tras haber recabado la información, al juez se le atribuye —según el auto— nuevamente la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas[33].

Compartimos tal planteamiento, pues, desde que el juez conoce la existencia de la guarda de hecho y la mantiene o le dota, incluso, de funciones tutelares, convierte la guarda de hecho en una guarda de derecho. Ciertamente, podemos encontrarnos con personas mayores, en las que no concurre necesariamente causa de incapacitación, y sin embargo, en la situación en que se encuentran, necesitan de una protección tanto en su ámbito personal como patrimonial, siendo la guarda de derecho, una de las opciones posibles y más favorables, lo que exigiría aparte de su reconocimiento, su mantenimiento con una duración que puede ser limitada en el tiempo, y, sometiéndola, por supuesto, a todas las medidas de control y vigilancia, que se consideren oportunas y necesarias; o de otorgarle además, cuando lo considere oportuno el juez, funciones tutelares que, posibiliten su actuación tanto en la esfera personal como patrimonial del guardado. Le dota de cierta representatividad que, de otra forma carece. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de transformar, si se considera conveniente, al guardador de hecho en acogedor tanto respecto de personas mayores como en caso de menores en situación de desamparo, en una suerte de acogimiento familiar[34], o nombrarle como tutor[35]. En todo caso, la guarda de hecho muestra que, si bien no constituye una verdadera institución tutelar, sino una mera situación de hecho, no deja de cumplir una función protectora y desde el momento en que faculta —que no impone ni ordena— al juez para controlar su desenvolvimiento, es llano que el legislador adopte una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional. Ciertamente, parece que, el legislador mantiene respecto de la guarda de hecho una posición que se podría

llamar neutral, por vía de conferir a la autoridad judicial un amplísimo margen de decisión, hasta el punto de permitirle mantener la actual situación de guarda de hecho como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial que haga las veces de tutor en tanto se proceda el nombramiento de este (art. 299.2 del Código Civil). Asimismo, aunque el artículo 215 del Código Civil no la menciona entre las instituciones de protección de la persona y bienes, sin embargo, la regula dentro del Título X dedicado a la tutela, curatela y de la guarda de los menores e incapacitados, y la somete como las demás al correspondiente control judicial (arts. 216 y 303 del Código Civil). No obstante, el legislador aragonés menciona a la guarda de hecho en el artículo 100.2 del CDFA como figura que «puede contribuir a la guarda y protección de menores e incapacitados» en relación con su persona y bienes o solo de la persona o de los bienes.

III. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO. SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ACOGIMIENTO

La doctrina no es unánime sobre este punto, y se perfilan dos posturas, una amplia y otra restringida. Así, para los partidarios de una visión amplia, la guarda de hecho se da en todos los supuestos admitidos como tales en el *Estudio* dirigido por el profesor DÍEZ PICAZO en el año 1977[36], al que nos hemos referido en líneas precedentes. Son de esta opinión autores como ROGEL VIDE (1986, 53)[37], VENTOSO ESCRIBANO (1985, 129)[38], MORENO QUESADA (1985, 325)[39] y SANCHO REBULLIDA (1989, 341)[40]. Entrarían los casos más frecuentes y posibles como son que los propios padres o el tutor hayan hecho dejación de sus funciones y que las realice y asuma un tercero como guardador de hecho.

Para otro sector doctrinal, esta tesis amplia se ve contradicha por el texto del artículo 303 del Código Civil que remite al artículo 228 del mismo cuerpo legal y habla ahora de «persona que pudiera precisar de una institución de guarda y apoyo» pareciendo que, con ello se trata de aludir únicamente a las guardas que, se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o de tutela previa. De esta posición son partidarios CANO TELLO (1984, 142)[41], RODRIGO BERCOVITZ (1986, 793)[42] y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1988, 258)[43], entre otros. Asimismo, consideran estos autores excluidos de la guarda de hecho todos los supuestos en que existe un tutor nombrado, pero, o bien está incurso en causa de inhabilidad, o bien no ha cumplido los requisitos legales para poder hacerse cargo del tutelado, ha sido removido y continúa desempeñando el cargo. En línea con su tesis, diferencian entre «guarda de hecho» y «tutela de hecho», e incluyen esta última categoría a los casos de tutelas putativas y tutelas irregularmente constituidas. Son, además, contrarios a la asimilación del régimen de la guarda de hecho al de la tutela, aduciendo que, a pesar que el Título X del Libro I se refiere a ambas, en cambio el artículo 215 del Código Civil, que inicia la regulación, no menciona como instituto de guarda y protección de menores e incapacitados a la guarda de hecho, por lo que el régimen de esta debe someterse a las normas del mandato y de la gestión de negocios[44].

En el artículo 225-1 del Código Civil catalán, son casos de guarda de hecho, los menores en situación de desamparo o la persona mayor de edad en las que concurre causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o aun estándolo, los titulares de estas funciones no la ejercen; no, por tanto, el presunto incapaz[45]. En todo caso, si la guarda se ejerce respecto de una persona que, está bajo patria potestad o tutela, se considera también conveniente que la autori-

dad judicial confiera funciones tutelares al guardador, si lo hacen aconsejable la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada. La atribución de estas funciones tutelares comporta la suspensión de la patria potestad y la tutela (art. 225-3.2).

Por su parte, el artículo 157 del CDFA califica de transitoria y temporal esta institución, y señala como supuestos de guarda de hecho, los menores o incapacitados en situación de desamparo, o las personas que podría ser incapacitadas.

En este contexto, el artículo 303 del Código Civil incluye como supuesto de guarda de hecho, la de las personas ya incapacitadas, cuando el tutor o el curador no cumplen sus funciones y en tanto se remueven del cargo a los mismos; la de personas no incapacitadas pero que pueden precisar de una institución de protección y apoyo; y, los menores como las personas con la capacidad judicialmente modificada en situación de desamparo. El artículo 172 se considera como situación de desamparo de menores «la que se produzca de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Y el artículo 239 bis con respecto al desamparo de las personas con la capacidad modificada judicialmente considera como situación de desamparo a estos efectos «la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes o por carecer de tutor».

En el Código de Derecho Foral aragonés la situación de desamparo exige que, de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores o incapacitados, estos se hallaran privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 118). Pero para hablar de guarda de hecho resulta preciso que esa situación no haya sido conocida por la entidad pública, porque en tal caso lo que procede es que esta, en virtud de resolución administrativa que, la constate, asuma la tutela automática (art. 119). Al mismo tiempo, si la guarda de hecho se desarrolla adecuadamente, el menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente no se encontrarán, de hecho, en situación de desamparo, por lo que ya no procederá la intervención de la Administración. Conforme al citado artículo 119 corresponde a la entidad pública a la que, en Aragón esté encomendada la protección de menores e incapacitados apreciar la situación de desamparo mediante resolución motivada que, supondrá la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar o de la tutela ordinaria. Si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce solo la guarda mientras se mantenga la situación. Las personas con la capacidad modificada judicialmente declarados en situación de desamparo estará sujetos a tutela automática, salvo cuando la entidad haya asumido solo la guarda (art. 130.2). Es posible, además que, la entidad pública sea nombrada tutora, pero en este caso con arreglo a las normas de tutela ordinaria.

Por su parte, en el Código Civil catalán no se contempla la declaración de desamparo y la tutela automática de la entidad pública respecto de las personas mayores de edad en quienes concurran causa de incapacitación. Solo se prevé la declaración de desamparo para menores (arts. 228-1 a 228-9). En todo caso, se considera guardadora de hecho a la persona física o jurídica que cuida del menor o de una persona en quien se da causa de incapacitación «si no está en

potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no la ejercen» (art. 225-1); y se establece como causas de extinción de la guarda de hecho solo la declaración de desamparo del menor (art. 225-1).

La Ley 26/2015 modifica la regulación del desamparo. Así, en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor —también modificado— se completa la definición de la situación de desamparo contenida en el art. 172.2 del Código Civil). Así, se entiende como situación de desamparo de menores, como hemos señalado, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Al respecto, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que, existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor. Así: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental; f) La in-

ducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia (art. 18.2 apartado 4 LOPJM).

En todo caso, la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se establece como novedad, en la Ley 26/2015 la notificación al menor afectado y se precisa que tal notificación a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, se haga de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Constatada la situación de desamparo, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 del Código Civil —modificado asimismo por la Ley 26/2015—). La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura que, analizaremos, del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará como hemos señalado, mediante la correspondiente resolución administrativa. Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento (art. 18.3 de la LOPJM).

Lo cierto es que, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este. En todo caso, si procediere la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 del Código Civil)[46]; y veremos que, ahora también puede hacerlo el guardador de hecho (art. 303.2 apartado 2 del Código Civil). La posibilidad de privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que se concede a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal constituye una posibilidad nueva en esta ley, pues,

en la anterior regulación del artículo 172.1 del Código Civil solo era posible la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Ahora bien, con el fin de favorecer y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. En todo caso, se recoge la previsión de la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial. Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la familia acogedora. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena. Asimismo, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado, entendiendo por tal: «el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral» (art. 20.1 apartado 1 de la LOPJM).

El acogimiento especializado podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (arts. 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM).

También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva[47]; y, c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 bis.2 del Código Civil)[48].

Se redefinen las medidas de acogimiento familiar en función de su duración. De forma que, se suprime el acogimiento provisional que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva es, actualmente una fase del procedimiento de adopción. Así, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines de adopción que, recuerda al acogimiento preadoptivo y permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al juez para la constitución de la adopción, puede iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública.

Por otra parte, se considera en situación de desamparo de la persona con capacidad modificada judicialmente cuando quede privado de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumbe a la persona designada para ejercer la tutela de conformidad a las leyes o por carecer de tutor. En este caso, asimismo, la entidad pública a la que en el respectivo territorio está encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente asumirá por el ministerio de la ley la tutela de tales personas en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modifica su capacidad (art. 239 bis del Código Civil).

En este contexto, la definición de desamparo de los artículos 172.1 apartado 2 y 239 bis.2 del Código Civil, descrita en líneas precedentes, en relación con la guarda de hecho determina la existencia de dos tesis doctrinales y jurisprudenciales que, en principio, se muestran contrapuestas, la objetiva y la subjetiva: para la primera, el desamparo se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor o de la persona mayor, de forma que, si alguien los atiende no existe situación de desamparo[49]; por el contrario, la tesis subjetiva mantiene que si el menor o la persona mayor con capacidad modificada judicialmente o no, no se encuentran atendidos por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, en su caso, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta sus asistencia por un guardador de hecho[50].

La actual redacción del artículo 303.2 del Código Civil parece orientarse en la primera línea, pues, para que tenga lugar la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente, resulta necesario además de la existencia de una guarda de hecho que, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia que establecen los artículos 172 y 239 bis. De forma que, si no se dan tales presupuestos objetivos y están los menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente bajo guarda de hecho, no están en situación de desamparo. Precisamente, en esta dicotomía desamparo y guarda de hecho se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 27 de octubre de 2014[51] donde fija como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye, ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

En todo caso, la situación de desamparo tiene lugar respecto de los menores, las personas con la capacidad modificada judicialmente, y las personas mayores no incapacitadas, pero que necesitan de un instrumento de protección y apoyo cuando se constata su falta de asistencia moral y material. De todas formas, la guarda de hecho que es relativamente frecuente con relación a los menores de edad, en los últimos tiempos es cada vez más habitual en relación con personas mayores de edad avanzada que, por no encontrarse incapacitadas judicialmente no tienen una institución de guarda ya sea tutela o curatela; de manera que, la ayuda, cuidado y atención que necesitan para muchas actividades de la vida diaria, les es prestada por personas de su entorno más cercano, como guardadores de hecho.

IV. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO

Pese al silencio del artículo 304 del Código Civil, el guardador de hecho actúa tanto en la esfera personal como patrimonial, y, puede variar en función de los supuestos a los que se aplica, adaptándose a las circunstancias concretas de guarda, que exige el sometido a la misma.

Respecto de la persona, puede ocuparse de su alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación; incluso, promover la incapacitación del sujeto, cuando sea necesario, o de procurar su recuperación. En este sentido, se manifiesta el artículo 159.1 del CDFA; y, el artículo 225-3.1 del Código Civil catalán, que, además añade que «el guardador debe actuar siempre en beneficio de la persona en guarda».

Respecto de su patrimonio, alcanza, en principio, a todos los actos de administración ordinaria, no a los de carácter extraordinario, pues, no olvidemos que, se trata de una situación fáctica, de hecho. A ello, se refiere expresamente el artículo 159.1 del CDFA si bien, con la exigencia de que estos actos de administración sean necesarios. Para la justificación de tal necesidad será suficiente la declaración en tal sentido de la Junta de Parientes de la persona protegida (art. 159.2 de la citada Ley). No obstante, la realización de estos actos calificados de «necesarios», comporta frente a terceros la representación legal del guardador de hecho. E igualmente, contiene mención expresa de la limitación en la actuación del guardador a los actos de administración ordinaria, el artículo 225-3-1 del Código Civil catalán. Ahora bien, si se trata de una guarda de hecho de personas, que están bajo patria potestad o tutela, estas pueden solicitar de la autoridad judicial que, confirieran al guardador, funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias, que lo hagan aconsejable, como por ejemplo, la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable[52]. Estas funciones tutelares se atribuyen en procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la patria potestad o del tutor, si es posible. Tal atribución conlleva la suspensión de la patria potestad (art. 225-3.2 del Código Civil catalán), evitando con ello que, el guardador tenga que, asumir una carga demasiado onerosa, sobre todo, si se trata de miembros pertenecientes a la misma familia, de tener que instar la privación de la patria potestad o la remoción del tutor.

Si bien, en este contexto, desde la propia regulación del Código Civil, la no mención expresa y por ende, limitación de la actuación del guardador, —a diferencia de los ordenamientos autonómicos citados—, a los actos de administración ordinaria; no parece imposibilitar que, puedan extenderse aquella también a los de administración extraordinaria y los dispositivos, siempre que, redunden en utilidad del menor o presunto incapaz, si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 304 del mencionado cuerpo legal, y, el hecho que, cuando la guarda de hecho se comunica a la autoridad judicial, su existencia podríamos decir se «juridifica», sometiéndose a un control judicial como los demás cargos tutelares[53]. Y, actualmente, con la posibilidad añadida de ver ampliado su campo de actuación al concederle el juez cautelarmente funciones tutelares, que le permitan realizar actos de administración y disposición, en su caso, con las mismas limitaciones que, se imponen a las demás instituciones tutelares, al dotarles de cierta representatividad.

NOTAS

[1] YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, p. 152 nos recuerda que, la guarda de hecho «se trataba con anterioridad a la reforma de una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar anterior». Y, añade «es de esperar que en el nuevo sistema la protección de menores e incapacitados se verifique según lo previsto en la nueva regulación». Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, decimocuarta edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 400-401 señala que, siempre ha tenido una relativa presencia social la situación de un menor o incapacitado tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él; y, desde la publicación del Código Civil dicha eventualidad ha sido precisamente *una situación fáctica* extraña a la ley.

[2] DÍEZ-PICAZO, L. (1973), «Notas sobre la institución tutelar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 1386.

[3] ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año XCII, p. 81.

[4] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª (1978). La llamada «patria potestad de hecho», *Revista de Derecho Privado,* 1978, p. 843.

[5] ORTEGA PARDO, G. (1947). La tutela de hecho, *op. cit.,* pp. 105-106 que afirma que «en los verdaderos casos de tutela de facto rigen las normas de tutela en general». Y añade «no se me oculta la objeción que contra esta afirmación puede inmediatamente oponerse: ¿Cómo es posible, en derecho privado, basándose tan solo en el principio del interés del menor, aplicar las normas que la Ley prevé para una institución regular, en los casos en que aparece la tutela de una manera irregular? Y esto aún más en el derecho español en cuanto el artículo 4 del Código Civil prescribe la nulidad absoluta de los actos contra ley, y en ningún lugar del mismo se encuentra excepción sobre este punto, a tan terminante precepto, que permita fundar legalmente nuestra teoría».

[6] SANCHO REBULLIDA, FCO. (1984). «El nuevo régimen de la familia», *Tutela e instituciones afines,* de Lacruz Berdejo, J. L. *et al*., *vol. III*, Madrid: Civitas, p. 46.

[7] PÉREZ ALGAR, F. (1984). «Derechos individuales e incapacitación», *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, p. 65, señala que, este reconocimiento legal ha venido exigido por el gran número de guardadores de hecho que existían en la práctica; y citando a Carl Schmitt, manifiesta que lo existencial es superior a lo normativo, a la vista de lo cual, se opta por este reconocimiento y al compás del mismo, se admite la producción de ciertos efectos jurídicos a una situación surgida *ex legem* que, hasta entonces, no los producía.

[8] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 4864); y, de 27 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 6032).

[9] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre se expresa en el sentido que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecida en la ley (art. 199 del Código Civil), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 del Código Civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación (…)».

[10] *RJ* 2009, 2901.

[11] *RJ* 2014, 4518.

[12] *JUR* 2016, 129325.

[13] La Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ahora bien, previo a la prestación del consentimiento el paciente debe ser adecuadamente informado, pues, como establece el artículo 5.1 de la Ley 47/2002 el titular de la información es el propio paciente. Este habrá de ser informado, incluso en caso de incapacitado, del modo más adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumplimiento con el deber de información también a su representante legal. De no estar incapacitado el paciente —capacidad modificada judicialmente— puede autorizar a que también sean informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida y en los términos que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Ahora bien de darse el caso que el paciente, a juicio del médico, no es capaz de entender la información que se le proporciona a causa de su estado físico o psíquico, la información en este caso se proporcionará a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5.3). Entre estas personas vinculadas al paciente por razones de hecho se puede encontrar el guardador de hecho, pues, como hemos señalado, puede consentir, por lo que con más razón puede ser informado para poder conformar un adecuado consentimiento. De todas formas, la actuación del guardador de hecho a la hora de ser informado y prestar el consentimiento opera cuando falta cualquier familiar o pariente del paciente. Ante la duda del profesional sanitario sobre la legitimidad en la actuación del guardador de hecho puede acudir al comité de ética del hospital o solicitar autorización judicial, salvo situaciones de riesgo vital o de urgencia.

Al respecto LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 98 señala que «es recomendable que el guardador de hecho haga constar cuando presta su consentimiento que lo evacúa en su condición de guardador de hecho para evitar problemas posteriores derivados de la difícil acreditación de esta circunstancia».

[14] Se nombra mientras se incoa el proceso de incapacitación del presunto incapaz un defensor judicial, pudiendo recaer tal condición en el guardador de hecho. *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 31 de enero de 2002 (LA LEY 2002, 25723).

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 8 de abril de 1999 *(AC* 1999, 886), se establece como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de incapacitación y posterior constitución del organismo tutelar, el nombramiento de lo que en la sentencia se califica de «*tutor cautelar*», que, aunque no existe ni en el Derecho catalán, ni en el Código Civil español; sin embargo, no significa que, no se haya previsto por el legislador, ni impide que, se pueda adoptar como medida. No es más que, un defensor con funciones de guarda —relativa— de la persona del presunto incapaz, y de guarda y administración de los bienes de este durante la pendencia del procedimiento de incapacitación. No es otra que, la figura prevista en el artículo 209 en relación con los artículos 299 *bis* y siguientes del Código Civil.

[15] LECIÑERA IBARRA, A. (2014). Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo. En: M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñera Ibarra (coords.), *Estudios Jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 163; FÁBREGA RUIZ C.FCO. (2006). *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces y la Fundación Aequitas, p. 87.

[16] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2533-2534.

[17] LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho, En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *T. IV*, 2.ª ed., Madrid: Edersa, p. 484.

[18] ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho,* Madrid: Tecnos, p. 13.

[19] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 401.

[20] FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, En: S. De Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 297.

[21] FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.,* p. 298. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 1.º, 2.ª ed.*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1015-1016 entiende por guarda de hecho «el cuidado que asume sobre un menor o incapacitado una persona que formalmente no está investida del cargo de tutor». Y en un intento de aproximación al núcleo del instituto se adhiere a la forma como la conceptúan algunos autores cuando la describen como «el ejercicio, con respecto a menores e incapaces, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales».

[22] AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1995). La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores, *Actualidad Civil, 1995-2*, p. 321.

[23] YZQUIERDO TOLSADA, M. (1984). La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *op. cit.,* p. 152.

[24] DÍEZ PICAZO, L., *et al.* (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela,* Madrid: Fundación General Mediterránea, p. 61.

[25] LA LEY 2004, 269719.

[26] *AC* 2005, 550.

[27] Para PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2533 «cabe pensar que en Aragón es posible el mantenimiento de la guarda de hecho como institución estable de protección del incapaz natural, y en este sentido, no sería necesariamente transitoria». Si bien, continúa la autora señalando que «en la lógica de la ley, lo razonable será que se ponga fin a la situación de hecho y se establezca una institución tutelar en sentido amplio, aunque muy probable en la práctica, el Ministerio Fiscal no llegue a promover la incapacitación, si se trata de un presunto incapaz, no solo por la relajación con que se actúa en este ámbito, sino también por la convicción de que en los casos concretos no es la mejor fórmula para proteger a la persona».

[28] LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la guarda de hecho, *op. cit.,* p. 484.

[29] CÁRCABA FÉRNANDEZ, M. (1984). Consideraciones sobre la guarda de hecho, En: J. M. González Porras (dir.), *La Tutela de los Derechos del Menor, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, p. 82.

[30] ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil,* T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 863.

[31] MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado, abril,* p. 325.

[32] DÍAZ ALABART, S. (2004). El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda, En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Madrid: Ibermutuamur, p. 71.

En todo caso, se puede nombrar como tutor al propio guardador de hecho, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 14 de junio de 1999 *(AC* 1999, 851); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 129314).

[33] PRATS ALBENTOSA, L. (1995). *Derecho de familia*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 572.

[34] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 29 de julio de 2004 *(AC* 2004, 2020), acogimiento familiar simple por los abuelos que, eran los guardadores de hecho del menor; y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 8 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 238160).

[35] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 *(JUR* 2004, 129314); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 7 de marzo de 2005 *(AC* 2005, 566).

[36] El *Estudio* comprendía los casos siguientes conforme a lo dispuesto en los artículos 307 y 308: 1. Cuando alguien, careciendo de potestad legal, sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses; 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él».

[37] ROGEL VIDE, C. (1986). *La guarda de hecho*, *op. cit.*, p. 53.

[38] Para VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex, p. 129, la expresión del artículo 303 de presunto incapaz, parece que solo quiere aludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que esta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa, lo que excluiría aquellos casos mencionados de tutela irregular o de continuidad de la tutela tras su extinción. Este autor, no obstante, opta por una interpretación amplia del artículo 303 y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

[39] MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado, abril,* p. 325.

[40] Para SANCHO REBULLIDA, FCO. (1989). La guarda de hecho, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz Berdejo J. L., et al., T. IV, vol 2.º Derecho de familia*, Barcelona: Bosch, p. 341 estaríamos en presencia de un guardador de hecho en los siguientes casos: «1.º. Cuando un tutor se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya por delegación arbitraria del nombrado; 2.º. Cuando un tutor está afectado por causa de inhabilidad no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo. 3.º. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales. 4.º. Cuando un tutor sigue en el ejercicio de la tutela tras la remoción firme o la extinción de la misma por otra causa». No comparte NÚÑEZ MUÑIZ, C. (1999). La guarda de hecho, *Revista de Derecho Privado Junio*, pp. 433-434 esta opinión respecto del último supuesto por la sencilla razón de que «la tutela, al igual que la patria potestad, se extingue una vez que el menor adquiere la mayoría de edad, es emancipado o se le concede el beneficio de la mayor edad; entonces, ¿Cómo es posible que pueda seguir desempeñando el cargo y considerarse una guarda de hecho si han desaparecido los presupuestos necesarios para que esta tenga lugar?, esto es, que exista un menor o incapaz que precise asistencia, cosa que no se da cuando se alcanza la mayoría de edad o cesa la causa que daba lugar a la misma». FÁBREGA RUIZ, C. FCO. (2010). Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.*, p. 299 señala que entrarían en esta postura amplia y en el concepto «los que se apoderan del cargo sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, el tutor inhábil o irregular —por omisión del inventario o fianza—, o la tutela putativa —por nulidad del testamento en que se establece, existencia de pariente preferente desconocido, etc…—. para este sector doctrinal el artículo 303 del Código Civil no prohíbe ni impide esta interpretación y, con ella, el incapaz, cuyo beneficio es la base de toda su regulación jurídica, recibe un mayor protección». *Vid.*, también, AFONSO RODRÍGUEZ, E. (1999). «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, p. 325.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 18 de enero de 1999 *(AC* 1999, 2949) hace referencia al supuesto de incapacitación y no nombramiento de tutor, sino a la designación de guardador de hecho; y, por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 2000, 94664), hermano como guardador de hecho de su hermana, presunta incapaz como consecuencia de la enfermedad de Alzheimer que padecía.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 20 de junio de 2001 (LA LEY 2001, 1241159); y, de 13 de julio de 2001 (LA LEY 2001, 142612), configuran el internamiento como una clara guarda de hecho, ejercida con el auxilio de un profesional que dicho internamiento procura.

[41] CANO TELLO, C. (1984). *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, p. 142.

[42] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, p. 793.

[43] ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A. (1988). *Curso de Derecho de Familia, T. I,* Madrid: Civitas, p. 258.

[44] Para RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La institución tutelar, *op. cit.,* p. 1025 esta construcción resulta criticable, pues, «la guarda de hecho, aun desprovista de toda forma, viene a proteger los intereses del menor o incapacitado de igual modo que la tutela regular o plena».

[45] En el artículo 253 del derogado Código de Familia catalán, eran supuestos de guarda de hecho: menores en situación de desamparo y cualquier persona que por razón de las circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela. *Vid.*, en relación con la regulación contenida en el citado Código, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 29 de octubre de 1999 (LA LEY 1999, 150009); y, de la misma Audiencia, sección 18.ª, de 18 de febrero de 2000 (LA LEY 2000, 41114).

[46] Al respecto el artículo 239.3 del Código Civil también modificado por la Ley 26/2015 reitera la legitimación para el ejercicio de las acciones de privación de la patria potestad, la remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública y añade a los llamados al ejercicio de la tutela.

[47] La Disposición Adicional segunda de la Ley 26/2015 establece que, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil.

[48] Recordemos que, el antiguo artículo 173 bis del Código Civil contemplaba tres modalidades de acogimiento familiar: *simple, preadoptivo y permanente.* El acogimiento familiar simple está, al igual que, el acogimiento familiar temporal actual caracterizado por la nota de la transitoriedad. así, tal acogimiento familiar simple obedecía a los supuestos en que era seguro o previsible que, la guarda concluiría con la reinserción del menor en su propia familia, al haber tenido lugar por un desamparo motivado por razones coyunturales o guarda asumida de modo transitorio por la entidad pública a solicitud de los padres (antiguo artículo 173 bis 1 del Código Civil); o, también como recurso provisional hasta que se tomar una decisión sobre la asunción de una media de carácter más estable para el menor —adopción o la constitución de la tutela ordinaria—. No se establecía plazo, a diferencia de la regulación actual, donde el acogimiento familiar temporal tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor determine la necesidad de una prórroga de la medida por la inmediata o previsible reintegración en la familia de origen o la adopción de otra medida de protección definitiva. En cuanto al antiguo acogimiento familiar permanente tenía lugar ante el carácter definitivo de las circunstancias que motivaron el desamparo no hacían posible la reinserción del menor en su familia, y sin que, además fuera conveniente la adopción para el menor —por su edad avanzada—. De ahí, la exigencia de un acogimiento más estable y desprovisto de la nota de transitoriedad. Sin embargo, en la actual regulación se adoptará tal acogimiento cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen, o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen.

[49] PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2013). Comentario al artículo 303 del Código Civil, *op. cit.,* p. 2546. *Vid.*, asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 3 de enero de 2002 *(AC* 2002, 183); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 30 de abril de 2003 *(AC* 2003, 2034); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 30 de junio de 2003 *(AC* 2003, 1995); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 *(JUR* 2006, 33272); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 15 de octubre de 2013 *(AC* 2013, 1957).

[50] *Vid.*, la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores p. 52 epígrafe XV.3 dispone en relación con el tratamiento de la guarda de hecho lo siguiente: «1. Conocida una situación de guarda de hecho, es preciso promover

la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho como medida cautelar y hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve dicha guarda de hecho ponga de manifiesto que el menor está recibiendo la necesaria asistencia material y moral; 2. Puede ser causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad el abandono del menor por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vinculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuida de él; 3. Siempre ponderando las singularidades de cada caso —la situación de desamparo es por esencia casuística— se apoyará la opción de declarar en situación de desamparo con asunción de tutela automática al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que —si así lo exige el interés del menor— los guardadores sean designados acogedores; 4. Para nombrar tutor ordinario a un menor en situación de desamparo, previa o simultáneamente a la designación judicial, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del mismo o, en su caso, promoverse judicialmente la privación de la patria potestad; y, 5. A través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos, y en especial los abuelos, se encargan de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones».

[51] *RJ* 2014, 5183. En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 30 de junio de 2003 *(AC* 2003, 1995); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 9 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 242569); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 *(JUR* 2006, 33272); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 15 de octubre de 2013 *(AC* 2013, 1957). Voto Particular en contra; y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 15 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1332).

[52] Aunque no lo establece el legislador, parece que podría llevarse a cabo tal solicitud, por el guardador.

Por otra parte, la atribución de funciones tutelares solo puede tener lugar para el supuesto de persona que está en potestad parental o en tutela, y, no para aquellos casos, frecuentes en la práctica, donde las familias cuidan de sus miembros ancianas afectados por demencias seniles u otras enfermedades que, les impiden decidir por sí mismas, y respecto de las cuales no se insta su incapacitación; pues, para este supuesto se considera conveniente el nombramiento de tutor, con la consiguiente incapacitación del sujeto.

[53] *Vid.*, RUEDA ESTEBAN, L. (2015). «La institución tutelar», *op. cit.,* pp. 1028-1029; FÁBREGA RUIZ, C. FCO. Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado, *op. cit.,* p. 318. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional número 221/2002, de 25 de noviembre *(RTC* 2002, 221) concede a los guardadores de hecho del menor legitimación para impugnar ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los poderes públicos que puedan ser lesivas de los derechos fundamentales de la menor que tienen bajo su guarda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 12 de mayo de 2004 *(AC* 2004, 948) legitimación de la persona que actuaba como guardadora de hecho de otra que padecía «Síndrome de Down» para ejercitar la acción de nulidad de testamento; y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba de 29 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 208043) autoriza a los guardadores de hecho para disponer de los fondos de la cuenta que el menor a su cargo tiene abierta en una sucursal bancaria, por considerar acreditado que esta medida es beneficiosa y protege su interés al permitir una adecuada gestión de la pensión que tiene reconocida. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 21 de mayo de 2015 *(AC* 2015, 1105) no tiene legitimación el guardador de hecho para reclamar alimentos entre parientes.

1.3. Derechos reales

La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria

The possession appearing as the owner: a requirement for extraordinary usucaption

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016 recoge un nuevo supuesto de usucapión extraordinaria, donde subraya la posibilidad de esta peculiar forma de adquirir la propiedad por quien posee un bien, sin necesidad de un título que se lo hubiera transmitido, y ni siquiera de su buena fe. Es decir, aun a sabiendas de que no es el legítimo propietario del mismo, es posible su adquisición válida por el fenómeno jurídico por todos conocidos de la usucapión extraordinaria.

En este artículo se hace un repaso de cómo la jurisprudencia ha ido delimitando sus requisitos, interpretando que basta una situación posesoria aparencial, en concepto de dueño, durante el plazo legal establecido para alcanzar el dominio. Esa apariencia que genera confianza en los terceros es suficiente para ello. La especial consideración de la posesión en concepto de dueño será objeto de análisis en este trabajo, como presupuesto casi único de dicho tipo especial de usucapión.

ABSTRACT: The recent Supreme Court decision of February 11, 2016 includes a new course of extraordinary usucapio, which emphasizes the possibility of this peculiar way of acquiring property by one who has a thing alleging to be the owner, without a title, and even without good faith. That is, even knowing that it is not the rightful owner thereof, may his valid acquisition by the legal phenomenon known by all the extraordinary usucapio.

This article reviews how the law has been defining its requirements, interpreting that even an apparent possessory situation in respect of owner, during the legal periods, he shall have proof of his right. That appearance that builds confidence in others is sufficient for this. Special consideration of the possession alleging to be the owner will be analyzed in this paper, as a requirement for extraordinary usucapio.

PALABRAS CLAVE: Usucapión extraordinaria. Posesión en concepto de dueño. Buena fe. Título. Adquisición propiedad.

KEY WORDS: Extraordinary usucaption or acquisitive prescription. Uninterrupted possession appearing as the owner. Good faith-bona fide. Title. Property acquisition.

SUMARIO: I. CONCEPTOS GENERALES DE LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO.—II. REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: 1. REQUISITOS GENERALES DE LA POSESIÓN. 2. POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO. 3. POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO Y JUSTO TÍTULO PARA POSEER. 4. CONSIDERACIÓN AUTÓNOMA DE LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO COMO ÚNICO REQUISITO PARA LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONCEPTOS GENERALES DE LA USUCAPIÓN EXTRORDINARIA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La prescripción adquisitiva de derechos o usucapión, es un fenómeno eminentemente posesorio que facilitar la adquisición del domino o de otros derechos reales posedibles por personas que no son sus verdaderos titulares.

Este modo de adquisición de la propiedad y derechos reales tiene su base legal tanto en el artículo 609 del Código Civil, donde se recogen los medios de adquisición de aquellos, así como, de forma específica y en sede de prescripción, en los artículos 1930-1960 del Código Civil, pues la usucapión no es sino la forma de adquirir los derechos reales a través de a posesión continuada en el tiempo, luego, es lógico que se trate de un fenómeno prescriptivo, donde el tiempo, y los plazos legales juegan a favor del usucapiente, que se verá convertido en dueño o titular del derecho que está poseyendo[1].

El fundamento de este peculiar y especial fenómeno adquisitivo es doble:

a) Por una parte nos encontramos con lo que denominamos fundamento subjetivo, basado en la negligencia del verdadero propietario o titular del derecho que otro está ejercitando. De forma que la falta de ejercicio por el verdadero titular facilita que otro se arrogue tal función y ejercicio. Quien pudiendo ejercitar sus derechos, no lo hace, y deja que otro lo haga, parece que no quiere hacerlo y, en consecuencia, no es extraño que el ordenamiento le acabe privando de dichos derechos por su inacción.

No podemos olvidar que los derechos subjetivos deben ejercitarse, y que ese ejercicio corresponde a su titular, y la falta de ejercicio puede acabar con los mismos. Como dice MORALES MORENO (2000), el interés del titular que pierde su derecho por la usucapión de otro, «resulta menos protegible en la medida en que sea mayor su pasividad frente a la situación posesoria del usucapiente»[2].

b) Por otro lado, el fundamento de la usucapión es objetivo. Cuando una persona que no es verdadero titular de un derecho, sin embargo, se comporta como si lo fuera, lo ejercita de forma pública ante todos los demás, ese comportamiento genera en esos terceros una apariencia —lógica— de que es el titular del mismo, pues en principio solo al titular del derecho corresponde su ejercicio. Este fundamento objetivo es el que, a mi entender, justifica mejor una institución como la usucapión, pues esa protección basada en la apariencia jurídica no es sino un medio para conseguir la seguridad en el trafico jurídico; pues quien contrata fiándose de quien parece titular, debe resultar protegido, con el fin de asegurar o garantizar dicha transacción jurídica.

Como de todos es conocido, dos son fundamentalmente, los tipos de usucapión: la ordinaria y la extraordinaria. La primera, de plazos más cortos, exige, además, de una posesión continuada pública y pacífica y en concepto de dueño, buena fe y justo título, compensando de este modo el menor plazo con la exigen-

cia de más requisitos. Si el usucapiente pareció adquirir en virtud de un título válido ese derecho, su creencia en dicha adquisición se colige directamente, y por lo tanto, es lógico que se acorten los plazos de su usucapión cuando se dan mayores prevenciones que en el otro tipo de prescripción adquisitiva.

Efectivamente, la usucapión extraordinaria no exige ni justo título ni buena fe, y esta ausencia de condicionantes se corresponde con un mayor periodo temporal necesario para llegar a adquirir el derecho en cuestión.

Por lo tanto, para adquirir de forma extraordinaria por usucapión, basta con poseer —ejercitar— el derecho de forma pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño durante 6 o 30 años según se trate de bienes muebles o inmuebles; no es necesario ningún requisito más, ni el justo título ni la buena fe, como ha reiterado nuestra jurisprudencia, y vamos a analizar en estas líneas.

El fundamento de esta especial usucapión, tanto el subjetivo como el objetivo, tiene también todo el sentido, pues el mayor plazo que se exige de posesión por parte del usucapiente afianza tanto la desidia del *verus dominus (*pues cuanto más tiempo deje de ejercitar su derecho, más se justifica que lo pierda), como la apariencia y especial protección de terceros, pues cuanto más tiempo se comporte una persona como verdadero titular, mas justificada está dicha protección, interviniendo este fenómeno adquisitivo «haciendo real lo que parece real», o en palabras más técnicas, haciendo eficaz aquello que no lo era, con el solo transcurso del tiempo.

II. REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO

1. Requisitos generales de la posesión

Para conseguir que se adquiera el domino o la titularidad real que se está usucapiendo, de forma extraordinaria, es necesario, como acabamos de poner de relieve, únicamente dos requisitos: la posesión y el transcurso de 6 o 30 años.

Pero esa posesión debe revestir unas características determinadas para que se pueda llevar a cabo válidamente dicha usucapión; a saber, debe ser una posesión publica, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño. Si falta alguno de estos caracteres, ya no habrá usucapión, desde luego no habrá ordinaria, pero tampoco extraordinaria donde los únicos requisitos que se suprimen son la buena fe y el justo título, sin que pueda prescíndirse de la posesión *ad usucapionem,* única válida para usucapir, y que debe tener las características descritas.

De este modo, el artículo 1941 del Código Civil remarca las características comunes de la posesión a cualquier tipo de usucapión, y el necesario cumplimiento de las mismas —y de todas ellas— ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia en varias ocasiones: SSTS de 16 de noviembre de 1999, 17 de noviembre de 1997, 22 de julio de 1997, entre otras.

Entendemos por posesión pública aquella que se adquiere y se conserva y se ejercita públicamente, de forma que el verdadero propietario pudiera conocer dicha posesión por parte del usucapiente para, en su caso, poder detenerla. Es necesario que se mantenga con este carácter durante todo el periodo posesorio, y creemos que esa publicidad no significa, sin más, que se ejercite a la «luz pública» y que pueda ser conocida por todos, sino que además implica que se use la cosa conforme a su destino o finalidad económica, exteriorizándose a través de su uso o ejercicio normal, diferenciándola de este modo de la posesión no

solo clandestina, sino también de la no pública, que es aquella en la que el uso de la cosa no es el conforme a su finalidad (SSTS de 29 de noviembre de 1968 y 21 de octubre de 1964).

Por otra parte, la posesión ha de ser pacífica que, por supuesto, implica que no sea violenta, es decir, que no se haya adquirido con fuerza física, ya que toda posesión violenta no es pacífica, pero consideramos que debe entenderse por pacifica algo más: aquella que se adquiere sin contrariar la voluntad del anterior poseedor, bien porque no se entere, al no estar poseyendo la cosa, o bien porque ha sido él mismo quien ha transmitido o puesto en posesión de la cosa usucapida al usucapiente, es decir, con su consentimiento (*v. gr.,* porque se la vendió no siendo propietario, se la prestó, arrendó.). Todo esto se refiere a la posesión pacífica en la adquisición, pero también ha de mantenerse pacíficamente durante todo el periodo posesorio; no puede ser controvertida. Sin embargo, posesión no pacífica no significa posesión controvertida en todo su amplio sentido. Para algunos autores, la controversia solo sería judicial, con el planteamiento de la correspondiente demanda que interrumpe la prescripción[3], pero para la jurisprudencia incluso puede seguir siendo pacífica aunque se haya interpuesto demanda sobre ella (STS de 11 de junio de 1994, 21 de octubre de 1988).

Y, claro, la posesión ha de durar y conservarse con esos caracteres durante todo el plazo legal establecido, sin interrupción. La interrupción se produce por el cese en la posesión durante más de un año (interrupción natural), por la demanda del verdadero titular (interrupción civil), o por el reconocimiento del usucapiente del dominio de otra persona.

Los plazos en los que se debe mantener esta especial posesión son seis años para bienes muebles y treinta para inmuebles, tal y como establece el del Código Civil en sus artículos 1955 y 1959.

2. Posesión en concepto de dueño

Nos detenemos ahora en el análisis de este requisito posesorio, porque entendemos que es el fundamental, y el que probablemente sustente o comprenda los anteriores. Aquel que posee en concepto de dueño, comportándose como tal, normalmente ejercita su derecho conforme al uso normal de la cosa, genera una apariencia de titularidad en los terceros, y la ejercita de forma pacífica, pues mientras posee, no parece apreciarse oposición por parte del verdadero titular del derecho. Dicho esto, examinemos exactamente en qué consiste este tipo de posesión y cuáles son sus características.

El artículo 447 del Código Civil afirma que «solo la posesión que se adquiere y ejercita en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio». Por lo tanto, la propia Ley deja claro que para usucapir, sea cual sea la forma en que se hace —ordinaria o extraordinaria— es necesario que la posesión lo sea en concepto de dueño, y eso se aplica tanto a la usucapión del derecho de propiedad, como de otros derechos reales, en virtud del 1930 del Código Civil (concepto amplio de posesión en concepto de dueño, confirmado por SSTS de 26 de marzo de 1986, 7 de febrero de 1997).

¿Y qué significa poseer en concepto de dueño?

Posee en concepto de dueño aquel que posee, usa la cosa, comportándose como verdadero titular del derecho que se está ejercitando, sea como propietario, o titular de otro derecho real —usufructo, servidumbre…—. Lo fundamental para la posesión en concepto de dueño no es que el poseedor se crea verdadero

titular o dueño, —la buena fe es irrelevante— ni que tenga un título que justifique su posesión —tampoco es necesario el justo título, aunque estén muy vinculadas— sino que realice actos dominicales, actos propios y exclusivos del titular del derecho real[4].

Esos actos posesorios deben ser externos, externalizarse[5], y esa es probablemente su característica más notoria, pues el hecho de que los demás puedan conocer y creer que es el verdadero propietario o titular es lo que fundamenta la usucapión —como ya hemos dicho— y legitima la adquisición originaria del derecho en cuestión. La protección jurídica de la apariencia creada a los terceros es una cuestión básica, que solo se consigue si el poseedor realiza actos externos dominicales. Y eso es la posesión en concepto de dueño. La STS de 5 de febrero de 2010 recoge muy bien el concepto que hemos descrito, al entender que posee en concepto de dueño, aquel que realiza «actos inequívocos con clara manifestación en el tráfico, actos que solo el propietario puede realizar, presentándose como efectivo dueño y propietario de la cosa».

No posee en concepto de dueño aquel que sabe que la cosa poseída no es suya, que tiene un dueño, o un titular, al que debe restituirla cuando finalice su periodo posesorio, y actúa en consecuencia como tal, como simple poseedor. En este sentido, el artículo 1942 del Código Civil nos vuelve a dar la pista de quiénes no son poseedores en concepto de dueño, cuando afirma que «no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera voluntad del dueño». Los actos en virtud de licencia son aquellos actos posesorios amparados por un acto o negocio jurídico real u obligacional que expresamente le facultan para poseer (*v. gr.* un arrendatario, un usufructuario, un depositario, un prestatario, un superficiario, SSTS de 17 de julio de 1995, 28 de noviembre de 1983, 16 de noviembre de 1981). Por contra, los actos tolerados son aquellos actos posesorios que se realizan por el simple beneplácito o tolerancia de su verdadero titular, sin que expresamente estén amparados en un negocio jurídico concreto (*v. gr.* se consiente que se realicen ciertos actos posesorios, ante la pasividad del dueño, STS Sala de lo contencioso, 6 de marzo de 1997)[6].

¿Cuándo ha de tenerse la posesión en concepto de dueño?

La posesión en concepto de dueño ha de tenerse en el momento de la adquisición y ha de mantenerse durante todo el periodo posesorio sin que quepa tenerla solo en el momento inicial, aunque hay que tener en cuenta la presunción posesoria del 436 del Código Civil y 1951 del Código Civil, de que se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto que se adquirió. Pero al ser una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, y en consecuencia puede probarse que hubo un cambio en el concepto posesorio (interversión del concepto posesorio), pasándose de una posesión en concepto de dueño, a una distinta de dueño o viceversa. Este segundo cambio es el que puede facilitar una usucapión, cuando quien poseía en concepto de no dueño, con licencia o tolerado (un arrendatario, usufructuario, un precarista), empieza a realizar actos propios del dominio, y consigue terminar el plazo legal previsto con una posesión en ese concepto. En este caso, y siguiendo en este punto a MORALES MORENO, podemos decir que si la interversión es unilateral, y el poseedor por sí mismo se atribuye la posesión en concepto de dueño, estamos ante un acto antijurídico, similar al despojo, y para poder usucapir necesitaría, primero, purgar su posesión durante un año, al cabo del cual, podría ya empezar el plazo de usucapión. Si la interversión fuera bilateral (en virtud de un nuevo título, por ejemplo, el arrendatario compra a un tercero esa cosa), en ese mismo momento empieza su posesión en concepto de dueño y por tanto el plazo para usucapir[7].

3. Posesión en concepto de dueño y justo título para poseer

Ya hemos dicho cómo la usucapión extraordinaria no exige más requisitos que esta posesión en concepto de dueño durante mucho tiempo, sin que sea necesario que tenga un justo título para poseer. Este requisito es de la usucapión ordinaria y gracias al mismo, abrevia los plazos.

Esto que parece obvio y normal, sin embargo, ha generado confusión entre algunos autores y cierta jurisprudencia. Si bien es cierto que cuando uno tiene justo título para usucapir (el que en teoría es capaz de transmitir el derecho que contiene) parece más normal que posea en concepto de dueño —pues el que ha sido parte en ese acto o negocio traslativo se cree más legitimado para ello y actúa en consecuencia—, también puede poseerse en concepto de dueño sin ese justo título, y lo que es más, la ausencia del mismo no puede impedir una verdadera usucapión extraordinaria, como erróneamente se ha dicho a veces por la jurisprudencia y por suerte se ha rectificado.

Analicemos esta evolución.

Vamos a definir en primer lugar qué se entiende por justo título. Según la STS de 17 de junio de 2008, «de acuerdo con el artículo 1952 del Código Civil, es justo título para la usucapión aquel que baste legalmente para transferir el dominio. Se trata, en definitiva, de un acto legítimo de adquisición del derecho real o de la propiedad que dada la concurrencia de determinados defectos, no produce el efecto buscado, como es el de transferir la propiedad o constituir o transferir el derecho real que se pretende, por lo que nos hallamos ante un negocio esencialmente traslativo que no produce la adquisición del derecho que se trata de transmitir». Por lo tanto, será justo título el que legalmente baste para transmitir el derecho o dominio que se está usucapiendo, siempre que sea verdadero, valido y probado. Sin entrar a analizar ahora estos requisitos, pues excedería del planteamiento de este trabajo, hemos de subrayar que este requisito solo alcanza a la usucapión ordinaria, sin que pueda exigirse en la extraordinaria[8].

Serían en cualquier caso justos títulos para usucapir aquellos que siendo válidos adolecieran de algún defecto, o vicio de ineficacia, como los que sean resolubles, rescindibles, anulables o revocables, pero en ningún caso los nulos de pleno de derecho. La validez del acto o negocio es fundamental para ser un justo título, mientras que su ineficacia es también característica del mismo. Si hay un contrato válido, podría usucapirse de forma ordinaria, mientras que con un contrato nulo solo podría usucapirse, en principio, a través de una usucapión extraordinaria; pues la falta de justo título no la impide.

Sin embargo, se han planteado algunos supuestos en los que la jurisprudencia ha negado también esa posibilidad de usucapir de forma extraordinaria cuando se posee en virtud de un título nulo, pues, según argumentan estas sentencias, ello conlleva una falta de posesión en concepto de dueño.

Es decir, vinculan la validez del título con la posesión en concepto de dueño, y faltando esta, no puede usucapirse, pues ya hemos dicho que es requisito indispensable para ello.

En este sentido las antiguas SSTS de 13 de marzo de 1952 y 25 de junio de 1966 que recogían supuestos de transmisiones de fincas por quienes no eran sus propietarios —con independencia de si realmente ese caso es un supuesto de invalidez—, declaraban que esos títulos nulos por falta de legitimación en el transmitente, no pueden ser en ningún caso justos títulos para usucapir, lo que impide la usucapión ordinaria, pero consideran que tampoco puede, basándose en ellos, llegar a usucapirse el inmueble a través de una posesión

continuada en concepto de dueño, en definitiva, a través de una usucapión extraordinaria.

Ratifica lo expresado en la misma, recogiendo su doctrina, la STS de 3 de marzo de 1995, en la que ante una donación de varios inmuebles en documento privado, se confirma la nulidad de dicha donación, y repitiendo lo expresado en las sentencias anteriores de 13 de marzo de 1952 y de 25 de junio de 1966, declara que «la posesión de inmuebles donados por documento privado carece, incluso, de idoneidad para posibilitar la adquisición del dominio de los mismos por usucapión, al no tratarse de una posesión en concepto de dueño. La expresada doctrina ha de llevarnos a rechazar la espuria tesis sostenida..., que pretende atribuir eficacia transmisiva del dominio a las donaciones de inmuebles hechas por documento privado, cuando se trate de donaciones no puras y simples, sino remuneratorias u onerosas... pues cualquiera que sea la clase de la misma, como acaba de decirse, la expresada forma solemne le es exigible, en todo caso, como requisito esencial y constitutivo». Considera que si no hay justo título no puede haber posesión en concepto de dueño.

Sin embargo, no compartimos lo expresado por la doctrina jurisprudencial que acabamos de transcribir. Entendemos que, efectivamente, es correcta dicha doctrina cuando afirma que un título nulo nunca puede ser justo título para usucapir, y que por lo tanto, nunca se podrá usucapir de forma ordinaria con un título nulo, pero sin embargo nada obsta para poder adquirir a través de usucapión extraordinaria el derecho que se está usucapiendo, siempre que haya posesión en concepto de dueño y aunque falte dicho justo título, pues este no es requisito necesario para esta usucapión especial.

Equiparar la posesión en concepto de dueño con la necesidad de justo título es un error, porque aunque el segundo suela conducir a lo primero, esa posesión en concepto de dueño —único requisito para usucapir de forma extraordinaria— no puede identificarse con el requisito de justo título.

En este sentido, y confirmando lo que acabamos de decir, encontramos varias sentencias. La STS de 28 de mayo de 1996 afirma que «el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo, no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio, salvo que se hubiere confiado en el Registro de la propiedad (art. 34 de la Ley Hipotecaria *[RCL* 1946, 342, 886 y NDL 18732]) sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir si se dan todos los requisitos legales, y como estos han concurrido en los poseedores, no se ha demostrado que falte ninguno de ellos y son cuestiones de nuevo hecho a apreciar por la Sala de instancia, no cabe entender infringidos los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, pues la nulidad de las escrituras es compatible con la usucapión ganada por terceros poseedores de buena fe, a título de dueño durante el lapso fijado en la ley sin interrupción, hechos todos admitidos y cuya admisión por ello no contradice los artículos 1940, 1950, 1951, 433 a 435 y 452 del Código Civil».

En el mismo sentido y reiterando la anterior, la STS de 22 de julio de 1997 manifiesta que «esta Sala comparte tal punto de vista; las transmisiones por venta que hizo el señor L. a los compradores serán nulas como declaró el Juzgado de Primera Instancia núm. 20, es decir, no producirán efecto transmisivo de dominio, pero no les impide ejercitar una acción para que se reconozca que han adquirido el dominio por usucapión, que es un modo legal de adquirirlo distinto de la compraventa (art. 609 del Código Civil). En suma, no plantean los actores que el señor B. F. no fuera el verdadero propietario de los pisos, y sí el

vendedor señor L. F., sino que los han adquirido por prescripción. Ya la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 3858) dijo que «la nulidad de las escrituras (de transmisión de la propiedad simuladamente) es compatible con la usucapión ganada por terceros poseedores de buena fe, a título de dueño». Así las cosas, si por sentencia firme que ha de respetarse, cualquiera que fuese el criterio actual de esta Sala sobre la venta de cosa ajena, el señor L. F. vendió a los actores los pisos que no eran de su entera propiedad, no es cuestionar el fallo el que los adquirentes pretendan que dichos pisos han sido ganados por prescripción adquisitiva o usucapión, ya que no se cuestiona que el propietario no sea aquel que la sentencia del Juzgado núm. 20 determinó».

La STS de 8 de octubre de 2014 da un paso más en esta línea, y ante un caso de una transmisión de inmuebles mediante un contrato simulado por quien solo era dueño de una parte de los mismos, confirma que el requisito de buena fe, y el de justo título son solo necesario para la usucapión ordinaria, pero sin embargo no proceden en la extraordinaria donde es suficiente la posesión en concepto de dueño, sin que pueda ser posible equiparar ambos conceptos[9].

De igual forma, esta doctrina se va a confirmar plenamente con la STS de 11 de febrero de 2016 que, como veremos a continuación, separa perfectamente la posesión en concepto de dueño de aquella que se deriva de un justo título y con buena fe.

La posesión en concepto de dueño no exige, en consecuencia, derivar de un justo título.

4. Consideración autónoma de la posesión en concepto de dueño como único requisito para la usucapión extraordinaria

Si la posesión en concepto de dueño no puede equiparse al justo título, no será necesario que este se pruebe para conseguir una usucapión extraordinaria.

Esta doctrina ha quedado claramente confirmada en los últimos años a través de sentencias que han perfilado y manifestado de forma clara qué se requiere para que exista este tipo de posesión, y como ella basta para poder usucapir.

La reciente STS de 11 de febrero de 2016 es un claro exponente de esto, y recoge, además, la importante doctrina de la STS de 17 de mayo de 2002, en las que nos vamos a basar para nuestras conclusiones acerca de la importancia de la posesión en concepto de dueño como requisito básico de la usucapión extraordinaria desligado totalmente de la buena fe y el justo título.

En la sentencia de 2002 se analiza el siguiente supuesto. Se entabla acción declarativa de dominio por parte de D. Rogelio por haber adquirido las parcelas de una finca sita en Villaverde (Madrid) por usucapión, bien en su totalidad o bien de parte de las mismas, según resulta de la segregación previa. Los demandados reconvienen y ejercitan acción reivindicatoria como dueños de algunas de las parcelas, aunque no coinciden exactamente con los datos de superficie y límites del Registro.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó las reconvenciones, pero la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia, estimando las reconvenciones y condenando al demando a que desaloje los terrenos litigiosos. La Audiencia se basa en dos argumentos: la insuficiencia de la prueba aportada por el actor (testifical y certificación de la Cámara Agraria local de Getafe), y la presunción no desvirtuada de pertenencia y posesión de las fincas de los demandados por estar inscritos como titulares en el Registro, en virtud del artículo 38 LH.

Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo desestima los motivos alegados, confirma la sentencia de la Audiencia y rechaza la pretensión del demandado, pues entiende, en lo que aquí nos atañe, que no ha usucapido las fincas, ya que no ha logrado desvirtuar la presunción posesoria del artículo 38 LH, al no haber probado su posesión en concepto de dueño durante los años necesarios. Considera la sentencia que, a pesar de que cultivó las parcelas discutidas, lo hizo con la tolerancia de los dueños, excluyéndose entonces su posesión en concepto de dueño, y a pesar de que cobró las rastrojeras correspondientes a dichas fincas, desde el año 1977 y aunque ello hubiera producido una interversión del concepto posesorio, no habría transcurrido el tiempo suficiente para usucapir.

Con esta resolución, el Alto Tribunal aprovecha para hacer un repaso de qué se entiende por posesión en concepto de dueño, única apta para usucapir de forma extraordinaria y su fundamento básico. Partiendo de esta premisa, aprovecha para recordar y confirmar que solo la «posesión que se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para la usucapión del dominio, cuya exigencia es de aplicación tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria»[10].

A continuación, la sentencia explica qué debe entenderse por posesión en concepto de dueño y afirma que «no es un concepto puramente subjetivo o intencional (sentencias de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984, 5 de diciembre de 1986, 10 de abril y 17 de julio de 1990, 14 de marzo de 1991, 28 de junio de 1993, 6 y 18 de octubre de 1994, 25 de octubre de 1995, 7 y 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 1999) por lo que no basta la pura motivación volitiva (sentencias de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal (sentencias de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de «actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico» (sentencia de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero de 1992, 3 de julio de 1993, 18 de octubre y 30 de diciembre de 1994, 7 de febrero de 1997), «realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar» (sentencia de 3 de junio de 1993); «actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios» (sentencia de 30 de diciembre de 1994)».

Sigue manifestando que la posesión en concepto de dueño es un concepto jurídico indeterminado, y una «*questio iuris*» y por tanto susceptible de revisión en casación. Por ello, pasa a revisar si se dan los presupuestos para tal posesión en concepto de dueño.

Al revisar la posesión del recurrente, el Tribunal Supremo entiende que dicha posesión no era en concepto de dueño sino meramente tolerada, pues «cultivó con la tolerancia de sus auténticos propietarios», y como los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, no pueden servir de base para usucapir. Después, se detiene en analizar la posibilidad de que se hubiera producido una interversión del concepto posesorio a partir del año en que empezó a cobrar las rastrojeras, sin embargo, considera que para dicha interversión, también se requiere que esa posesión en concepto de dueño se manifieste externamente, sin que sea suficiente una intención o voluntad interna del usucapiente. De este modo, afirma que acreditar los «actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico, es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 del Código Civil), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por

el mero «*animus*» o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (sentencias de 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1984, 29 de febrero y 10 de julio de 1992, 25 de octubre de 1995), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del Derecho Romano recogida en textos del *Corpus Iuris* (D. 41. 2. 3. 19, y C. 7. 32. 5.), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas sentencias de esta Sala (6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1988 y 25 de octubre de 1995) con arreglo a la que «nadie puede por si mismo cambiar la causa de su posesión» («*neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*», en el texto del Digesto; y «*nemo causam sibi possessionis Mutare possit*» en el texto del Codex; y en los cuales también parece existir base, —«*sibi ipsum*», D.; «*nulla extrinsecus* accedente causa», C.—, para entender que la prohibición se refiere solo a la mera voluntad)».

Con estos argumentos el Tribunal desestima el motivo planteado y considera que no ha habido posesión en concepto de dueño desde el inicio, ni tampoco se ha producido dicha interversión; y aunque se hubiera producido, desde luego, no habría pasado el tiempo suficiente, pues no se ha probado una posesión real o material, no bastando la prueba de una posesión en concepto de dueño meramente subjetiva o intencional. Por lo tanto, no se ha desvirtuado la presunción del 38 LH, y no procede la usucapión[11].

Esta resolución, como vemos, está completamente basada en lo que debe entenderse por posesión en concepto de dueño, no se analiza nada más, por lo que parece superada la anterior doctrina relativa a que también para la usucapión extraordinaria se necesitaba justo título. Es más, solo es necesario para usucapir esa posesión en concepto de dueño. Si nos damos cuenta, no se analiza el carácter público, o pacífico de la misma, que aunque no es controvertido, muchas veces es la consecuencia natural de esa posesión en concepto de dueño; luego si esta falta, ya no es necesario analizar las demás, porque probablemente fallen.

La reciente sentencia de 11 de febrero 2016 recoge y repite la doctrina de la sentencia que se acaba de exponer, y en un caso de usucapión de un bien inmueble, sin embargo, concluye que sí se ha producido dicha usucapión porque ha transcurrido el tiempo necesario (30 años) poseyendo el recurrente en concepto de dueño, sin que sea necesario ningún requisito más para ello, ni la buena fe, ni el justo título. Siempre que se acredite esa posesión en concepto de dueño, con actos externos, inequívocos de dominio y perfectamente probados, hay usucapión extraordinaria.

En el caso analizado en esta sentencia, se resuelven tres recursos de casación planteados frente a la sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial, en una demanda planteada en Primera Instancia en la que los demandantes, hoy recurrentes, pretendían que se declarase el dominio a su favor por haberlo adquirido a través de usucapión extraordinaria, después de la compraventa en documento privado de varias parcelas de una finca, en las que luego habían edificado.

Frente a la sentencia desestimatoria de la Audiencia, se plantean tres recursos de casación, y el Tribunal Supremo desestima uno de ellos, pero estima los otros dos pues, a diferencia de lo sostenido por la Audiencia, entiende probada la usucapión extraordinaria por parte de los recurrentes que sí han poseído en concepto de dueño, pues esta posesión nada tiene que ver con la buena fe de los poseedores ni el justo título, siendo suficiente que se posea mediante la realización de actos dominicales.

Repetimos sus argumentos para incidir y confirmar lo que sea acaba de exponer:

Al resolver el segundo de los recursos de casación planteados, el Tribunal Supremo considera que sí ha existido usucapión extraordinaria porque se ha poseído en concepto de dueño y ello basta.

Rechaza por tanto los argumentos de la Audiencia que entendía que no había posesión en concepto de dueño, y por tanto, no había usucapión, por no acreditarse la buena fe de los poseedores. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que debe separase la buena fe de la posesión en concepto de dueño y afirma: «Tales razonamientos, que pudieran afectar en todo caso a la buena o mala fe del poseedor, no se refieren en realidad al requisito de la posesión en concepto de dueño, que es algo distinto y que desde luego existe cuando se realizan actos propios del dominio, entre los que destaca el hecho de edificar sobre el terreno, lo que da lugar a la posesión «*ad usucapionem*» pues, con independencia de la inexistencia registral de la finca adquirida —que sin embargo sí se delimitó al ser transmitida— tal posesión como dueño, unida a los demás requisitos legalmente previstos, da lugar a la adquisición del dominio, siendo así que en el caso presente habiendo transcurrido más de treinta años— ni siquiera sería necesaria la concurrencia de buena fe y de justo título (art. 1959 del Código Civil)» Y continua afirmando que «En consecuencia, cuando se trata de la prescripción adquisitiva —singularmente en el caso de la extraordinaria— ha de estimarse consumada cuando concurre el requisito de la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 del Código Civil), sin que pueda exigirse para que la posesión pueda ser considerada en «concepto de dueño» que se adquiera de quien figura como tal en el Registro de la propiedad, ni confundir este requisito con el de la buena fe —que resulta innecesaria en el caso de la prescripción extraordinaria, como es el caso, según lo dispuesto por el artículo 1959 del Código Civil— lo que se deriva de la propia doctrina jurisprudencial citada por la recurrente, que queda resumida por la STS núm. 467/2002, de 17 de mayo», y recoge y repite lo ya manifestado en esta sentencia, respecto a la necesidad de que la posesión en concepto de dueño no sea puramente subjetiva o intencional, sino que es necesario que se manifieste externamente a través de actos concretos y exclusivos de dominio.

En el tercero de los recursos presentados, además, el Tribunal Supremo añade que no es necesario tampoco el justo título para poder usucapir de forma extraordinaria, tal y como alegaba la otra parte, y la Audiencia Provincial. En este sentido, confirma que basta una posesión en concepto de dueño y que por supuesto la posesión en concepto de dueño no exige justo título: «Se afirma, como fundamento del recurso, que la sentencia impugnada viene a exigir un título válido, además de idóneo, para transmitir la finca objeto de la acción declarativa de dominio por prescripción adquisitiva, como requisito para apreciar la existencia de "posesión en concepto de dueño", cuando precisamente para la prescripción extraordinaria ni siquiera es necesario el título».

Queda claro que los otros requisitos son necesarios solo para la ordinaria[12].

Nada puede inducir entonces a equiparar posesión en concepto de dueño con aquella que procede de un justo título, ni tampoco que la buena fe, consecuencia muchas veces de ese justo título, sea necesaria para usucapir de forma extraordinaria. Son requisitos independientes de la posesión en concepto de dueño, no necesarios para usucapir de forma extraordinaria.

Solo el que posee en concepto de dueño, es decir comportándose como dueño de forma externa, notoria, física y material, puede consumar una usucapión extraordinaria.

III. CONCLUSIONES

I. La usucapión es un fenómeno posesorio de adquisición originaria de la propiedad o derechos reales, basado en la negligencia del verdadero titular que no ejercita sus derechos, dejando que otro los gane, pero sobre todo basado en una apariencia creada por aquel que posee como dueño frente a todos. La seguridad jurídica en el tráfico justifica esta peculiar forma de adquisición.

II. Para hacer dueño —o titular de un derecho real— a un poseedor frente a quien realmente lo es, la posesión que debe ostentar es una posesión especial y cualificada, capaz —sobre todo— de crear frente a los terceros una apariencia real de que es el verdadero dueño —o titular— de la cosa usucapida.

III. Esa posesión *ad usucapionem* debe ser pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño. Probablemente sea esto último lo que más caracteriza a la usucapión, puesto que es la que genera esa apariencia dominical, base o fundamento de toda prescripción adquisitiva. Si se trata de una usucapión extraordinaria, solo se va a necesitar para usucapir, poseer con esas características y durante el plazo legal previsto (6 o 30 años). Por lo tanto el que posea en concepto de dueño pública, pacífica e ininterrumpidamente ha alcanzado la titularidad del derecho que poseía. Nada más es necesario.

IV. La posesión en concepto de dueño se convierte en el requisito esencial de la usucapión, y debe entenderse que es aquella en la que se posee como verdadero dueño de la cosa, mediante actos externos dominicales. La exteriorización de dichos actos es fundamental para generar la apariencia dicha. La intención, la voluntad o la creencia de ser dueño es irrelevante para este tipo de usucapión, si no se manifiesta externamente.

V. Por lo tanto, la posesión en concepto de dueño debe separarse claramente de la buena fe posesoria, y asimismo, es independiente del justo título para poseer, pues nada impide comportarse como dueño sin que la posesión derive un título concreto. La buena fe y el justo título son requisitos solo necesarios para la usucapión ordinaria.

VI. De este modo, no podemos identificar nunca la posesión en concepto de dueño con una posesión derivada de un título transmisivo, ni de la creencia del poseedor de que es verdadero titular; es algo distinto y autónomo.

VII. Podemos concluir, en definitiva, que la posesión en concepto de dueño, su autonomía, la convierte en un requisito básico, suficiente y practicante único para conseguir usucapir de forma extraordinaria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2004). *La usucapión.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

— (1993). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXV, vol. 1. Madrid: Edersa, pp. 262 y sigs.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2016). La buena fe en la usucapión inmobiliaria. *Revista de Derecho Privado,* Año núm. 100, mes 1-2, 55-112.

LUNA SERRANO, A. (1991). Comentario a los artículos 130 y sigs. *Comentarios al Código Civil,* I. Madrid: Ministerio de Justicia;

MORALES MORENO, A. M. (1972). *Posesión y usucapión*. Madrid: CSIC.

— (2000). La usucapión. *Revista Jurídica Universidad Autónoma*, núm. 3, 175-204.

MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2012). *La usucapión*. Madrid: Marcial Pons.
SANCIÑEÑA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de octubre de 1928
- STS de 9 de febrero de 1935
- STS de 23 de abril de 1948
- STS de 13 de marzo de 1952
- STS de 3 de octubre de 1962
- STS de 30 de septiembre de 1964
- STS de 21 de octubre de 1964
- STS de 20 de noviembre de 1964
- STS de 23 de junio de 1965
- STS de 25 de junio de 1966
- STS de 3 de octubre de 1966
- STS de 29 de noviembre de 1968
- STS de 6 de octubre de 1975
- STS de 16 de noviembre de 1981
- STS de 13 de diciembre de 1982
- STS de 16 de mayo de 1983
- STS de 28 de noviembre de 1983
- STS de 19 de mayo de 1984
- STS de 9 de junio de 1984
- STS de 19 de junio de 1984
- STS de 22 de septiembre de 1984
- STS de 26 de octubre de 1984
- STS de 11 de marzo de 1985
- STS de 26 de marzo de 1986
- STS de 6 de junio de 1986
- STS de 5 de diciembre de 1986
- STS de 21 de octubre de 1988
- STS de 13 de diciembre de 1988
- STS de 26 de abril de 1989
- STS de 10 de abril de 1990
- STS de 17 de julio de 1990
- STS de 14 de marzo de 1991
- STS de 2 de julio de 1991
- STS de 24 de enero de 1992
- STS de 29 de febrero de 1992
- STS de 10 de julio de 1992
- STS de 3 de junio de 1993
- STS de 28 de junio de 1993
- STS de 3 de julio de 1993
- STS de 11 de junio de 1994
- STS de 6 de octubre de 1994
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 30 de diciembre de 1994

- STS de 3 de marzo de 1995
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 17 de julio de 1995
- STS de 25 de octubre de 1995
- STS de 28 de mayo de 1996
- STS de 7 de febrero de 1997
- STS de 10 de febrero de 1997
- STS de 6 de marzo de 1997
- STS de 22 de julio de 1997
- STS de 17 de noviembre de 1997
- STS de 1 de julio de 1999
- STS de 16 de noviembre de 1999
- STS de 29 de diciembre de 2000
- STS de 17 de mayo de 2002
- STS de 17 de junio de 2008
- STS de 5 de febrero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2014
- STS de 11 de febrero de 2016

NOTAS

[1] Sobre la usucapión y conceptos generales, véase: LUNA SERRANO, A. (1991). Comentario a los artículos 130 y sigs. *Comentarios al Código Civil,* I. Madrid: Ministerio de Justicia; MORALES MORENO, A. M. (1972*). Posesión y usucapión*. Madrid: CSIC. MORALES MORENO, A. M. (2000). La usucapión*. Revista Jurídica Universidad Autónoma*, núm. 3, 175-204; ALBALADEJO, M. (2004). *La usucapión.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. SANCIÑEÑA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Pamplona: Editorial Aranzadi; MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2012). *La usucapión*. Madrid: Marcial Pons; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2016). La buena fe en la usucapión inmobiliaria. *Revista de Derecho Privado,* Año núm. 100, mes 1-2, 55-112.

[2] MORALES MORENO, A. M. (2000). La usucapión*. Revista Jurídica Universidad Autónoma*, núm. 3, p. 176.

[3] Véase MORALES MORENO, A. M. (2000), *ob. cit.*, p. 189.

[4] Por ejemplo serían típicos actos dominicales: pagar la contribución territorial durante años (STS de 22 de septiembre de 1984); realizar obras de conservación y mejora y vender elementos de la construcción, o terreno (STS de 26 de abril de 1989).

[5] «La posesión en concepto de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que ha de manifestarse externamente con efectos actos de dominio realizados en nombre propio (SST de 10 de febrero de 1997, 7 de febrero de 1997, 25 de mayo de 1995, 30 de diciembre de 1994)».

[6] De igual forma, el Tribunal Supremo ha considerado que tampoco poseen en concepto de dueño y no pueden, por tanto, usucapir, el que posee por mera tolerancia, o título personal (SSTS de 16 de noviembre de 1999, 9 de junio de 1984), el arrendatario (STS de 24 de enero de 1992), el titular fiduciario (STS de 16 de noviembre de 1999), ni el medianero (STS de 1 de julio de 1999).

[7] Véase MORALES MORENO, A. M. (2000), *ob. cit.*, pp. 185-186.

[8] ALBALDEJO, M. (1993). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXV, vol. 1. Madrid: Edersa, pp. 262 y sigs.

[9] STS de 8 de octubre de 2014: «Los adquirentes del inmueble conocieron, o debieron conocer por medios racionales de una diligencia básica, que D. Alonso no era propietario único del inmueble, ni tenía autorización o apoderamiento de los demás copropietarios para

realizar dicha transmisión; todo ello, habida cuenta de hechos tan relevantes al respecto como, entre otros, que entre los propios compradores estuvieran herederos y familiares de la causante, D.ª Bibiana, que su testamento fuera conocido por los residentes de la finca y que, en su caso, entre los pretendidos adquirentes figuren la portera de la finca y su esposo. La ponderación de estos hechos, en el marco de la doctrina jurisprudencial expuesta, lleva a la conclusión de la falta del presupuesto de buena fe en el proceso adquisitivo de los compradores del inmueble y, por tanto, a la inaplicación de la prescripción ordinaria pretendida resultando solo posible la prescripción extraordinaria; cuestión que tampoco resulta de aplicación en el presente caso por no darse el transcurso de tiempo requerido. La estimación de este motivo comporta la estimación del recurso de casación, sin entrar en el análisis de los restantes motivos formulados».

[10] Sentencias de 8 de octubre de 1928, 9 de febrero de 1935, 23 de abril de 1948, 3 de octubre de 1962, 30 de septiembre y 20 de noviembre de 1964, 23 de junio de 1965, 3 de octubre de 1966, 19 de mayo y 26 de octubre de 1984, 11 de marzo de 1985, 6 de junio y 5 de diciembre de 1986, 2 de julio de 1991, 24 de enero y 10 de julio de 1992, 3 y 28 de junio de 1993, 7 de febrero y 17 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999 y 29 de diciembre de 2000.

[11] Añade esta sentencia que esto ha ocurrido a diferencia de otras veces, donde sí se probó la posesión en concepto de dueño, y por tanto prospero la usucapión extraordinaria (SSTS de 6 de octubre y 30 de diciembre de 1994).

[12] STS de 11 de febrero de 2016: «Resulta plenamente acreditada por tanto la posesión en concepto de dueño y el transcurso del plazo de treinta años para que se consume la prescripción adquisitiva a favor de los ahora recurrentes y también ahora han de rechazarse los argumentos en contra expresados por los demandados en su escrito de contestación a la demanda que en nada afectan al hecho demostrado de la posesión apta para la adquisición del dominio por usucapión extraordinaria, lo que hace innecesaria la consideración de la presencia de buena fe y de justo título».

1.4. Sucesiones

Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar

Succession heritage and the deceased person's: doctrinal, jurisdictional disputes about the funeral rites and the applicability of the right personal and family intimacy

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular Acreditada del Departamento de Derecho civil UNED

RESUMEN: La antigua privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, a sus restos se les atribuía una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda. El acreedor retenía al cadáver hasta que los herederos o, en su caso, el fiador le reintegrasen la deuda pendiente. Al día de hoy, si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa común o, más exactamente, como inapropiable, está resuelta, sin embargo, no sucede así con la determinación de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica. En este artículo constataremos las controversias judiciales contemporáneas sobre a quién incumbe la decisión de las exequias: al cónyuge supérstite, a los descendientes, a los ascendientes o, si es posible, que en el testamento el causante haya resuelto esta cuestión, así como la aplicabilidad a esta atribución del Derecho al cadáver, la noción y derecho fundamental sobre la intimidad personal y familiar. Derecho al que se ha atribuido la naturaleza con elasticidad infinita, si bien dicha condición es ajena a casi cualquier materia por lo cabe cuestionarse si también su aplicabilidad en este extremo es posible y que el derecho recupere su configuración propia.

ABSTRACT: The historic privation sepulchre that to the death of a debitor person, imply to its remains they were attributed a nature of susceptible thing of warranty. The creditor retained to the deceased person's until the heirs or guarantors do the total payment amount. if the qualification of the nature of the deceased person's like common thing or, more exactly, as inapropiable, it is resolved, however, it doesn't happen this way to the determination it shows the corresponding rights disputes ABOUT THE funeral rites. In this article we will consist the controversies judicial contemporaries envelope to who it concerns the decision of the funeral rites to the husband or wife survivor, to the descendants, to the ascendancies or, if it is possible that in the testament has solved this question, as well as the applicability to

this attribution of the Right to the cadaver, the notion and fundamental right about the personal and family intimacy. Right to which elasticity infinite,

PALABRAS CLAVES: Personalidad. Patrimonio Hereditario. Cosa inapropiable. Exequias. Derecho funerario. Intimidad personal y familiar.

KEY WORDS: Legal personality. Succession heritage. Inappropriable. Funeral right. Funeral rites. Personal and family privacy.

SUMARIO: I. PROLEGÓMENOS: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS DEUDAS A LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE Y LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SEPULTURA DEL DEUDOR: 1. La *obligatio* y el vínculo como nexo personal: el dogma de la intransmisibilidad y sus consecuencias sobre los restos mortales del causante deudor: *A) La promesa formal del estipulante y la responsabilidad de las deudas. B) La pervivencia de las relaciones obligatorias del causante y la privación del derecho de sepultura: su origen remoto germánico ante la visión personalísima de la deuda.* 2. El fuero real y la unificación del derecho castellano: los cambios de deudor en las fuentes de la baja y de la moderna edad media: *A) La privación de entierro del deudor: su práctica inveterada y recurrente prohibición. B) El derecho funerario: calificación civil del cadáver y tipificación de los delito de respeto a los difuntos.*—II. EL CADÁVER COMO *RES COMMUNES OMNIO* O «COMÚN»: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES 1. El cadáver como cosa común e inapropiable: su intransmisibilidad. 2. Derecho de disposición sobre la forma de las exequias. 3. La SAP de Huelva, de 4 de septiembre de 2014 y la SAP de Cádiz, de 14 de abril de 2000: El Derecho funerario.—III. SALA PRIMERA. SENTENCIA DEL TC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO DE 2016.—IV. LA ELASTICIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y SU CAPACIDAD PARA RETOMAR EL NÚCLEO ESENCIAL ¿EXISTE UN PUNTO SIN RETORNO QUE DEFORME Y VACÍE DE CONTENIDO POR EXCESO A ESTE DERECHO FUNDAMENTAL?—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PROLEGÓMENOS: LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS DEUDAS A LOS HEREDEROS DEL CAUSANTE Y LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SEPULTURA DEL DEUDOR

1. La *obligatio* y el vínculo como nexo personal: el dogma de la intransmisibilidad y sus consecuencias sobre los restos mortales del causante deudor

A) La promesa formal del estipulante y la responsabilidad de las deudas

Como es sabido, la *stipulatio* era la principal fuente de las obligaciones en la época clásica. En el caso del cambio de deudor y en particular, se trata de la promesa jurídica formal consistente en una pregunta solemne pronunciada por el estipulante o acreedor y, a su vez, aceptada por el promitente o deudor que queda obligado por su respuesta[1]. La *obligatio* resultante de ese negocio jurídico es un vínculo de naturaleza estrictamente personal[2].

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritaria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, repugnaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal[3]. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negociales. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad, como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos[4].

B) La pervivencia de las relaciones obligatorias del causante y la privación del derecho de sepultura: su origen remoto germánico ante la visión personalísima de la deuda

El dogma de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario, al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius,* toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante. El origen de esta necesaria ocupación por el heredero del lugar del causante, trae causa de las viejas creencias romanas y de la devoción a los dioses lares, los protectores de la casa, cuyos deberes de culto no podían quedar vacantes por la muerte del soberano familiar[5]. Esta concepción es tributaria de la visión espiritualista que profesa BONFANTE[6].

Por ello y en cuanto al pasivo hereditario, la característica básica de este sistema no es otra que la asunción de las deudas sin la preceptiva concurrencia de *novatio* que produzca la extinción necesaria de la relación anterior con sustitución por otro nuevo vínculo[7].

En todo caso, excede de la pretensión introductoria de estas líneas fijar el proceso definitivo que se concretó en el anunciado sistema de transmisión universal *mortis causa*, si bien conviene tener presente su origen y evolución ya que en un sistema tan firmemente apegado al concepto de *obligatio* como vínculo personal también las deudas resultaban intransmisibles.

Precisamente, llama la atención que este general reconocimiento de la transmisibilidad de las deudas a los herederos del causante conviviese —hasta bien entrado el Siglo XVII—, con la privación del derecho de sepultura del deudor. Al fin y al cabo estas prácticas conviven en una época en que aún no estaba claramente concretada la sucesión *in universum ius* del conjunto patrimonial del causante a sus herederos y pervivirían hasta fechas en que parece asentado sólidamente el principio hereditario. Por ello, los primeros testimonios son productos de una época en que la sucesión universal de bienes, derechos y deudas no había remediado la intransmisibilidad pasiva[8].

Pues bien, aquella privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, dicha circunstancia amparaba y justificaba la atribución a sus restos de una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda

o —ajustando la terminología a la actual— de garantía del derecho de crédito del acreedor. Este último retenía el cadáver en tanto en cuanto los herederos o, en su caso, el fiador no le reintegrasen la deuda pendiente.

HINOJOSA Y NAVEROS da cuenta de esta práctica descrita en fuentes desde el Siglo VI a.C., en el mundo indio (colección de cuentos de Pantschantantra), entre los ostrogodos y en el Derecho romano (Justiniano renovó la prohibición de Justino, *Cod. Just.* 9.19.1.6, en el año 526). En particular, entre las fuentes del Derecho español menciona el Fuero general de Aragón; el Fuero de Valencia de 1250; el de Tortosa de 1279; en los Fueros del Reyno de Navarra; el Fuero Real y las Partidas[9].

Por su parte, HERÓDOTO en su Libro II de *Historia* señala que en Egipto coincidiendo con un momento de gran escasez de dinero en circulación, fue promulgada una norma «en virtud de la cual uno solo podía recibir un préstamo dando como garantía el cadáver; y a esta ley se agregó, además esta otra: quien facilitaba el préstamo se convertía, de paso, en dueño de toda la cámara mortuoria del contrayente: y si el que ofrecía la susodicha garantía no quería devolver el préstamo, sufría la siguiente sanción: el deudor en cuestión no podía, a su muerte recibir sepultura en la tumba paterna hipotecada ni en ninguna otra (…)»[10].

En este punto y dado el contraste de esta figura con el posterior principio romano de sucesión *mortis causa* y responsabilidad del heredero por las deudas del causante, la pervivencia de esta práctica bien podría entroncarse en ciertos elementos del sistema germánico. En definitiva, en este último modelo las deudas eran personalísimas por lo que se extinguían con la muerte del deudor y mediante el recurso a la corporeización o a los símbolos materiales, el acreedor podía ejecutar ciertos actos sobre el cadáver para impedir su enterramiento y evitar así que con la desaparición del vínculo personal por el fallecimiento del deudor, desapareciese también la deuda[11].

Al margen de los derechos y obligaciones transmisibles *mortis causa*, las nacidas y que encontraban su origen *ex delicto* así como algunas pretorias, se extinguían con la muerte de sus sujetos. Es especialmente destacable el caso de los fiadores de Italia o *adspromissores* que, frente a los procedentes de otros lugares, con su fallecimiento se extinguía también su obligación perviviendo vagamente, por tanto, el elemento personalísimo y su incapacidad para ser transmitidas[12].

2. El fuero real y la unificación del derecho castellano: los cambios de deudor en las fuentes de la baja y de la moderna edad media

A) La privación de entierro del deudor: su práctica inveterada y recurrente prohibición

El Fuero Real sigue al texto de las Partidas y, por tanto, también recoge la figura del manero si bien alterando o concretándose sus perfiles ya que se sistematiza en sede y tratamiento autónomo de los fiadores[13]. El manero es el tercero que se compromete a pagar por el deudor, por tanto, se trata de un garante distinto del fiador concebido en los siguientes términos: «Sy aquel que es tenudo de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demanda. Otrosi si él diere otro su debdor por manero quel pague aquel debdo et el otro lo recibiere, non sea tenido de responderle mas por este debdo, maguer que el otro non gelo pague: eti si el (otro) debdor pagare el debdo a otre, quier en nombre de aquel a qui lo

debe, quier non, si aquel cuyo es el debdo non lo otorgare, puedal demandar su debdo si el otro non lo recibió por su mandado»[14].

Consecuencia de la inveterada práctica de privar de entierro al deudor, el Fuero Real se ve forzado, también, a proscribir recurrentemente que el acreedor impidiera dar sepultura al fallecido. Para garantizar el respeto a la prohibición impone penas pecuniarias al infractor y declara nulas las prendas o las fianzas ofrecidas por los herederos en tales circunstancias[15]. Reitera con ello la primera Partida donde, a su vez, y seguramente con cierto sentido religioso, se mantuvo la interdicción contra aquella costumbre de privar de sepultura a quien no hubiera cumplido con sus débitos, cuestión que parece confirmar que los acreedores del causante preferían recurrir a este drástico recurso pese al, pretendidamente consolidado, sistema de responsabilidad *ultra vires* o sucesión universal de las deudas[16].

Sin embargo, en el Fuero se reconoce expresamente al acreedor la facultad de reclamar las deudas pendientes contra los sucesores del causante deudor. En este punto, al igual que la persistente tipificación de la privación de sepultura para cobrar las deudas acredita su pertinaz incumplimiento, la mencionada reserva de acciones en favor del acreedor contrasta con el explícito principio romano de sucesión de las deudas a título universal. Al fin y al cabo, la ocupación por el heredero del lugar del causante, lleva implícita la posibilidad de que el acreedor interese la ejecución de la deuda contra aquel: «Qui quier demandare a herederos dotro por debda quel debiese, o por calonna quel oviese fecha el muerto, los herederos sean tenidos de responder por el muerto» (3.20.6). Por tanto es una reiteración de un principio que parece que no gozó del respeto general.

De lo dicho se sigue que la reiteración de preceptos encaminados a garantizar que el acreedor pudiera ejecutar las prestaciones pendientes contra los herederos[17], así como la prohibición expresa de oponerse al entierro, más cuestionan que reafirman el principio romano de la sucesión universal[18].

Por ende, más parece que conviviera con otras costumbres mucho más arraigadas y consolidadas cuyo ejercicio, en suma, haría poner en duda la general aceptación del dogma de la transmisibilidad universal *mortis causa*[19]. Idéntico fundamento tiene, a su vez, la general renuncia al Senadoconsulto veleyano (3.20.14)[20].

B) El derecho funerario: calificación civil del cadáver y tipificación de los delitos de respeto a los difuntos

Para concluir esta introducción dedicada a la existencia de un derecho sobre el cadáver del sujeto pasivo, que al tiempo nos ha permitido conectar la calificación contemporánea de los restos mortales, por lo que aquí interesa, además de la concienciación y sistematización del denominado Derecho funerario; interesa subrayar el respeto al cadáver en un doble ámbito jurídico. Su calificación civil no tanto como *res extra comercium*[21] sino como cosa común, en el sentido de inapropiable y tipificación penal de los delitos contra el respeto a los difuntos previstos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y sus sucesivas reformas[22].

El vigente Código Penal[23] prevé en su artículo 526, lo siguiente «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses»[24].

Por su parte, sabido es que el Derecho Intermedio y su sistematización en la recepción del Derecho común en España, en el periodo comprendido entre la publicación del Ordenamiento de Alcalá de 1348[25] y la promulgación del Código civil, los supuestos de hecho conflictivos se siguieron ventilando por las disposiciones de las Partidas, vía prelación de fuentes o por reproducción de la Quinta[26]. Por tanto, en general, la institución objeto de estudio siguió básicamente apegada a su tradición romanística, específicamente justinianea.

Por fin y deudoras de sus fuentes inmediatamente anteriores, se pueden señalar las Leyes de Toro de 1505 donde la 61 prevé el régimen de la fianza entre cónyuges; en las 63 y 65 el nacimiento, forma, vida y extinción de las relaciones de Derecho privado.

En este punto cabe señalar el mantenimiento de dicha prohibición, acredita la reiterada práctica de los cambios de deudor; por otra parte, también se ha contrastado la absoluta falta de aplicación del mencionado senadoconsulto, vía renuncia de la interesada. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1861, destaca que la Ley 61 de Toro es objeto de interpretación restrictiva ya que prohíbe a la mujer ser fiadora de su marido y la libera de compromiso mancomunado con él, no es de aplicación a ningún otro supuesto que los anteriores[27].

II. EL CADÁVER COMO *RES COMMUNES OMNIO* O «COMÚN»: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES

1. El cadáver como cosa común e inapropiable: su intransmisibilidad

En todo caso, lo cierto es que si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa *común* o, más exactamente, como inapropiable[28], está resuelta, no sucede así con la titularidad de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica[29], extremo que ventilaremos a la luz de las controversias suscitadas en sede judicial en el siguiente epígrafe.

Como ya he tenido ocasión de mencionar[30], uno de los modos de abordar el fenómeno de la herencia consiste en descomponer en tres sus elementos constitutivos. De este modo, si el denominado elemento personal afecta al causante o al sucesor, los elementos formales atañen al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia y, por fin, el denominado elemento real, o visión estática de la herencia, está constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados[31].

En el Derecho común, dos son los preceptos básicos del Código sobre el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante. Se trata, de una parte, del artículo 657 que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y el 661, por cuanto afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»[32].

No opera el fenómeno sucesorio en ciertas materias, destacando ROCA SASTRE entre estos supuestos, tanto el propio cadáver, como la propiedad funeraria[33].

Por su parte, SANTOS BRIZ, sobre la intelección del artículo 333 como marco del Libro Segundo de Código Civil, cuyo tenor literal declara —todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiacion se considerarán como bienes muebles e inmuebles—, asevera que —objeto del derecho pueden ser en-

tidades incorporales (por ejemplo, la voz de una persona, la llamada propiedad intelectual, etc.); pero la personalidad misma no puede ser objeto de derecho, aunque el hombre en alguna de sus relaciones pueda ser considerado bajo un perfil objetivo, así en las relaciones de patria potestad de los padres sobre los hijos, o en los derechos del empresario sobre el obrero en virtud del contrato de trabajo. El comportamiento del hombre puede ser considerado como objeto sin detrimento de su subjetividad jurídica. Nunca como objeto de soberanía, ya que en las relaciones de obligación el derecho del acreedor se dirige a la prestación y no a la persona del deudor. Tampoco en el aspecto físico o corporal el hombre puede ser objeto de derecho, al menos estando vivo, aunque actualmente se habla de disponibilidad sobre el cuerpo muerto o cadáver o de alguna de sus partes. Según el criterio más aceptable, el cadáver puede considerarse una cosa mueble sin dueño, no susceptible de apropiación. Tampoco es apropiable, ni, por tanto, transmisible, el derecho a la inviolabilidad corporal, por tratarse de un derecho de la personalidad y no de un derecho real»[34].

Como con la fina precisión que le caracteriza, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ nos recuerda que el fallecimiento convierte a sus restos en una cosa y pese a desaparecer su personalidad, su cuerpo sigue impregnado de una cierta dignidad. No es una cosa cualquiera según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «en el cadáver que es se respeta la dignidad de quien fue, y por tanto el trato que se dispense a sus restos debe ser acorde con ese respeto debido»[35]; de ahí, por ejemplo, que se afirme su extrapatrimonialidad, se excluya la libre disponibilidad sobre el cadáver o sus partes, y se limiten las posibilidades de realizar negocios que lo tengan por objeto (Comentarios... *cit.* dirigidos por RAMS, T. II, vol. 1.º, p. 341).

En resumidas cuentas, la personalidad se extingue con la muerte y con ella y al margen de consideraciones éticas, morales o sociales, lo cierto es que la persona ha pasado a ser un cadáver y con la pérdida de su personalidad por razón del óbito, se produce la extinción de la práctica totalidad de sus derechos —cabe recordar la memoria de los difuntos, su protección jurisdiccional y los legitimados para hacerla efectiva— y de los derechos inescidindibles al sujeto[36].

2. Derecho de disposición sobre la forma de las exequias

El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos (657 y 667, amén del art. 32) ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde en este momento del artículo es traer a colación los escasos casos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad, así como en particular la jurisprudencia menor relativa a las decisiones relativas a las exequias y demás circunstancias funerarias.

En este punto, doctrinalmente HUALDE SÁNCHEZ afina de conformidad a lo que acabamos de constatar que la muerte transforma al cuerpo en cadáver, cosa extrapatrimonial sobre la que no ha lugar a derechos. La voluntad del causante sobre el destino de su cuerpo habrá de ser respetada en la medida de lo posible, si bien deciden los familiares en algunos casos ya sabidos como la de la donación de órganos[37].

Pues bien, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles

e intransmisibles. En especial apunta las singularidades de derecho de carácter público que se sustrae del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias[38].

Por parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de enero de 2000, atribuye a los hijos y no al marido, el derecho a disponer de los restos mortales; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2004, que desestiman la aplicación de las normas sucesorias sobre la titularidad del cadáver, al no ser posible su calificación como bien o derecho patrimonial susceptible de transmisión a los herederos[39].

Es el momento de recordar [Curso de Introducción al Derecho Sanitario. Grado en Enfermería - 1.º Publicado en 2016 Antonio Fayos Gardó, (pp. 58 y 59)].

«Quién puede disponer del cadáver? A falta de manifestaciones de la persona sobre la forma de ser enterrado, realizadas por cualquier medio o mediante las Instrucciones Previas tal como prevé la Ley 41/2002, se reconoce por parte de la jurisprudencia el derecho de sus parientes próximos para establecer el destino del cuerpo. En lo que respecta a la donación de órganos, nuestra legislación considera posible donante a cualquier persona que no hubiera dejado constancia expresa de su oposición en vida (art. 5.2 y 3 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos y art. 10.1 a del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos) si bien en la práctica no se lleva a cabo una extracción si hay oposición de sus parientes. Pero la ley no exige que se les consulte y toma en consideración únicamente la voluntad del fallecido.

En este punto, la Profesora RODRÍGUEZ GUITÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADCI,* núm. LVI-2, abril de 2003. p. 839 en segundo lugar, en la STS de 10 de junio de 2002, doña Carmen B. M. Y una sociedad mercantil encargada de la explotación de nichos celebran un contrato que daba derecho a la primera al uso de un nicho durante cincuenta años. La señora introduce los restos del marido en el nicho y cumple los requisitos legales exigidos (entrega de la cantidad inicial, colocación de lápida…). Debido a la actuación negligente de algún empleado de la sociedad privada se extravía el expediente y, por la ausencia del mismo, se vacía el nicho y son arrojados a la fosa común los restos que contiene. Ante la alegación de la sociedad recurrente de que no han existido daños morales, el Supremo confirma el razonamiento de la sentencia de apelación que considera que el incumplimiento lleva consigo una clara lesión de las creencias religiosas de la demandante, con el consiguiente daño psíquico. A mi juicio, otro derecho de la personalidad distinto al de la libertad religiosa también pudiera haber sido aquí el invocado, en concreto el derecho sobre el cadáver de la persona. A falta de disposiciones especiales de la última voluntad del fallecido suele reconocerse el derecho de los parientes próximos a establecer el destino del cadáver (inhumación, incineración…) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil.* vol. 1, 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 332».

3. La SAP de Huelva, de 4 de septiembre de 2014 y la SAP de Cádiz, de 14 de abril de 2000: el Derecho funerario

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

Sección Segunda (Civil)
RECURSO: APELACIÓN CIVIL 268/2014
Proc. Origen: Juicio Ordinario 173/2013
Juzgado Origen: Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Huelva
SENTENCIA 162
Iltmos. Sres.:
PRESIDENTE: D. FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS
MAGISTRADOS: D. RAFAEL JAVIER PÁEZ GALLEGO (Ponente)
D. ANDRÉS BODEGA DE VAL
En Huelva a 4 de septiembre de 2014.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por losMagistrados del margen, bajo la ponencia de lIlmo. Sr. D. RAFAEL JAVIER PÁEZ GALLEGO, ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm.173/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Huelva, en virtud de recurso interpuesto por la demandada D.ª Enma, siendo parte apelada los actores D. Jesús y D.ª Rosalía.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Se aceptan los de la resolución apelada.

SEGUNDO. Por el Juzgado de Primera Instancia indicado, con fecha 13/2/2014 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así: «Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda deducida por el Procurador D. IGNACIO PORTILLA CIRIQUIAN, en nombre y representación de D.ª Rosalía y D. Jesús contra D.ª Enma, sobre acción reivindicatoria y obligación de hacer, debo condenar y condeno a la demandada a que haga entrega a los demandantes de la mitad de las cenizas pertenecientes a D. Carlos José; desestimando el resto de las pretensiones deducidas en la demanda, sin perjuicio de que las partes puedan convenir, en sustitución de dicha entrega, cualquier otra de las posibilidades o alternativas deducidas en la demanda.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

TERCERO. Contra la anterior se interpuso recurso de apelación y, dado traslado a la parte contraria, fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia para la decisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia estimaba parcialmente la demanda interpuesta por los actores, y en consecuencia condena a la demandada Sra. Enma a que hiciera entrega a dichos demandantes de la mitad de las cenizas pertenecientes al fallecido D. Carlos José (hijo de los actores y esposo de la demandada, respectivamente), que la Sra. Enma conservaba en su poder. Se basa para ello la resolución de instancia en la consideración de que aunque pudiera

reconocerse algún derecho a la tenencia de los restos por parte de la demandada al haber abonado los gastos del sepelio, citando analógicamente los arts. 1894.2 y 144 del Código Civil), ello no la hacía titular de modo exclusivo de ellos, dado que en el caso los actores le abonaron la mitad de su importe, al haber percibido de menos la suma correspondiente en las adjudicaciones testamentarias que se hicieron. Añade además razonamientos de índole sociocultural, citando el artículo 67 del Código Civil, entendiendo que «actuar en interés de la familia» comprende también el deber de la viuda de respetar el derecho de sus padres políticos al culto de los restos de su hijo, así como otros argumentos que posteriormente serán examinados.

SEGUNDO. Con carácter previo a la resolución de la apelación ha de resolverse la alegación formulada en la oposición al recurso interpuesta por los demandantes, quienes aducen la inadmisibilidad de la apelación por el hecho de que según se expone en el escrito se afirma impugnar la demanda, pero no la sentencia ni su fallo, así como que igualmente no se citan los pronunciamientos impugnados tal como exige el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tales óbices no tienen entidad como para inadmitir la apelación. Es obvio que la mera mención de que se impugna la «demanda» no es más que un mero error tipográfico, pues del resto del recurso se comprueba fácilmente que lo impugnado es la decisión judicial dictada, así como que igualmente constan con claridad cuales son los extremos de esta que la demandada ha decidido impugnar, en términos claros y comprensibles que han permitido además a la demandada oponerse, como ha hecho, a la apelación formulada, por lo que no se observan los defectos procesales que los demandantes esgrimen como motivo de inadmisibilidad del recurso.

TERCERO. Entrando ya en el recurso de apelación formulado, se alza la demandada contra la referida sentencia aduciendo en primer lugar la existencia de una incongruencia extrapetita, en tanto que en la demanda se ejercita solo y exclusivamente por los demandantes la acción reivindicatoria, que sirve de base a las peticiones formuladas en el suplico que no son más que consecuencia de ella, acción que sin embargo es desestimada en la sentencia, que ha accedido a la pretensión de los demandantes por motivos diferentes de los esgrimidos, lo que a la postre le ha causado indefensión.

Respecto de la congruencia, nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 9/10/2013 *(EDJ* 2013, 192458) nos recuerda que «1.º) Según constante jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTS de 7 de noviembre de 2011, rec. núm. 1430/2008 EDJ 2011/262931; 10 de octubre de 2011, rec. núm. 1331/2008 EDJ 2011/251306; 26 de octubre de 2011, rec. núm. 1345/2008 EDJ 2011/251308; 26 de mayo de 2011, rec. núm. 435/2006 EDJ 2011/222409; 23 de marzo de 2011, rec. núm. 2311/2006 EDJ 2011/130902; 4 de noviembre de 2010, rec. núm. 444/2007 EDJ 2010/258968; 1 de octubre de 2010, rec. núm. 1315/2005 EDJ 2010/213606; 29 de septiembre de 2010, rec. núm. 594/2006 EDJ 2010/213602; 2 de diciembre de 2009, rec. 407/2006 y 2 de noviembre de 2009, rec. núm. 1677/2005 EDJ 2009/259058, el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC EDL 2000/77463 exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

— La congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas —teniendo en cuenta lo pedido y la causa de pedir— entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos de demanda y contestación —no en los

razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos— que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881 EDL 1881/1, y hoy del 218 LEC, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que, para determinar si una sentencia es incongruente, se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo interesado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras.

— Una de las variantes de la incongruencia es la extra petita (al margen de lo solicitado) que consiste en el cambio de la petición contenida en el suplico, con mutación de la causa de pedir y absorción de la omisiva por falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado. Esta incongruencia no tiene amparo o justificación en el principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho), cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación en la causa de pedir, ni en definitiva, la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos (entre las más recientes, STS de 7 de noviembre de 2011, rec. núm. 1430/2008 EDJ 2011/262931).

— La congruencia, en su vertiente interna de la sentencia, también exige que no exista contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo ni contradicción entre los pronunciamientos de este (SSTS de 27 de enero de 2012, rec. núm. 1660/2008 EDJ 2012/6925 y 2 de febrero de 2012, rec. núm. 1664/2008 EDJ 2012/11242)».

CUARTO. Analizadas con la anterior perspectiva tanto la demanda interpuesta como la sentencia dictada en autos, ha de concluirse que el motivo de apelación formulado por la demandada ha de ser estimado.

En efecto, se observa que por los actores en el encabezamiento de la demanda indicaron que se formulaba «para revindicar la propiedad respecto de los restos mortales procedentes de la herencia de D. Carlos José …»; en el hecho 7.º expresaron que «el derecho al cadáver de una persona corresponde a los herederos de la misma, por aplicación analógica de las normas que regulan la sucesión, y siendo mis mandantes los únicos herederos legítimos del finado, a ellos debe atribuírseles los restos mortales del Sr. Carlos José»; y en los fundamentos jurídicos, en el III, dedicado al fondo del asunto, se manifiesta que los actores «reivindican el derecho de dominio o la titularidad sobre los restos mortales de su hijo… por entender estos que habían adquirido el derecho sobre el cadáver por herencia, pretendiendo en consecuencia que la demandada haga entrega de los restos fúnebres a los actores, por detentar indebidamente», a lo que añaden que «el causante fallece sin hijos y sin haber realizado testamento, siendo así en nuestro ordenamiento jurídico el orden de llamamientos en la sucesión intestada, es la preferencia a los ascendientes antes que al cónyuge viudo»; e incluso el propio Juzgado así lo reconoce, afirmando en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada que la acción que instan los demandantes es, efectivamente, la reivindicatoria.

Se concluye así sin dificultad que el fundamento en el que se basa la demanda es claramente la existencia de un derecho de propiedad que los actores estiman

tener sobre los restos de su hijo fallecido, derecho que además parecen derivar de la sucesión hereditaria. Pues bien, en este entendimiento, es evidente que la declaración que realiza la sentencia apelada incurre en una clara incongruencia extra petita, pues declara un derecho sobre la base de una acción y fundamentos que no fueron esgrimidos en modo alguno en la demanda como base de lo que se pedía. En efecto, tras estudiar la resolución los requisitos de la acción reivindicatoria, expresamente la rechaza el fundamento jurídico 3.º de la sentencia, para seguidamente estimar parcialmente la demanda pero sobre la base de otras consideraciones, como son el haber abonado los demandantes la mitad de los gastos de sepelio, que salvo error de la Sala ni siquiera es un hecho ni siquiera alegado en la demanda, o por argumentos de índole sociocultural ya expresados anteriormente y que tampoco constan invocados en el escrito inicial del proceso; y es más, concede la primera petición subsidiaria del suplico, esto es, la entrega de la mitad de los restos del fallecido, pero cambiando el título por el que los demandantes la interesaron, que era también por derecho de propiedad como decimos, puesto que tras rechazar la reivindicatoria —y consecuentemente esa propiedad de los restos— se concede ahora un inconcreto derecho a la tenencia de las cenizas sobre la base de esos argumentos anteriormente citados, peores sabido las claras diferencias existentes jurídicamente entre la mera tenencia de una cosa y su propiedad: en definitiva, en la resolución, que niega que los actores sean propietarios de las cenizas de sus hijos, acaba sin embargo dándoles la posesión de la mitad de las cenizas, petición que tampoco habían estrictamente realizado.

Se produce por tanto una incongruencia extrapetita no solo en cuanto a la acción ejercitada, sino también en cuanto lo concedido respecto de lo inicialmente solicitado en la demanda, incongruencia que como aduce la demandada es claramente susceptible de causarle indefensión, pues como se observa de la contestación, la defensa se articuló frente a la reivindicatoria inicialmente ejercitada, negando la concurrencia de sus requisitos y afirmando la propiedad de las cenizas por parte de la Sra. Enma, pero no respecto de los argumentos que finalmente acoge *ex* novo la sentencia, lo que obliga en consecuencia a la estimación del recurso y consiguiente rechazo de la pretensión actora, visto que por los actores ni siquiera se ha apelado contra el rechazo parcial que de su pretensión básica, la tantas veces citada acción reivindicatoria, se hace en la sentencia.

QUINTO. Por lo demás, la decisión del Juzgado no puede sostenerse ni siquiera por la vigencia de antiguos principios procesales como el de «*da mihi factum, dabo tibi ius*», que entronca a su vez con el conocido brocardo *iura novit curia,* el cual se aduce en la oposición a la apelación. Y no puede sostenerse porque en realidad la sentencia ha hecho un cambio básico en la pretensión actora, que contradice diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre ellos el artículo 412, titulado «Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles». Según su apdo. 1, «[e]stablecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente». Y según su apdo. 2, «[l]o dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley».

Por su parte el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo referente a las alegaciones complementarias y aclaratorias que se acaba de citar, dispone en su apdo. 1 que «[e]n la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de estos expuestos en sus escritos, podrán

efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario»; y en su apdo. 2, que «[t]ambién podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar estas ni sus fundamentos».

Estas normas guardan una estrecha relación, de un lado, con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos» y cuyo apdo. 1 dispone que «[c]uando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior», así como con el artículo 401 sobre el momento preclusivo de la acumulación de acciones; y de otro, y muy especialmente con el párrafo segundo del apdo. 1 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite al tribunal resolver «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes» (formulación del tradicional *iura novit curia*), pero siempre, y es lo importante «sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

Y como dice la sentencia del Tribunal Supremo núm. 361 de 18 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6854), la causa de pedir que funciona como límite a estos efectos no se integra solo por hechos: «En cuanto a la jurisprudencia, antes ya de entrar en vigor la LEC de 2000 esta Sala rechazaba que la causa de pedir estuviera integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario, por causa de pedir debía entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS de 19 de junio de 2000 *[RJ* 2000, 5291] en rec. 3651/96 y 24 de julio de 2000 *[RJ* 2000, 6193] en rec. 2721/95), los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada (STS de 16 de noviembre de 2000 *[RJ* 2000, 9915] en rec. 3375/95), o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (SSTS de 20 de diciembre de 2002 *[RJ* 2003, 228] en rec. 1727/97, y 16 de mayo de 2008 *[RJ* 2008, 4136] en rec. 1088/01).

De ahí que, ya bajo el régimen de la LEC de 1881 (LEG 1881, 1), ya bajo el de la LEC de 2000, no se admita la introducción de cuestiones nuevas presentándolas como puramente jurídicas (STS de 10 de octubre de 2002 *[RJ* 2002, 9977] en rec. 629/97); se considere un cambio de demanda prohibido por la ley reclamar en principio una cantidad como exigible para, luego, acabar pidiendo que se fije un plazo para su pago (STS de 22 de mayo de 2003 en rec. 2983/03); o en fin, no se admita que en fase de conclusiones se invoque el artículo 262 LSA de 1989 (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) como fundamento de la responsabilidad de los administradores sociales demandados cuando la demanda no se hubiera fundado en el mismo (STS de 5 de noviembre de 2004 *[RJ* 2004, 7053] en rec. 2957/98). Más en particular sobre el juicio de retracto, la STS de 7 de marzo de 2003 *(RJ* 2003, 2560) (rec. 2474/97) apreció incongruencia en una sentencia de apelación porque, computado el plazo de caducidad por el juez de primera instancia incluyendo los días inhábiles, el demandante alteró luego el día alegado en su demanda como inicial y el tribunal de apelación admitió esta modificación».

Y concluye el Tribunal Supremo que «la causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia* (STS de 7 de octubre de 2002 *[RJ* 2003, 357] en

rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del artículo 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer».

En definitiva, se considera que la decisión contenida en la sentencia, al estimar tanto una petición como una acción que en ningún momento fueron esgrimidos en tal sentido por los actores en su demanda, ha modificado esencialmente la causa petendi de la pretensión deducida, acudiendo a fundamentos jurídicos sustancialmente distintos de los que la parte demandante hizo valer, lo que además de infringir los preceptos citados es susceptible de generar indefensión a la demandada tal como esta afirmabaen su recurso y se ha admitido previamente.

SEXTO. En todo caso, y a mayor abundamiento, ha de decirse que la Sala tampoco comparte las conclusiones jurídicas a que se llega en la resolución dictada.

Como hemos visto, en ella se admite ese derecho a la tenencia de la mitad de las cenizas del fallecido Sr. D. Carlos José sobre la base de dos argumentos básicos. El primero de ellos es el hecho de haber pagado la mitad de los gastos de sepelio, pero no se observa qué conexión jurídica existe entre tal abono y la propiedad —o posesión, si se quiere— de los restos funerarios, de modo tal que el simple hecho de realizar su pago permita extraer la consecuencia jurídica de la adquisición de la tenencia o posesión de ellos, porque si de posesión hablamos, parece claro que tal abono no constituye ninguno de los supuestos o medios que permiten adquirirla conforme el artículo 438 del Código Civil: no implica ocupación material, ni ha quedado por él sujeta a la acción de la voluntad de los demandantes, ni menos resulta ser un acto propio o formalidad legalmente establecido para adquirir tal derecho.

El segundo argumento, de índole calificado de sociocultural, es igualmente discutible. Utiliza como primer apoyo el artículo 67 del Código Civil, en cuanto que establece la obligación de los cónyuges de actuar en «interés de la familia», pero el precepto no concreta en realidad qué «familia» es la que se incluye en su ámbito de actuación, si la denominada «corta» o «nuclear» (formada solo por los cónyuges y su descendencia) o la «extensa», que sí incluiría familiares de grado más lejano, tanto por consanguinidad como por afinidad. En todo caso, parece que cuando el Código Civil quiere referirse a esta última lo hace expresamente, a diferencia del caso que nos ocupa (así sucede en el art. siguiente, el 68, al consignar expresamente la obligación de compartir el cuidado de ascendientes), pero en realidad podría concluirse que tras el fallecimiento de D. Carlos José ya no existen lazos familiares de ningún tipo entre los actores y la demandada, pues al no existir hijos, esos lazos solo pudieron nacer con el matrimonio, y este quedó legalmente disuelto y extinguido por el desgraciado óbito de aquel (art. 85 del Código Civil). Tampoco puede fundarse en «el deber que incumbe a la viuda de respetar o al menos no impedir el legítimo ejercicio de su derecho al culto de los restos de su difunto hijo, culto que en el acervo cultural y sentimiento religioso de los que cabe considerar partícipes a los ahora demandantes forma parte esencial del derecho de duelo, que se manifiesta entre otras formas, en un rito en el cual resulta necesario un lugar en el que poder rememorar a las personas fallecidas», pues no solo no se invocó, como vimos, tal derecho al culto de los restos, sino que tampoco ha quedado acreditado ese acervo cultural que se da por existente en la sentencia (la costumbre, si a eso se refiere la resolución, siempre ha de ser probada, arts. 1.3 del Código Civil y 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni, por último, puede servir para la estimación una hipotética lesión de sentimientos que se presume ha de ser restaurada por la demandada, pues de

existir (lo que no ha sido en modo alguno objeto del procedimiento) solo daría lugar a tal resarcimiento, pero no a instaurar un derecho de propiedad que no parece existir, como seguidamente veremos.

SÉPTIMO. Y es que aún reconociendo que el caso sometido a resolución es ciertamente peculiar, e incluso inusual en el ámbito judicial, quizás en nuestro ordenamiento pueda atisbarse una respuesta estrictamente jurídica a la cuestión —que es la que debe ofrecerse por los Tribunales— relativa a la propiedad de las cenizas del difunto D. Carlos José.

En primer lugar, parece claro —así lo ha considerado la resolución apelada— que los preceptos relativos al Derecho hereditario no resuelven la cuestión, pues es lo cierto que este ámbito del derecho se refiere siempre al caudal relicto, esto es, a los bienes y derechos de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 del Código Civil), y por tanto que ya estaban en su patrimonio, pero es obvio que las cenizas no se encontraban previamente en el patrimonio del fallecido y de ahí que respecto de ellas no quepa hablar de sucesión alguna.

En segundo lugar, el fallecimiento de una persona le hace perder su personalidad civil (art. 32 del Código Civil). No siendo ya una persona, tras la incineración, podría considerarse que en realidad —con independencia de los muy respetables valores sentimentales— las cenizas resultantes han constituido una «*res nova*», integrante de un bien mueble, y como tal, susceptible de apropiación, lo que permite adquirir tanto su posesión por la ocupación material (art. 438 del Código Civil ya citado) como incluso su propiedad por adquisición originaria vía ocupación en cuanto que previamente carecían de dueño (arts. 609 y 610, también del Código Civil). Y en este entendimiento, no siendo negado en modo alguno que la demandada adquirió, cuando menos, la posesión de buena fe de tales cenizas, tendría a su favor la presunción de propiedad sobre ellas que establece el artículo 464 del Código Civil, razones todas que conllevarían el rechazo de la acción reivindicatoria ejercitada por los demandantes.

OCTAVO. La estimación del recurso interpuesto por la demandada conlleva tanto que se deje sin efecto la imposición de costas que se le hace en la instancia, así como que no se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes (arts. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuciamiento Civil).

A pesar de la desestimación de la demanda inicial considera la Sala que no debe acarrear la imposición de costas a los actores, en cuanto es clara la existencia de serias dudas jurídicas sobre la cuestión objeto de controversia.

FALLO. En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO: ESTIMAR el recurso interpuesto por D.ª Enma contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia núm. 5 de los de Huelva, que se deja sin efecto, y en su virtud, SE DESESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda origen de estos formulada contra dicha demandada por D. Jesús y D.ª. Rosalía, sin hacer expresa condena en costas de la instancia a ninguna de las partes y sin hacer expresa imposición de costas en cuanto el recurso de apelación.

Sentencia núm. 64/2000 de AP Cádiz, Sección 7.ª, 14 de abril de 2000
Ponente: MARTA PEREZ-RUBIO VILLALOBOS
Fecha de Resolución: 14 de abril de 2000
Número de Resolución: 64/2000
Número de Recurso: 13/2000
Emisor: Audiencia Provincial - Cádiz, Sección 7.ª

SENTENCIA NÚMERO 64 /2000
En la ciudad de Algeciras, a 14 de abril de dos mil.

Visto por esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, integrada por los Magistrados antes citados, el rollo de apelación de referencia, dimanante del Procedimiento igualmente referenciado; y pendiendo en esta Sala recurso de apelación formulado por Augusto, representado por la procuradora Sra. Lizaur MELÉNDEZ, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia antes referenciado; siendo parte recurrida Patricia, Carlos Francisco y Rocío, representados por el procurador Sr. Méndez Gallardo; y habiendo sido designado ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Marta PÉREZ RUBIO VILLALOBOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 16 de junio de 1998, se formuló demanda de Juicio Ordinario Declarativo de Menor Cuantía por la Procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Ángeles LIZAIUR MELÉNDEZ, en nombre y representación de D. Augusto, contra los arriba mencionados, en la que, tras alegar los hechos en que sustenta su petición, y algunos fundamentos jurídicos, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare:

— El legítimo derecho de D. Augusto a realizar el traslado de los restos mortales de su difunta esposa D.ª Rocío al Cementerio de Sevilla, en cumplimiento de la voluntad de la misma.
— En consecuencia con lo anterior, se condene y obligue a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, haciendo las demás declaraciones y condenas accesorias a que hubiere lugar en relación con lo principal.
— Que como consecuencia de todo ello, se libre la oportuna orden al Excmo. Ayuntamiento de Algeciras o empresa concesionaria del Cementerio Municipal de esta localidad de Algeciras para abrir el nicho situado en el patio *Corpus Christi,* crujía cuarta, hilera segunda, número 14 del Cementerio Municipal de Algeciras, donde se encuentran enterrados los restos de la difunta D.ª Rocío con el fin de ser exhumados los mismos, y proceder a su traslado al Cementerio de Sevilla para su descanso definitivo.

También solicitaba la expresa condena en costas a los demandados.

SEGUNDO. Admitida la demanda a trámite se emplazó a los demandados a fin de que en término de 20 días contestaran a la demanda, lo que verificaron personándose en autos. Contestaron la demanda en el plazo estipulado oponiéndose a la misma y alegando lo que a su derecho conviniera. Se citó a las partes a fin de celebrar la correspondiente comparecencia prevista en la Ley, sin que llegara a acuerdo y, no existiendo defecto insubsanable, solicitaron el recibimiento a prueba, así se acordó, abriéndose el periodo probatorio cuyo resultado obra en autos.

TERCERO. En fecha 16 de diciembre de 1999 se presentó recurso de apelación por el actor contra la sentencia dictada en el procedimiento de Primera Instancia, dándose el curso legalmente previsto en esta Sección, celebrándose la correspondiente vista el día 11 de abril del año en curso y cumpliéndose en la tramitación del proceso las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Alega la recurrente en primer término que el derecho sobre el cadáver de una persona antes y después de fallecer es de sus herederos. Plantea igualmente la apelante que hay que acudir a la intención del difunto para determinar el lugar en que debe enterrarse este, y para determinar su intención es necesario acudir a los testigos, ya que son los únicos que pueden expresar el deseo del difunto a ser enterrado en un lugar determinado. Estima dicha defensa que lo manifestado en los fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto de la sentencia de instancia es erróneo porque no ha entendido el núcleo de la demanda; exponiéndose, a su tenor, en el fundamento jurídico Tercero de la sentencia los razonamientos legales en virtud no puede acogerse la tesis del demandante y en el fundamento jurídico Cuarto se afirma que el actor falta a la verdad en la narración de los hechos. Estima igualmente la apelante que no existe norma legal que determine quien es el titular dominical de los restos de una persona, por lo que ante tal vacío es necesario acudir a la analogía y a la costumbre.

SEGUNDO. Hay que iniciar el estudio del tema acudiendo al mismo momento del accidente sufrido por don Augusto y su esposa, doña Rocío el día 27 de enero de 1990. En la demanda se expresa que don Augusto, tras el accidente, fue ingresado en un Hospital de Jaén, desconociendo en ese momento el fallecimiento de su mujer, y no fue informado hasta mucho después del óbito de su esposa, cuando mejoró su estado. Para entonces, la difunta doña Rocío ya había sido enterrada a instancias de su familia, y, por tanto, nada pudo disponer el actor acerca del enterramiento de la misma. Respecto a ese desconocimiento, hay que acudir a la prueba obrante en las actuaciones, con el fin de clarificar cómo se desarrollaron los hechos y el conocimiento-consentimiento del marido al traslado de los restos de su esposa a Algeciras. En primer lugar, nos encontramos con las Observaciones de enfermería del Hospital General de Especialidades de Jaén del día 27 de enero, es decir, el mismo día del accidente, en el que la enfermera que le atendía constató en dicho parte que «está tranquilo aunque sabe que su mujer ha fallecido», por lo que, a priori, se deduce que el actor conoció desde el principio el fallecimiento. La confesión realizada por doña Rocío evidencia que le llamaron a su casa en la fecha de autos, preguntando por su hijo, y le comunicaron que el actor había tenido un accidente y le dijeron que lo trasladaban a Jaén, y cuando la confesante preguntó por su hija le dijeron que había fallecido. Igualmente, al ponerse al habla con su yerno, le dijo que no se preocupara que estaba bien, en observación, y que estaba esperando unas pruebas. De la misma forma, la hermana de don Augusto manifestó la intención de ir al entierro, a lo que ella se opuso ya que era mejor que su hermana se quedara en Jaén haciéndole compañía. De igual forma, la confesión de Patricia pone de relieve al absolver la posición Tercera que una vez fallecida la esposa del recurrente su esposo nunca dijo nada de llevársela. La confesión realizada por don Augusto por el contrario mantiene que ignoraba había muerto y que no dio el teléfono al conductor de la ambulancia, como así se afirma por los demandados, y que en dicho momento estaba consciente aunque trastornado, pero, por el contrario, se contradice al manifestar que facilitó el teléfono a una persona del Hospital para que se ocupara de todo lo relacionado con el accidente, teléfono que estaba a nombre del abuelo de su difunta esposa y que no salía en la guía, por tanto, número que solo pudo dar él, lo que evidencia que lo manifestado por doña Rocío debe ser tenido en cuenta por esta Sala en relación con que don Augusto, amén de estar consciente tras el accidente y conocer que su esposa había fallecido, dio los datos necesarios

para que se avisara a la familia de su esposa para que se hicieran cargo de todo lo relacionado con su fallecimiento, sin que las manifestaciones vertidas por el recurrente respecto a su ignorancia sobre el entierro en Algeciras y su posterior discrepancia, pueda ser tampoco tenida en cuenta por este Tribunal, ya que, el mismo actor manifestó al absolver la posición vigesimotercera que en ningún momento manifestó a la familia de su esposa su desacuerdo con que su esposa fuera enterrada en Algeciras.

TERCERO. Las testificales practicadas son del todo contradictorias. Por un lado la de Erica, Filomena, Sergio y María avalan lo manifestado por el marido. Pero por otro lado la de Jon, Alonso, María Rosa y Sara avalan la tesis de que el marido conoció el fallecimiento de su esposa desde el principio y de que era un matrimonio que no se llevaba bien y el deseo de la difunta era separarse. Respecto a su valor probatorio, dice el artículo 1248 del Código Civil que «la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos será apreciada por los tribunales conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Y la LEC establece en su artículo 659 que «los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran», por lo que, a tenor de lo anteriormente expuesto, y atendiendo al principio de libre apreciación de la prueba, dada la discrepancia que se deriva de los numerosos testimonios prestados, esta Sala estima que no se puede derivar de dicha prueba una conclusión clara respecto al desconocimiento del marido del enterramiento de su esposa en Algeciras, ni al deseo de la difunta de ser enterrada en Sevilla, sino todo lo contrario, ya que, la testifical de Claudia, hermana del actor, en la contestación a la Repregunta segunda, señaló que el actor estaba consciente después del accidente, lo que corroborado con lo declarado por la doctora Frida, que atendió al actor con posterioridad al accidente, y manifestó que le dio la impresión de que el marido sabía que había fallecido, lleva a concluir que el actor permitió que la familia de su esposa la enterrara en Algeciras sin oposición de ningún tipo. Ese «dejar hacer» a la familia de la esposa ha de ser tenido en cuenta como acto propio que le vincula, y que, según consagrada doctrina jurisprudencia], encuentra apoyo legal en el artículo 7 del Código Civil y su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, al imponer el deber de ser coherente en el comportamiento posterior (sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1988 y del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1996).

A mayor abundamiento, la doctrina de los actos propios ha sido perfectamente delimitada jurisprudencialmente, y así se hace constar en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, que cita las más recientes, de 27 de enero de 1996, 30 de septiembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, 22 de enero de 1997, 21 de febrero de 1997, 7 de marzo de 1997, 16 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1998, esta última la resume en los siguientes términos la doctrina de los actos propios: «Se da tal situación, con la consecuencia de que no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen, conforme a las sentencias de 5 de marzo de 1991, 12 de abril y 9 de octubre de 1993, 10 de junio de 1994, 31 de enero de 1995 y 21 de noviembre de 1996 y muchas más».

CUARTO. Otro dato a tener en cuenta para corroborar lo expuesto con anterioridad, es el dato de que fue la familia de la esposa la que costeó materialmente todos los gastos del sepelio, tanto directos como indirectos, sin que conste en las actuaciones que en ningún momento el marido manifestare su intención de hacerse cargo de ellos, ni de atender, ni de forma somera, a ayudar parcialmente a su satisfacción, por lo que, desentendido de la forma y del lugar de llevarse a cabo el enterramiento, no se comprende en el momento presente que pretenda efectuar el traslado de los restos de su mujer a Sevilla, sin causa ni fundamento alguno.

QUINTO. Respecto a la manifestación realizada por la recurrente en cuanto a la calificación del cadáver, esta Sala comparte la doctrina jurídica establecida en sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 7 de junio de 1995, que determina que el cadáver, como mero residuo de la personalidad, queda fuera de los derechos relacionados con la misma, aunque tenga alguna conexión con ellos, de manera que nadie puede ostentar un derecho de propiedad sobre él, cuyo destino normal, según conciencia general, es la de ser dejado a la paz del sepulcro, no siendo susceptible de apropiación alguna, como «*res extra comercium*» sujeta a normas de interés público y social, sin que las posibilidades de disposición sobre el cadáver concedidas a los particulares (y en el caso presente ejercitadas en su día por el que en su día fue su esposo) autoricen a admitir la existencia de un derecho subjetivo al o sobre el mismo. Para corroborar lo anterior, el profesor GORDILLO CAÑAS señala que: «la muerte es el hecho jurídico que muta la calificación jurídica del cuerpo. Extinguida la personalidad, el cuerpo deviene cadáver; de elemento personal, pasa a ser jurídicamente cosa. Con todo, y acertadamente, esa misma *communis opinio* recorta sustancialmente los efectos de la indicada calificación: el cadáver es cosa, pero cosa extra *comercium,* o lo que es muy parecido: cosa, pero no objeto de derechos patrimoniales; cosa *sui generis,* por su condición de huella y residuo de la personalidad, pero cosa al mismo tiempo, objeto más de respeto y de culto que de poder o dominio: sobre el cadáver no hay en lo fundamental más margen de lícita actuación que el de proveer a sus honras fúnebres y a su digna sepultura. Ni es derecho de naturaleza real, pues, ni derecho de la personalidad».

SEXTO. Las costas han de ser impuestas al apelante por aplicación de lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS. Que desestimando íntegramente el recurso de apelación mantenido en esta instancia por Augusto, representado por la procuradora Sra. LIZAUR MELÉNDEZ, contra la sentencia dictada en el juicio al que el referenciado rollo de Sala se contrae, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia apelada, y con imposición de costas a la parte recurrente.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales con testimonio de esta sentencia, para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En suma, el Derecho funerario está integrado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 42 que son responsabilidades mínimas municipales el control sanitario de los cementerios y la policía sanitaria y mortuoria. Por su parte dentro del ámbito de la administración propiamente municipal, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 26.1 incluye los cementerios como un servicio público obligatorio en todos los municipios independientemente de cual sea su número de habitantes. Así mismo el artículo 25.2 de la citada Ley 7/85 señala que el mu-

nicipio ejercerá en todo caso competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: apartado j) Cementerio y servicios funerarios.

Posteriormente a través del *Real Decreto Legislativo 7/1996 de 7 de junio* de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, mediante lo dispuesto en su artículo 22 se produjo la liberalización de los servicios mortuorios, ya que hasta entonces constituían un servicio reservado a favor de las entidades locales por el artículo 86.3 de la antes citada *Ley 7/85,* posibilitando por tanto a partir de entonces la participación de los operadores privados en la prestación del citado servicio.

Por *Decreto 2263/1974 de 20 de julio* por el que se aprueba el *Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria*, estableció las condiciones e instalaciones mínimas que debe disponer todo cementerio.

III. SALA PRIMERA. SENTENCIA TC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO DE 2016

1. Promovido por doña Nerea MENDICUTE SAN MIGUEL en relación con los Autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y de un juzgado de primera instancia e instrucción de Éibar que denegaron la licencia de incineración de los restos resultantes del aborto padecido por la demandante. Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar: resoluciones judiciales que rechazaron, sin fundamento normativo y de manera desproporcionada, el permiso de incineración solicitado. Votos particulares.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La demanda de amparo impugna el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar —que denegó la licencia de incineración de los restos resultantes del aborto padecido por la actora— y los Autos que lo confirman, del propio Juzgado y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE).

Según el recurso, la denegación del permiso que la actora solicitó para incinerar y despedir a su hijo no nato en compañía de su pareja en una ceremonia de carácter civil y familiar y darle digna sepultura habría vulnerado el artículo 16.1 CE por carecer de todo fundamento legal. Los valores y creencias de la demandante no podían merecer menos respeto que aquellos que pudieran adjetivarse como «religiosos» o «confesionales» y porque no había razón alguna de orden público que pudiera justificar la denegación de la entrega solicitada. El destino final que la demandante quería dar a los restos humanos de su hijo era, precisamente, el indicado por la normativa de policía mortuoria. Estaría igualmente concernido el principio de igualdad y la proscripción de discriminación (art. 14 CE) porque en un asunto anterior, el mismo Juzgado accedió entregar a otra madre los restos humanos de su hijo, también de 22 de semanas, atendiendo a la religión de la solicitante (musulmana), el tipo de aborto (espontáneo) y el peso del feto (mayor que en el presente caso), lo que resultaría «totalmente discriminatorio». La demanda razona igualmente la lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) a través de la STEDH de 14 de febrero de 2008 (Asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*), que apreció violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar)

del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por haberse lesionado el derecho de la madre a estar presente en el traslado y entierro de su hijo nacido muerto en un parto prematuro.

Conviene precisar que queda al margen de este proceso constitucional la decisión de la Administración sanitaria de rechazar la solicitud formulada por la demandante de amparo —la entrega del cuerpo de su hijo no nato para poder incinerarlo y despedirse de él—, basada en la consideración de que era precisa una autorización judicial. El recurso de amparo no se dirige contra ella sin que, por tanto, nos corresponda valorar si la Administración vulneró algún derecho fundamental al rechazar la entrega. La demandante impugna solo el Auto de 17 de octubre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar, por denegar la licencia de incineración con vulneración de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE), así como los Autos posteriores resolutorios de los recursos de reforma y apelación, por no reparar la indicada vulneración[40].

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso en los términos expuestos en los antecedentes.

2. No hay precedente de sentencia constitucional sobre casos análogos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de los restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

El indicado Tribunal ha considerado contraria al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales la decisión de las autoridades rusas de no entregar, para su enterramiento, los cadáveres de los fallecidos en una operación antiterrorista. Tal decisión se amparaba en la legislación estatal aplicable, pero se adoptó sin hacer una evaluación individual de las circunstancias que, en cada caso, justificaban la negativa —asuntos *Sabanchiyeva y otros c. Rusia* (núm. 38450-2005, STEDH de 6 de junio de 2013), *Maskhadova y Otros c. Rusia* (núm. 8071-2005, STEDH también de 6 de junio de 2013) y *Abdulayeva c. Rusia* (núm. 8552-2005, STEDH de 16 de enero de 2014). En alguno de estos casos se invocó concurrentemente la lesión del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 9 CEDH) —equivalente al establecido en el artículo 16.1 CE—, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no halló razones para hacer un examen separado de ambas lesiones (*Abdulayeva c. Rusia*, § 60; *Sabanchiyeva y otros c. Rusia*, §§ 157 y 158; y *Maskhadova y otros c. Rusia*, §§ 248 y 249).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enjuiciado asimismo el excesivo retraso en la restitución a los miembros sobrevivientes del cuerpo de un familiar tras la práctica de la autopsia y recogida de muestras corporales en una investigación criminal —entre otros, en los asuntos *Girard c. Francia* (núm. 22590-2004, STEDH de 30 de junio de 2011) y *Pannullo y Forte c. Francia* (núm. 37794-1997, STEDH de 30 de enero de 2002)— o el rechazo a entregar a la esposa la urna con las cenizas de su esposo —asunto *Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia* (núm. 61564-2000, STEDH de 17 de enero de 2006).

El asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza* (núm. 55525-2000, STEDH de 14 de febrero de 2008) reviste singular relieve a los efectos del presente proceso constitucional. Tras un parto prematuro, los médicos certificaron que el hijo de la demandante nació muerto, procediéndose al enterramiento en una fosa común sin celebración de ceremonia funeraria alguna. Según la demanda, los padres tenían derechos sobre los restos mortales de sus hijos que fueron vulnerados, en particular, el

derecho a decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el artículo 8 CEDH resulta aplicable para determinar «si asistía a la demandante el derecho de asistir al enterramiento de su hijo eventualmente acompañado de una ceremonia así como a ver que los restos eran transportados en un vehículo apropiado» (§ 52). A tal efecto, afirma, hay que examinar «si la injerencia estaba 'prevista por la ley'», si era «necesaria en una sociedad democrática» y si respondía a «objetivos legítimos» (párrafo 58). En aplicación de esta doctrina, el Tribunal resolvió que las autoridades suizas vulneraron el artículo 8 CEDH porque interfirieron en el derecho a la vida privada y familiar de la demandante sin base legal suficiente en el Derecho suizo (§§ 53-62).

En el asunto *Marić c. Croacia* (núm. 50132-2012), resuelto por la STEDH de 12 de junio de 2014, tras un periodo de gestación de nueve meses, médicos de un hospital público asistieron un parto con complicaciones. Como consecuencia de tales complicaciones nació muerto el hijo del demandante y su esposa, quienes optaron por no hacerse cargo de los restos, consintiendo que lo hiciera el hospital. Después solicitaron sin éxito información sobre el lugar del enterramiento. En su demanda, el recurrente razona que las autoridades croatas vulneraron el artículo 8 CEDH por privarle de aquella información y que tal vulneración trae causa de que el cuerpo de su hijo no nato fue desechado indebidamente. El Tribunal identifica como «cuestión central» valorar si el hospital estaba autorizado a deshacerse del cuerpo tratándolo como residuo clínico, sin dejar rastro de su paradero (§ 62). Señala que la circunstancia de que el demandante consintiera verbalmente que el hospital se hiciera cargo del enterramiento no significa que aceptara tácitamente que el cuerpo del niño se desechara sin dejar rastro de su paradero, máxime cuando la legislación interna dispone que los cementerios deben llevar un libro de registros de todos los entierros con indicación del lugar en el que se producen (§ 64). Tras citar el asunto *Hadrid-Vionnet*, declara que debe examinarse en primer lugar si existía una base legal suficiente (§ 67). Observa a este respecto que el Gobierno croata no ha citado legislación aplicable alguna y que, en cualquier caso, entre los «residuos clínicos» cuya eliminación regulan las instrucciones del Ministerio de Sanidad están solo los fetos de menos de 22 semanas de edad, que claramente no era el caso del hijo nacido muerto del demandante (§§ 68-69). Concluye: «el Tribunal encuentra que la injerencia en el derecho del demandante garantizado por el artículo 8 del Convenio no era conforme a la ley, como requiere esta disposición, por lo que se hace innecesario examinar si la injerencia perseguía un 'legítimo objetivo' y si era 'necesaria para una sociedad democrática'» (§ 71).

3. A la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE. Ahora bien, como todo derecho fundamental, también este admite restricciones que respondan a «un fin constitucionalmente legítimo» y que sean necesarias y adecuadas «para alcanzar dicho objetivo» (por todas, SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, y 64/2001, de 17 de marzo).

Todo lo anterior se resume en la necesidad de constatar el cumplimiento de cuatro requisitos o condiciones que, según reiterada doctrina, se erigen en canon de control para estos casos: si la medida restrictiva disponía de la correspondiente

cobertura legal; si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —es decir, si es idónea o conducente para cumplir los fines pretendidos—; si era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada «por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; en el mismo sentido, p. ej., las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3, o 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9, o entre otras).

4. Hay que empezar por reconocer que los órganos judiciales tropezaban con la dificultad de la falta de una regulación clara en esta materia; no contaban con previsiones específicas que determinaran si puede la Administración hospitalaria entregar por sí los restos humanos sin necesidad de autorización judicial o, en la hipótesis de que sea necesario el permiso judicial de incineración, si este presupone o no la inscripción en el legajo de criaturas abortivas del Registro civil.

Partiendo de la interpretación de que el permiso judicial es preceptivo y de que su obtención presupone la inscripción registral, los Autos impugnados han justificado la imposibilidad de practicar esa inscripción (y, por ende, la de acceder a lo solicitado) en el artículo 45 de la Ley del Registro civil: «Las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente». Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial han derivado de la obligación de inscribir criaturas abortivas de más de 180 días, la prohibición de inscribir las de menor tiempo, aunque ello suponga que los padres no puedan asistir a la incineración de su hijo no nato en una ceremonia funeraria íntima o familiar.

Sin embargo, de la imposición de un deber de inscripción a partir de un determinado tiempo de gestación no cabe deducir extensivamente la prohibición de entrega para su enterramiento o incineración de criaturas abortivas de menor tiempo: la norma no somete el enterramiento o incineración a las exigencias de permiso judicial e inscripción registral ni impide por sí la anotación de criaturas abortivas de menos de 180 días.

Téngase en cuenta que el propio órgano judicial reconoce haber realizado la inscripción y concedido la licencia judicial de enterramiento en otro caso en que tampoco se alcanzaban los 180 días de vida fetal. El Auto de 17 de octubre de 2013 afirma expresamente en su fundamento jurídico primero que no existe aquella prohibición legal de inscripción de criaturas abortivas de menos de 180 días. Sin embargo, en el fundamento jurídico siguiente, suscribe lo contrario.

Cabe, pues, concluir que las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE) sin esgrimir una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, sin la suficiente cobertura legal.

5. En cualquier caso, de las actuaciones no resulta impedimento alguno de orden público general o sanitario que pudiera justificar la injerencia en el derecho de la demandante a decidir sobre el enterramiento o incineración de su criatura abortiva *ex* artículo 18.1 CE. Antes bien, de ellas se desprende la radical ausencia de riesgos para los bienes jurídicos protegidos a través de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, por un lado, y de la policía sanitaria mortuoria, por otro.

Ante el diagnóstico de polimalformaciones del feto con improbable viabilidad, se practicó la interrupción del embarazo conforme al artículo 15 b) de la Ley

Orgánica 2/2010, que prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo por causas médicas cuando «no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija». El propio Juzgado afirmó la ausencia de indicio alguno de criminalidad.

Por otra parte, de las actuaciones se deriva igualmente la inexistencia de riesgos para la salud pública: constaba incluso un informe médico-forense de la Subdirección de Guipúzcoa del Instituto Vasco de Medicina Legal según el cual «lo que se solicita no tiene ningún impedimento médico-legal ni sanitario» y que «según la ley de Policía Sanitaria Mortuoria vigente en la del CCAA [sic] del País Vasco, el destino de todo resto humano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar». El propio Juzgado parte de la ausencia de riesgos sanitarios o de otro tipo cuando, sin discutir las conclusiones de aquel informe y admitiendo que la legislación sobre policía sanitaria mortuoria no impediría la entrega, concluye que es una condición legal a la que se siente vinculado, pero que no comparte, lo que conduce a la postre a la denegación. Afirma, literalmente, que «no puede obviarse la aplicación del artículo 45 de la Ley del registro civil, que aun sin entender esta juzgadora por qué se establece el límite de 180 días y no otro, es el que está legalmente previsto para inscribir y obtener la pertinente licencia de enterramiento-incineración solicitada».

El análisis de la legislación sobre traslado y tratamiento de cadáveres y restos quirúrgicos manejada por las resoluciones judiciales confirma esta conclusión. El artículo 6 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de policía sanitaria mortuoria, dispone, sin perjuicio de lo establecido por la legislación especial vigente sobre obtención de piezas anatómicas para trasplante y utilización de cadáveres para fines científicos y de enseñanza, que el destino final de todo cadáver será uno de los tres siguientes: enterramiento en lugar autorizado, incineración o inmersión en alta mar. Esta disposición resulta aplicable a «los restos humanos de entidad suficiente procedentes de abortos, mutilaciones y operaciones quirúrgicas, sin otro requisito, en el orden sanitario, que el certificado facultativo en que se acredite la causa y procedencia de tales restos». En esta línea, el Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco (donde ocurrieron los hechos) —aplicable, según su artículo 2, a «toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres, restos cadavéricos y restos humanos de entidad suficiente, incluyendo los aspectos relativos a su transporte» (noción en la que se incluyen los procedentes de los abortos con entidad suficiente, según su art. 3)—, contempla también el enterramiento o la cremación como destino de los cadáveres y restos humanos que no presenten riesgo sanitario (art. 5.1). Es decir, esta normativa, para proteger la salud pública, no solo no prohíbe la incineración o enterramiento, sino que la establece como obligatoria.

En conclusión, las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya preservación justifique la denegación del permiso de incineración solicitado.

6. La estimación de este motivo de amparo hace innecesario que nos pronunciemos sobre la pretendida vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE).

FALLO. En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido:

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Nerea MENDICUTE SAN MIGUEL y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).
2.º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, anular el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar de 17 de octubre de 2013, el Auto del mismo órgano judicial de 12 de noviembre de 2013, que resolvió el recurso de reforma interpuesto contra la resolución anterior, y el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, núm. 295-2013, de 23 de diciembre de 2013, dictado en rollo de apelación núm. 3300-2013.

2. En cuanto a los votos particulares, dada su transcendencia, ha lugar a su transcripción siquiera sea parcial, a la vista de las argumentaciones jurídicas que en particular hemos de compartir:

Voto particular que formula el Presidente, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, a la sentencia dictada por la Sala Primera resolviendo el recurso de amparo núm. 533-2014: con el debido respeto al parecer mayoritario de la Sala, en uso de la facultad que me atribuye el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me siento en la obligación de manifestar a través de este Voto particular mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la sentencia que ha estimado el presente recurso de amparo.- El principal motivo de mi desacuerdo radica en que, a mi entender, la pretensión de la demandante de obtener autorización para incinerar los restos resultantes del aborto padecido no puede ser reconducida al contenido protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE. (…) Este razonamiento es el que, a mi parecer, determina que en el supuesto enjuiciado no resulte posible apreciar vulneración del artículo 18.1 CE, de la misma manera que tampoco entiendo que las resoluciones impugnadas resulten lesivas de los otros dos derechos alegados en la demanda de amparo: ni de la libertad ideológica *ex* artículo 16.1 CE —por no integrarse tampoco la voluntad de la actora en el contenido propio de este derecho—, ni del derecho a la igualdad y no discriminación *ex* artículo 14 CE —por no concurrir los presupuestos exigibles—. En definitiva, por respetable y comprensible que pueda resultar la pretensión de la demandante, y por más que su solicitud pudiera encontrar conexión con otros preceptos constitucionales, la argumentación expuesta me lleva a concluir que la inexistencia de lesión de los derechos fundamentales invocados debió conducir en su momento a la inadmisión del recurso de amparo, y ahora en fase de sentencia, a su desestimación.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés OLLERO TASSARA en relación con la sentencia de la Sala Primera de 1 de febrero de 2016 dictada en el recurso de amparo núm. 533-2014. Comparto la decisión mayoritaria de amparar a la vulnerada recurrente, tras haber tenido el honor de expresar como Ponente el parecer del Tribunal. Discrepo sin embargo de la fundamentación del fallo. 2. El primero de los dos motivos aducidos por el órgano judicial para justificar su negativa es que el feto, cuya entrega la recurrente reclama, ha sido objeto de un aborto programado con su consentimiento tras diagnosticarse polimalformaciones con hallazgos sugestivos de cromosomopatía,

de improbable viabilidad. En el caso anterior, que considera tan «sensiblemente distinto» como para fundamentar una desigualdad de trato, la interrupción del embarazo fue consecuencia de un aborto espontáneo.- Sea cual sea la valoración que —por motivos morales o religiosos— la primera circunstancia merezca, queda fuera de toda duda que el tratamiento legal en vigor considera ambas conductas jurídicamente equiparables; por más que la primera fuera fortuita y la segunda expresiva de un *agere licere*, aunque no llegara a implicar el ejercicio de un derecho. La recurrente solicitaba autorización judicial para «despedirse del feto con su pareja» y para «poder incinerarlo», «en una ceremonia de carácter civil y familiar». Dado que en ninguno de los dos casos se cumplían las condiciones que obligarían a una inscripción registral (ciento ochenta días de gestación), ni las fijadas por un protocolo sanitario de problemática relevancia (500 gramos de peso), no hay motivo que justifique la diferencia de trato que llevó al órgano judicial a ordenar la entrega del feto a la primera madre y negarlo a la ahora recurrente, impidiendo su legítimo deseo de tratarlo como hijo dándole «digna sepultura a su creación física y espiritual». 3. El segundo de los motivos reconocido por el órgano judicial, de especial transcendencia constitucional, es el que sin duda constituye el centro de la polémica situación, pese a que la sentencia opte por ignorarlo. Se satisface pues en el primer caso la entrega del feto a solicitud de la madre, porque esta se confiesa vinculada a la religión musulmana, lo que le lleva a oponerse a la incineración del fruto de su vientre por considerar obligado darle sepultura en la tierra. Se le niega sin embargo trato similar a la recurrente, porque la solicitante no «invoca religión católica alguna, ni solicitarlo por motivos religiosos»; lo que le lleva a constatar que no se respetan «de igual modo los valores y creencias (religiosas o no)» que le mueven, generando una desigualdad de trato carente de fundamento objetivo y razonable con resultado discriminatorio.- No falta precedente en la doctrina del Tribunal que avala dicha conclusión. Ya desde la sentencia 15/1982 de 23 de abril, en su FJ 7, se rechaza la negativa a reconocer la condición de objetor al servicio militar a un ciudadano por no constar motivaciones religiosas en la fundamentación ética de su actitud. Tanto aquel caso como el ahora resuelto pueden producir cierta sorpresa, ya que suele transcender con más frecuencia —como fruto de querencias laicistas ajenas a nuestro texto constitucional— desigualdades de trato a motivos religiosos respecto a los ideológicos, pese a estar ambos claramente equiparados en el primer epígrafe del artículo 16 CE.- No deja de resultar llamativa la aparente dificultad para conceder amparo a los derechos y libertades relacionados con la conciencia personal, que he tenido ya ocasión de detectar en anteriores Votos particulares. Ello me lleva a pensar que el Tribunal ha desaprovechado una clara oportunidad de resaltar el obligado respeto a convicciones personales que —se compartan y consideren coherentes o no— respetan el ordenamiento legal y no afectan al orden público, único límite aceptado por el artículo 16.1 CE.

Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación ROCA TRÍAS a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 533-2014 (…) Mi discrepancia en este primer bloque de citas se basa en que el supuesto de hecho sobre los que tuvo que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos era diferente, al tratarse de la entrega de cadáveres, es decir, personas muertas, por lo que y para proteger la dignidad personal, están habilitados sus familiares para reclamar sus restos mortales, lo que no ocurre con los fetos fallecidos antes del nacimiento, porque aún no han adquirido personalidad, de acuerdo con lo declarado en las SSTC 35/1985, 212/1996 y 116/1999 (…)(i) En primer lugar, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia se citan los siguientes casos: *Sabanchiyeva y otros c.*

Rusia (núm. 38450-2005, STEDH de 6 de junio de 2013), *Maskhadova y otros c. Rusia* (núm. 8071-2005, STEDH también de 6 de junio de 2013) y *Abdulayeva c. Rusia* (núm. 8552-2005, STEDH de 16 de enero de 2014), en los que se invocó concurrentemente «la lesión del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia [artículo 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)] —equivalente al establecido en el artículo 16.1 CE—, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no halló razones para hacer un examen separado de ambas lesiones (*Abdulayeva c. Rusia*, § 60; *Sabanchiyeva y otros c. Rusia*, §§ 157 y 158; y *Maskhadova y otros c. Rusia*, §§ 248 y 249)». También se alegan las sentencias «*Girard c. Francia* (núm. 22590-2004, STEDH de 30 de junio de 2011) y *Pannullo y Forte c. Francia* (núm. 37794-1997, STEDH de 30 de enero de 2002) —o el rechazo a entregar a la esposa la urna con las cenizas de su esposo— asunto *Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia* (núm. 61564-2000, STEDH de 17 de enero de 2006)». Mi discrepancia en este primer bloque de citas se basa en que el supuesto de hecho sobre los que tuvo que pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos era diferente, al tratarse de la entrega de cadáveres, es decir, personas muertas, por lo que y para proteger la dignidad personal, están habilitados sus familiares para reclamar sus restos mortales, lo que no ocurre con los fetos fallecidos antes del nacimiento, porque aún no han adquirido personalidad, de acuerdo con lo declarado en las SSTC 35/1985, 212/1996 y 116/1999.

Por estas razones, deberían haberse obviado las citas de estas sentencias.

(ii) En segundo lugar, la presente sentencia basa su argumentación para reconocer la existencia en España de un derecho a la intimidad familiar en el sentido del artículo 8.1 CEDH, en las SSTEDH asuntos *Hadri-Vionnet c. Suiza* (núm. 55525-2000, de 14 de febrero de 2008) y *Marić c. Croacia* (núm. 50132-2012, de 12 de junio de 2014), con una interpretación voluntarista de las mismas. Es cierto que, como en el presente recurso, ambas resoluciones se refieren a concebidos con diferentes periodos de desarrollo gestacional, pero la *ratio decidendi* no puede trasladarse solo por ello, automáticamente, al presente caso.

En el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del artículo 8 CEDH, porque consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar se produjo por el incumplimiento, por parte de la Administración, de una norma legal vigente y clara relativa al tratamiento de estos restos. En concreto, la decisión de la Administración de proceder al enterramiento del hijo de la demandante, que tras 26 semanas de gestión, nació muerto, y ello sin comunicárselo a los padres, y, además, trasladar sus restos en un vehículo de transporte comercial (§ 61). Por su parte, la STEDH *Marić c. Croacia*, tras citar la mencionada, concluyó, en el mismo sentido, que la injerencia consistente en este caso en deshacerse del cuerpo del concebido como residuo clínico sin dejar rastro de los restos o de su paradero, se produjo como consecuencia de no haber actuado la Administración conforme a la ley, como requiere el artículo 8 CEDH, dado que las instrucciones del Ministerio de Sanidad sobre eliminación de residuos clínicos y las ordenanzas sobre las medidas de prevención y lucha contra infecciones hospitalarias, solo se referían a fetos de hasta 22 semanas de gestión, y claramente no era el supuesto del demandante (§ 69).

Basta la simple lectura de las resoluciones judiciales impugnadas, para constatar que no nos encontramos ante la misma situación. La sentencia, de la que discrepo, aplica, sin embargo, los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y equipara el incumplimiento de una norma legal (como la suiza o la croata), al que dice que, en el caso español, es una «falta de una regulación

clara en esta materia». Tal equiparación le lleva a concluir que «las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE)», pues no existe una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, la jueza no contaba con la suficiente cobertura legal (FJ 4).

Parece insuficiente y arriesgado decidir que a la recurrente se le había violado un derecho que, en realidad se instituye de nuevo a partir de una lectura del artículo 18.1 CE, con base únicamente en la existencia de las dos resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —asuntos *Hadri-Vionnet c. Suiza y Maric c. Croacia*, que constatan la vulneración del artículo 8 CEDH, derecho a la vida privada y familiar por el incumplimiento de la normativa suiza y la croata, respectivamente. A diferencia de la española, las Constituciones de los citados Estados reconocen, expresamente el derecho al respeto a la vida familiar (arts. 13 y 35, respectivamente). Echo de menos, por tanto una construcción sobre el encaje constitucional de este «nuevo» derecho derivado del artículo 8 CEDH, pero no incluido en el artículo 18.1 CE, construcción en la que hubieran debido tener en cuenta, al menos, las diferencias jurídicas entre conceptos tan distintos como los implicados: «resto quirúrgico», feto», «hijo no nato», «mortinato» o «hijo nacido muerto», «alumbramiento», «nacimiento». A mi juicio, se hacía imprescindible, una valoración de todas ellas en relación con su posible integración en el concepto de intimidad privada y familiar protegido por el artículo 18.1 CE. Según el apartado 2 del artículo 8 CEDH no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, «sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». En aplicación de tal norma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tan solo constató formalmente en los casos citados la existencia de la injerencia para, una vez superado el trámite de admisión, analizar si existía o no la lesión del derecho, de conformidad con la normativa citada, concluyendo que la violación de las normas de derecho positivo que desarrollaban el derecho a la intimidad familiar en los respectivos países, había producido la lesión de dicho derecho.

Si en España el derecho no está directamente reconocido, como veremos a continuación y la normativa existente se cumplió, no pueden servir de fundamento para la sentencia los argumentos derivados de supuestos distintos al aquí examinado.

(…) 4. He de añadir que la conclusión sobre la falta de claridad de la regulación existente a la que llega la sentencia, no es correcta.

La sentencia afirma que los órganos judiciales «no contaban con previsiones específicas que determinaran si puede la Administración hospitalaria entregar por sí los restos humanos sin necesidad de autorización judicial o, en la hipótesis de que sea necesario el permiso judicial de incineración, si este presupone o no la inscripción en el Legajo de criaturas abortivas del Registro civil» (FJ 4). Por lo que «no cabe deducir extensivamente la prohibición de entrega para su enterramiento o incineración de criaturas abortivas de menor tiempo: la norma no somete el enterramiento o incineración a las exigencias de permiso judicial e inscripción registral ni impide por sí la anotación de criaturas abortivas de menos de 180 días» (FJ 4). Apreciación que se confirma con el hecho de que el propio órgano judicial reconozca haber realizado la inscripción y concedido la licencia judicial de enterramiento en otro caso, en el que tampoco se alcanzaban los 180 días de

vida fetal (FJ 4). Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que en el FJ 2 *in fine* del Auto de 19 de diciembre de 2013, que obra en las actuaciones, se afirma lo siguiente: «nótese que ni esta instructora a salvo del caso previo que resolvió ni el recurrente han sido capaces de encontrar e invocar resoluciones similares, sin perjuicio de que este Protocolo lleva vigente desde 1998 en el País Vasco y se al menos (sic) existen indicios de que en Barcelona se aplica en algún Hospital procedimientos similares».

Tampoco las dudas que se manifiestan sobre la falta de claridad de la regulación legal española, se desprenden del Auto de desestimación del recurso de apelación, de fecha de 23 de diciembre de 2014. Por el contrario, se razona suficientemente por qué entiende que no es preceptiva la inscripción en el legajo de criaturas abortivas, necesaria para expedir la licencia de enterramiento, ni su tratamiento como resto cadavérico a los efectos de la normativa mortuoria, en aplicación del artículo 2 del Decreto 202/2004. Considera que solo se les atribuye el mismo destino que a los cadáveres, en aquellos supuestos en que no se ha producido el nacimiento, si son «restos humanos de entidad suficiente». Dado que este constituye un concepto jurídico indeterminado, lo integra a partir de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 que en su artículo 7 recoge el derecho del niño a la inscripción «inmediatamente después de su nacimiento» y la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 21 de mayo de 1998 que establece que «la ley es clara y tajante cuando impone únicamente la obligación de declarar el nacimiento de criaturas abortivas de más de 180 de vida fetal, artículo 45 LRC»; lo anterior se relaciona con el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 que cifra en que no se superen las veintidós semanas, el plazo para el aborto siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y el contenido del protocolo de Osakidetza y la consideración de restos quirúrgicos de los que no superen los 500 gramos y 180 días de gestación. Por último, hay que subrayar que descarta la aplicación de la STEDH *Hadri-Vionnet c. Suiza*, por referirse a un «supuesto distinto y diferenciado», al haberse producido el nacimiento y, por ello, tener los restos la consideración de cadáver, tanto a efectos de inscripción como de enterramiento.

IV. LA ELASTICIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y SU CAPACIDAD PARA RETOMAR SU NÚCLEO ESENCIAL ¿EXISTE UN PUNTO SIN RETORNO QUE DEFORME Y VACÍE DE CONTENIDO POR EXCESO A ESTE DERECHO FUNDAMENTAL?

Apréciese que de la STC transcrita, se da una nueva «vuelta de tuerca» al Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, resultando de aplicación a un ámbito que, cuando menos es cuestionable.

Sin duda, los progenitores ante un hecho tan profundamente doloroso, merecen toda la consideración y respeto posible, pese a lo que cabe cuestionarse si en sentido juírido estricto ha lugar a la aplicación del este Derecho fundamental.

V. CONCLUSIONES

I. La antigua privación de sepultura implicaba que, a la muerte de una persona con deudas pendientes, a sus restos se les atribuía la condición de prenda.

II. El fundamento de esta privación de sepultura encuentra su origen remoto en la visión personalísima de la deuda.

III. Pese a todo, la privación de entierro del deudor, resulta una práctica inveterada que convive con una recurrente prohibición.

IV. El cadáver es, jurídicamente, una cosa común e inapropiable.

V. El derecho de disposición sobre la forma de las exequias, corresponde en vida de la persona a sí misma, y cabe hacer mención explícita en el testamento o anejos.

VI. Si el causante no hubiere dispuesto nada sobre la forma y tipo de exequias de su preferencia, será la familia nuclear la que haya de resolver sobre ellas, en el entendido de que como familia nuclear me refiero a la pareja, sea matrimonial o no, de un sexo u otro, con preferencia a los descendientes e, incluso, a los progenitores.

VII. Cabe dudar sobre la aplicabilidad del Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, como derecho alegable para la ostentación de preferencia sobre la forma de las exequias. Una cosa es que los Derechos tengan y sean aplicados de forma flexible y, otra, que ostenten tal elasticidad que sean alegables para supuestos que exceden de su esencia constitucional. En particular, cuano en las exequias si hubiere conflicto no sería un derecho especialmente cualificado para anteponerlo a otro de igual categoría.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO. *Derecho civil,* I, vol. 2.º, 11.ª ed.

ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1986). *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones,* Madrid, 1986.

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. *Tratado de Derecho civil,* t. I, vol. l.º, ALGUER (1931), «Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil», *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36 a 152.

BAUDRILLARD (1974). *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*, trad. Rosa M. Bassols, Plaza y Janes, Madrid.

DE DIEGO (1912). *Transmisión de la obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera,* Madrid.

CORNIL (1912). *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard, I,* Paris.

FUENTESECA DÍAZ (1976). Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE, I,* Madrid, 1976.

GÓMEZ DEL CASTILLO (1893). Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ,* pp. 19-319.

HERÓDOTO (1998). *Historia. Libros I-II,* Madrid.

HINOJOSA Y NAVEROS (1948). La privación de sepultura de los deudores, *Obras I,* Madrid.

LONGO (1901). L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano», *Bullettino dell´istituto di dritto romano*, 14.

D'ORS (2002). *Derecho privado romano,* Pamplona, 2002.

— (1992). Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, pp. 319-349.

LACRUZ BERDEJO (1962). La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho,* Barcelona, 1962.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2000). Comentario al artículo 32, en *Comentarios al Código Civil, Tomo II, vol. 1.º*, Rams y Moreno, (dirs.), Barcelona.
MORÁN MARTÍN (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal,* Madrid.
MORETÓN SANZ (2007). El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2. Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI,* 718.
PACCHIONI (1942). *Manual de Derecho Romano, II,* Valladolid, 1942.
PÉREZ-PRENDES (1997). *Curso de Historia del Derecho*, Madrid.
PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (2001). La sociedad de consumo: crítica rehabilitacion ideológica, *Estudios sobre el Consumo*, 59.
PETIT (1995). El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX, y (II) Por una arqueología de la Civilística española, *ADC*, XLVIII, IV, octubre-diciembre de 1995, pp. 1434, 1442 y 1445.
PUIG PEÑA *Introducción al Derecho civil.*
RODRÍGUEZ MORATA (2005). Comentario al artículo 1936, *Comentarios al Codigo Civil,* Albaladejo (dir.), Tomo XXV - vol. 1.º, Edersa, Madrid.
SANCHO REBULLIDA, (1985), *Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 11/2016, de 1 de febrero
- STS, de 10 de octubre de 1861
- STS, de 11 de octubre de 1943
- SAP de Barcelona, de 23 de marzo de 2004
- SAP de Burgos, de 17 de enero de 2000
- SAP de Cádiz, de 14 de abril de 2000
- SAP de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001
- SAP de Huelva, de 4 de septiembre de 2014

NOTAS

[1] Así se desarrolla en G.3.174 (sobre las estipulaciones y en particular acerca de la que se superpone a una anterior, *vid.,* D´ORS, *Derecho privado romano,* Pamplona, 2002, §§ 405 y sigs., pp. 485 y sigs.).

[2] En el entendido que el término *obligatio* no surge sino hasta la época clásica [*vid.,* D'ORS, *op. cit.,* § 348, p. 411; *vid.,* también CORNIL, *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard, I,* Paris, 1912, pp. 199-263; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 1992, pp. 319-349; FUENTESECA DÍAZ, Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE, I,* Madrid, 1976, pp. 111-152].

[3] Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid., Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid, 1985, p. 21, nt. 4; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *cit.*, pp. 318 a 349; *vid*., también ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, pp. 36-152).

[4] En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto no radicaba en la

naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación», *Manual de Derecho Romano, II,* Valladolid, 1942, p. 71.

[5] *Vid.,* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1986, 18.ª ed., pp. 805 y sigs.

[6] *Vid.,* también, LONGO, L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano, *Bullettino dell'istituto di dritto romano*, 14, 1901, pp. 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, pp. 283 a 309.

[7] Acerca del punto de vista dogmático del artículo 660 del vigente Código sobre cuál sea el concepto de sucesión a título universal, *vid*., LACRUZ BERDEJO, La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho,* Barcelona, 1962, pp. 490 y sigs.

[8] *Vid.,* DE DIEGO, *Transmisión de la obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera,* Madrid, 1912, pp. 144 y sigs.

[9] *Vid.,* La privación de sepultura de los deudores, *Obras I,* Madrid, 1948, pp. 155 a 179.

[10] *Historia. Libros I-II,* Madrid, 1998, p. 427 (*vid*., el comentario de esta Ley de Asychis, monarca de la IV dinastía, por GÓMEZ DEL CASTILLO, Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ,* 1893, pp. 19 a 319).

[11] *Vid.,* PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997, pp. 1120 y 11131; MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal,* Madrid, 2002, p. 77.

[12] «Además, el heredero del *sponsor* y del *fideipromissor* no se obligan a no ser que tratemos del caso de un *fideipromissor* extranjero y su Estado se rija por otro derecho. Sin embargo, el heredero del *fideiussor* queda obligado» (G. 3.120); (*vid*., GIMÉNEZ CANDELA, Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones, *cit.*, pp. 1318 y 1319).

[13] 318.1 a 14.

[14] (3.20.16). Es especialmente interesante recordar que en el Fuero se prohibía utilizar en los pleitos civiles textos legales distintos a los nacionales como evidencia del fuerte «nacionalismo» legislativo (*Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio: copiado del Codice del Escorial señalado y cotejado por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836, p. 117, edición facsimilar, Valladolid, 1979).

[15] «Ningun ome non sea osado de testar nin defender que non sotierren el ome muerto por debda o por obra, que oviese de facer, e el que lo ficiere, peche L maravedis, el tercio a la yglesia ô se debe soterrar, e el tercio al rey, e el tercio a los herederos del muerto e la defension non vala, e sotierrenlo sin cañola: et si contra esto que nos mandamos, fiadores, o pennos, o alguna cosa tomare por debda, non vala, e torne quanto tomó, e peche la pena sobredicha, e su debda demandela a aquellos que heredaren su buena» (4.18.5).

[16] P. 1.3.13 (*vid.,* FR. 4.17.5).

[17] FR. 3.20.6 y 4.18.5.

[18] Recogido en el FR. 3.20.6, cómo los herederos han de responder por el difunto.

[19] La interdicción a la privación tuvo lugar, en el sistema romano; reiteradamente se prohibió por Justino y Justiniano la oposición a la sepultura del deudor. En el FR., 4.17.5 y en P. 1.3.13.

[20] En el Fuero Real para renunciar a la «*si qua mulier*» y someterse al Fuero 3.20.14, sobre las deudas y de las pagas *vid.,* PÉREZ-PRENDES, *General renunciación non vala.* Sobre doctrina y práctica en tiempo de *ius commune*, *cit.,* p. 103.

[21] Artículo 32. La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas; Artículo 1936. Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

[22] Los artículos 522 a 526 del Código Penal, regulan, dentro del Título XXI, *Delitos contra la Constitución* y de su Capítulo IV, Delitos relativos *al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*, los delitos *contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*.

[23] En la *Guía de La Ley al Código Penal,* se recoge, como es lógico, que el destino de cualquier cadáver es el enterramiento en lugar autorizado, la incineración o cremación o su

utilización para fines científicos o de enseñanza. La conducta delictiva aquí contemplada, consiste en «*violar los sepulcros o sepulturas, profanar un cadáver o sus cenizas* o *destruir, alterar o dañar*, con ánimo o propósito de ultraje, *urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos*. Como se aprecia, se castiga tanto el ataque a cadáveres como a las cenizas de un muerto, extendiéndose la protección a los recipientes o lugares en que se les deposita. Al tiempo, debe acreditarse una inequívoca voluntad de ofender su memoria y el respeto que se les debe por lo que si no concurre tal propósito, no se dará el delito. Así, en los supuestos de docencia médica en que se utilizan cadáveres, o en los casos de extracción y trasplante de órganos, investigación policial y práctica de autopsias o utilización de órganos o tejidos humanos. Y si no se cumple la legislación administrativa en la materia, pero las infracciones ocurren dentro de dicho ámbito, no cabrá reputar de delito tales conductas sino, en su caso, de infracciones de tipo administrativo, sancionables conforme establecía el Decreto 2263/1974, de 20 de julio de Policía Sanitaria y Mortuoria, materia que ha sido transferida a las Comunidades Autónomas, que han actualizado su régimen jurídico en la materia e incrementado las sanciones. Por otro lado, la palabra *ultraje* tiene un sentido injurioso, de desprecio, que es, justamente, lo contrario a honrar y respetar. Ultrajar equivale a vejar, injuriar (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1990). Supone una ofensa al respeto debido a los difuntos, conductas como triturar y quemar un cadáver, aunque sea para ocultarlo o realizar prácticas de necrofilia sobre cadáveres previamente desenterrados (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1954 y de 18 de febrero de 1955). Matar y además realizar actos tan despreciativos para con el cadáver de un ser humano, como incendiar un coche con él dentro, supone dos acciones distintas: homicidio y profanación de cadáveres, pues hay otros modos de ocultar la comisión de un hecho delictivo de tal clase que no exige, necesariamente, faltar al debido respeto a los muertos (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004). *Vid.*, RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, *La Ley*, Madrid, 2007, 2.ª ed., pp. 1.036 y sigs.

[24] Modificado por el artículo único.153 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). Artículo 527. Sin contenido por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo. Artículo 528. Derogado por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre.

[25] En 1773 ASSO, DEL RÍO y MANUEL Y RODRÍGUEZ, anotaron y concordaron el Ordenamiento de Alcalá de 1348, precedido de un elogioso Discurso Preliminar; la licencia del Consejo de S.M. advertía en la misma se publicaban como monumento histórico de la Legislación española.

[26] Así sucedería con la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805: en particular, su Libro 10 sobre contratos y obligaciones, no regula la institución del manero, por lo que teniendo en cuenta que se dejan subsistentes las leyes anteriores, tal y como prevé la Ley 3, título 2, del Libro 3, según la cual «deben observarse y respetarse en primer término las leyes posteriores, considerando siempre á las más recientes, en caso de contradicción, derogatorias de las más antiguas; viniendo luego las de la Novísima Recopilación, después las del Fuero Real y los Fueros municipales a los que debe agregarse el Fuero Juzgo y en último término como ley supletoria, las leyes de Partida» pervivía la regulación contenida en estas.

[27] En cuanto a la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, coincide su entrada en vigor con la separación —mejor independización— entre el Derecho romano y el civil. Hasta la entrada en vigor de la Nueva Recopilación, en las Facultades se identificaba el Derecho Civil con el Derecho Romano [*vid.*, PETIT, El Código inexistente (I) Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX y (II) Por una arqueología de la Civilística española, *ADC*, XLVIII, IV, octubre-diciembre de 1995, pp. 1434, 1442 y 1445].

[28] En todo caso, conviene tener presente que, como ya advirtiera ALBALADEJO [*Vid. Derecho civil,* I, vol. 2.º, 11.ª ed., *op. cit.,* p. 91. En parecidos términos se expresan los anotadores de Enneccerus-Kipp-Wolff (*vid. Tratado de Derecho civil,* t. I, vol. l.º, *op. cit.,* p. 596), y Puig Peña (*vid. Introducción al Derecho civil, op. cit.,* p. 392), entre otros muchos], las *res communes omnium* o las que, como el cadáver, el Derecho no considera aptas para ser objeto de apropiación, no pueden ser consideradas *res extra commercium.* En rigor, las cosas comunes están sujetas al uso de todos, no en virtud de una especial

afectación, sino por la misma imposibilidad material de su apropiación individual. Por ello, parece no tener mucho sentido preguntarse si es o no prescriptible determinadas cosas inalcanzables para el hombre, como son, por ejemplo, el sol, las estrellas, el aire, etc.; aunque sí lo puedan ser determinadas utilidades que las mismas puedan prestar [RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., «Comentario al Artículo 1.936», *Comentarios al Código Civil, Tomo XXV-Vol. 1.º, Artículos 1930 a 1960 del Código Civil*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), Barcelona, 2005].

[29] A juicio de O'CALLAGHAN y en el ámbito de la clasificación de las cosas, específicamente como objeto de derecho privado, el cadáver es una *res communes omnium*: «Por su susceptibilidad de ser objeto de derecho privado, las cosas pueden distinguirse en «RES IN COMMERCIO», que pueden ser objeto de derecho privado, y «RES EXTRA COMMERCIUM», que no pueden serlo, lo que ocurre con las cosas de dominio público. A esta distinción no se refiere expresamente el Código Civil, pero sí excluye las que están fuera del comercio de los hombres, de la contratación (art. 1271), de la prescripción (art. 1936) y del legado (art. 865). A su vez, una subespecie de las primeras son las de tráfico restringido, que sufren una prohibición total o parcial de disposición, requiriendo determinadas garantías y autorizaciones administrativas para actos de disposición; así, armas y explosivos, venenos y drogas, cosas del Patrimonio Histórico Español regulado por Ley de 25 de junio de 1985. No deben confundirse con las *res extra commercium*, aquellas que ni siquiera tienen el concepto de cosas, como órganos del ser vivo (no son impersonales) o las llamadas *res communes omnium* (aire, agua corriente, mar), pues no son susceptibles de ser sometidas al señorío del hombre, como tampoco lo son el cadáver o restos humanos (Ley de 27 de octubre de 1979 sobre extracción y trasplante de órganos, que también se refiere a los del ser vivo). Tampoco deben confundirse con las *res sacrae*, cosas destinadas al culto de una religión, que son *res in commercio* y pertenecen a personas jurídicas de esta religión (así, algunos cementerios pertenecen a la Iglesia Católica, o sus santuarios, etc.) o a particulares (como una ermita en una finca privada o al Estado o personas jurídicas públicas como cosa de dominio público (la capilla de un edificio estatal; la mayoría de los cementerios, que son propiedad del Ayuntamiento)» (2004) *Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general),* Edersa, Madrid.

[30] Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI,* 718, pp. 780 y sigs.

[31] En la materia sigo especialmente la doctrina sentada por mi Maestro, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, en sus siempre actualizados *Principios de Derecho Civil*, así como la obra de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

[32] Por cuanto atañe a la imprescriptibilidad, RODRÍGUEZ MORATA en lo que afecta a la inaplicabilidad del artículo 1936, asevera: «En todo caso, conviene tener presente que, como ya advirtiera Albaladejo, las *res communes omnium* o las que, como el cadáver, el Derecho no considera aptas para ser objeto de apropiación, no pueden ser consideradas *res extra commercium*. En rigor, las cosas comunes están sujetas al uso de todos, no en virtud de una especial afectación, sino por la misma imposibilidad material de su apropiación individual. Por ello, parece no tener mucho sentido preguntarse si es o no prescriptible determinadas cosas inalcanzables para el hombre, como son, por ejemplo, el sol, las estrellas, el aire, etc.; aunque sí lo puedan ser determinadas utilidades que las mismas puedan prestar» (RODRÍGUEZ MORATA (2005), Comentario al artículo 1936, *op. cit.*).

[33] *Op. cit*., p. 41.

[34] SANTOS BRIZ, Jaime, Comentario al artículo 333, *Comentarios al Código Civil, Tomo V, Vol. 1.º: Artículos 333 a 391 del Código Civil,* Albaladejo y Díaz Alabart *(dirs.)*, Barcelona, 2008, 2.ª ed., y *Derecho civil, I*, cap. IX, vol. 1, 1978, p. 4.

[35] *Vid.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Comentario al artículo 32, en *Comentarios al Código Civil, Tomo II, vol. 1.º*, RAMS y MORENO, (dirs.), Barcelona, 2000, pp. 245 y sigs.

[36] *Vid.*, PÉREZ GALLARDO, *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano,* Temis-Edersa y otras, Bogotá, México y Madrid, 2009, pp. 47 y sigs.

[37] *Vid.*, HUALDE SÁNCHEZ, Los derechos de la personalidad, en PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ, HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de derecho civil,* vol. I, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 127 y sigs.

[38] Sobre las lagunas de la ley y del ordenamiento, *vid.*, MORETÓN SANZ, El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2, 2007 y la bibliografía allí citada.

[39] Apréciese la concepción contemporánea del cuerpo, que pese a su naturaleza jurídica, con precisión la literatura ha señalado desde otras ramas del conocimiento su cosificación: «Baudrillard si se ha redescubierto el cuerpo es para hacerlo fructificar, no para servir a finalidades autónomas del sujeto. El cuerpo reinventado es un cuerpo objeto. Por eso es además tan fácil y lógica la transición de la apropiación del cuerpo a la de los bienes y objetos de compra. Hay una homologación cuerpo objeto que transmite la publicidad: «El cuerpo bello omnipresente en la publicidad es el culmen del deseo, lo que más se ambiciona, y de alguna manera los objetos lanzados por la publicidad, al tomarlo como referente, nos prometen una aproximación a ese placer». El deseo del cuerpo se traslada al producto. Paradójicamente el cuerpo es algo que no se vende ni se compra —si no es de espaldas al público y la opinión social—. El cuerpo —una *res extra-comercium* para el jurista, ¡que despiste!—, es lo que sirve para incentivar el consumo de todo tipo de objetos, mediante la visión y el deseo de aquello que no se puede comprar, o al menos no sin dificultades y reprobación social». Cfr. J. BAUDRILLARD, *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*, trad. Rosa M. Bassols, Plaza y Janes, Madrid, 1974, p. 185 y Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, La sociedad de consumo: critica rehabilitacion ideológica, *Estudios sobre el Consumo*, 59, octubre de 2001, p. 63.

[40] La orden de Educación establece que el no nacido debe computar como hijo para calcular la renta familiar y el importe de la ayuda, *NOA DE LA TORRE Valencia@ndelatower* 24 de mayo de 2016 04:32.

Las ayudas para la escolarización en el tramo de Educación Infantil de 0 a 3 años constituyen uno de los principales cambios impulsados por la Consellería de Educación para el próximo curso. De entrada, porque dejarán de ser universales para repartirse en función de la renta de las familias, algo que han criticado las escuelas infantiles privadas por ver en esta nueva concepción otro varapalo al mermado sector. Sin embargo, el Consell mantiene al *nasciturus*, es decir, al no nacido, como miembro a computar de la unidad familiar. Así consta en el borrador del proyecto de orden que establece las «bases reguladoras de las ayudas económicas destinadas a la escolarización en las escuelas y centros de Educación Infantil de primer ciclo de la Comunidad Valenciana». De este documento, al que ha tenido acceso este diario, se desprende paradójicamente que por primera vez el hijo no nacido será determinante a la hora de fijar la cuantía de la ayuda a la que un niño tendrá derecho. Paradójicamente, porque los partidos de izquierda criticaron en su día al PP por promover una norma —la llamada ley Cotino, como respuesta a la ley del aborto de José Luis Rodríguez Zapatero y que avaló el Tribunal Constitucional— de la que se deriva ahora esta circunstancia. Así, el primer requisito que se pide al alumnado para optar al bono es «haber nacido o estar previsto su nacimiento con anterioridad a la fecha que se determine en la convocatoria anual (nasciturus)». Para el hijo no nacido no se podrá pedir el bono infantil, pero este sí deberá ser contado para fijar el número de miembros de la familia. El texto afirma en este sentido que «a efectos de determinación de la composición de la unidad familiar se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad, con lo que se considerará miembro de la unidad familiar el hijo concebido y no nacido desde el momento de la fecundación». El matiz es importante porque, si bien quedarán excluidas todas las familias con ingresos superiores a los 72.460 euros anuales independientemente de los miembros de la unidad familiar, el número de hijos determinará qué importe de la ayuda recibe el alumno.

Según avanzaron en febrero el conseller y el secretario autonómico de Educación, Vicent MARZÀ y Miguel SOLER, la renta per cápita se tendrá en cuenta para establecer si un alumno debe cobrar el importe mínimo o el máximo del bono infantil. Esta es la otra novedad que introduce la Conselleria, pues no todas las familias que puedan optar al bono infantil recibirán para cada tramo la misma cantidad económica. Ahí es donde el número de hermanos —y la renta a repartir— influirá para cobrar más o menos ayuda. En todo caso,

el baremo se establecerá en función de las rentas y el total de solicitudes que se presenten a la convocatoria, para la que aún no hay fecha. Hermanos hasta 26 años Además, serán miembros computables de la unidad familiar los «hermanos/hermanas menores de 26 años o mayores de dicha edad cuando se trate de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial igual o superior al 33%, que convivan en el mismo domicilio y siempre que no perciban ningún tipo de ingresos».

Por otro lado, no podrán ser beneficiarios de las ayudas los escolares matriculados «en centros de Educación Infantil de primer ciclo de titularidad de fundaciones laborales constituidas por empresas privadas o de titularidad de cualquier institución pública o privada, cuando se dediquen a la atención exclusiva de hijos de empleados u ocupen para dicho fin el 75% de su capacidad». Los hijos de los trabajadores del centro becados, esto es, «que reciban las enseñanzas gratuitamente», tampoco percibirán bono infantil. Estos niños, eso sí, «contabilizarán a efectos de la ratio máxima autorizada de la unidad afectada». LOS IMPORTES 2-3 años: Para este tramo se daba hasta ahora 60 euros al mes, pero con el cambio subirá hasta los 80 euros como mínimo. El máximo que podrá llegar a cobrarse serán 140 euros. 1-2 años: De 90 euros mensuales se pasará a un mínimo de 70 euros, aunque las rentas más bajas podrán llegar a percibir hasta 120 euros al mes como máximo. 0-1 años: Para los niños más pequeños se establece una horquilla de 70 euros al mes como mínimo y 200 como máximo. El bono universal suponía conceder 151 euros al mes. En este caso habrá familias que pierdan más de la mitad de la ayuda aunque, a cambio, todos los niños de 2 años, según argumenta la Consellería de Educación, percibirán al menos un 33% más. Si los padres están en paro se tendrá derecho a bono infantil.

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria

Abusive clauses in real estate purchase

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: Para comprar una vivienda es fundamental contar con un buen asesoramiento que nos permita estar bien informados y conocer nuestros derechos evitando posibles abusos por parte del vendedor. Las cláusulas del contrato de compraventa deben estar redactadas con claridad y transparencia, de manera que permitan al comprador conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas. En este trabajo analizamos cuáles son las más frecuentes que encontramos en la contratación inmobiliaria así como su tratamiento jurisprudencial.

ABSTRACT: To buy a home is essential to have good advice that allow us to be well informed and know our rights in order to avoid possible abuses by the seller. The clauses of the sales contract must be written clearly and transparently, so as to allow the purchaser understand the contract. These terms must respect the principles of good faith and fair balance between the rights and obligations of equal parts without using unfair terms. In this paper I will try to analyze what are the most frequent and its regulation in the jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Tipología. Compraventa inmobiliaria. Buena fe. Justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, reciprocidad.

KEY WORDS: Abusive clauses. Typology. Real estate purchase. Good faith. Fair balance between the rights and obligations of equal parts. Reciprocity.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. Consideraciones previas. 2. Cláusulas que imponen al consumidor los gastos de documentación que por ley corresponden al comprador. 3. Cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del consumidor. 4. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. 5. Cláusulas que imponen garantías desproporcionadas en caso de incumplimiento del contrato. 6. Cláusulas abusivas por imponer renuncias a los derechos del consumidor.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La compra de una vivienda en un ámbito ajeno al profesional es la operación de consumo por excelencia, aunque solo sea porque constituye, en la gran mayoría de los casos, una de las inversiones más importantes que el consumidor va a realizar a lo largo de su vida. Por ello resulta fundamental contar con una buena información y asesoramiento que nos permita conocer nuestros derechos y evite abusos por parte del vendedor.

Las cláusulas de los contratos de compraventa y alquiler que no hayan sido negociadas individualmente, deberán constar con la debida claridad y transparencia, sin hacer referencia a documentos que no se hayan tenido en cuenta previa o simultáneamente a la celebración del contrato y, a los que en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. Las cláusulas deberán cumplir con los requisitos de accesibilidad y legibilidad, de manera que permitan al consumidor conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Estos requisitos no se aplican solo las condiciones generales de la contratación[1], sino a toda cláusula contenida en un contrato entre un empresario y un consumidor que no haya sido negociada individualmente, correspondiendo al empresario la carga de la prueba de dicha negociación individual. Los contratos que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además a la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación *ex* artículo 59.3 TRLGDCU. Respecto de las condiciones generales de la contratación propiamente dichas, el artículo 5.1 LCGC además de exigir que su redacción se ajuste a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» con los efectos previstos en el artículo 7-b LCGC relativos a la no incorporación al contrato de la cláusula en cuestión, impone que se haga referencia a su existencia en el contrato firmado por todas las partes y que se facilite al adherente un ejemplar de las mismas. Por lo tanto, no llegan a formar parte del contrato las que no hayan sido entregadas físicamente al consumidor, aunque hayan estado a su disposición en el establecimiento del promotor en cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 a 8 del Real Decreto 515/1989, ni tampoco las condiciones generales que le hayan sido entregadas al consumidor después de la celebración del contrato.

Estos requisitos han de cumplirse en cualquier contrato de transmisión del derecho sobre inmuebles, con independencia de la condición de consumidor del adquirente. Como señala la jurisprudencia[2], no puede declararse abusiva pero tampoco queda incorporada al contrato aunque la finalidad empresarial de la adquisición no quedase contradicha por el adquirente, la cláusula que impone a este el pago «de todos los demás gastos y tributos derivados de la escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y su inscripción en el Registro de la propiedad», ya que su falta de concreción y claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que han de soportar los adquirentes.

Se denominan condiciones generales a aquellas cláusulas o estipulaciones predispuestas por una de las partes (es decir, que no han sido negociadas entre ellas) y que se han incluido en el contrato por imposición (por lo general del vendedor). Este tipo de condiciones se redactan con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, por ello son frecuentes en los llamados contratos de adhesión, en los que el consumidor no tiene otra opción que aceptarlas si desea contratar el producto o servicio.

Para evitar en la medida de lo posible este tipo de situaciones, la legislación de consumidores ha tenido en cuenta esta realidad y de manera paulatina ha ido aumentando el número y tipología de las cláusulas que merecen la consideración de abusivas, como después vamos a ver.

En nuestro derecho de consumo, el artículo 82.1 el TRLGDCU define las cláusulas abusivas como: 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, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La Directiva europea 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente, cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

Según estas redacciones, podrá considerarse como abusiva tanto una condición general de un contrato como otras prácticas no consentidas expresamente. Pero todas ellas han de caracterizarse por causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

II. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Consideraciones previas

Las cláusulas abusivas contempladas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU son aplicables a los contratos de adquisición o disfrute de las viviendas y en concreto, el artículo 89.3 del TRLGDCU ha especificado determinadas cláusulas abusivas que afectan a la compraventa de viviendas y que se encuadran en la cláusula general de imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en esta lista se encuentran:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración así como todas las demás cláusulas el contrato o de otro del que este dependa.

Cuando la LCU entró en vigor, incluso cuando el TRLGDCU fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, el mercado inmobiliario no presentaba todavía los síntomas de la crisis general que posteriormente afectó a este sector[3]. En relación con una cláusula de resolución por falta de entrega, la jurisprudencia más reciente sobre desestimación por abuso de derecho en la ejecución de garantías por las cantidades entregadas a cuenta es un ejemplo de este cambio de perspectiva[4].

Estas circunstancias han de ser tenidas en cuenta de manera conjunta a efectos de determinar si las cláusulas discutidas han producido al consumidor un verdadero desequilibrio que permita calificarlas como abusivas. A continuación pasamos a enumerarlas, sin ánimo exhaustivo.

2. Cláusulas que imponen al consumidor los gastos de documentación que por ley corresponden al vendedor

Es abusiva la estipulación por la que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o división[5] y cancelación). La norma enumera con carácter no exhaustivo los gastos necesarios para cumplir con la prestación cuyo cumplimiento corresponde al vendedor, considerando como abusivas:

a) La imposición al consumidor de los gastos de constitución (STS de 1 de junio del 2000), división o cancelación de las hipotecas dirigidas a financiar la construcción es abusiva por imperativo legal inexcusable (SAP Sevilla 13 de diciembre de 2011 y 14 de marzo de 2011) aunque se prevea en las mismas la posibilidad de subrogación de los compradores y aunque la hipoteca dirigida a financiar la construcción se constituya con posterioridad a la venta (SAP Madrid 8 de julio de 1994) y se probara que esta condición ha sido especialmente aceptada (SAP Valencia 30 de marzo de 2007). Es lícito imponer contractualmente que los gastos de escrituración del préstamo hipotecario que ha de concertarse para el pago del precio de la vivienda sean asumidos totalmente por el comprador (SAP Castellón 15 de octubre de 2002).

b) En lo que respecta a los gastos de escritura, es abusiva la cláusula por la que se imponen los gastos de la declaración de obra nueva y división horizontal. Para dichos actos solo está legitimado el propietario y son necesarios para la individualización del objeto. No obstante, como se trata de cláusulas que inciden en el precio, su validez debe juzgarse al amparo del principio de transparencia[6]. Si estas cláusulas se incluyen junto al precio dentro de las cláusulas económicas del contrato y especifican los gastos repercutibles, no hay motivos para invalidarlas, pero no quedarán incorporadas al contrato si originan una indeterminación del precio final y el pacto por el cual se trasladan al comprador no ha sido individualmente negociado ya que de conformidad con lo establecido por la STJUE de 30 de abril de 2014: «la transparencia en cuanto al precio significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»[7].

c) Es abusiva la cláusula que impone al consumidor el coste de las certificaciones que el vendedor ha de entregar juntamente con aquella y en concreto, el de certificación de la eficiencia energética que regula el Real Decreto 253/2013. La obtención del certificado de eficiencia energética otorga el derecho de utilización, durante el periodo de validez del mismo, de la etiqueta de eficiencia energética.

Como la etiqueta ha de incluirse en toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta del edificio, constituye un deber del vendedor asumir su coste sin posibilidad de repercusión.

d) En cuanto al pago de impuestos, el artículo 89.3 TRLGDCU considera que la repercusión del impuesto de plusvalía sobre el comprador es abusiva en todo caso, por tratarse de un tributo que tiene como sujeto pasivo al transmitente (empresario).

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de noviembre de 2011, aplicando la normativa protectora del consumidor, por tener esta condición la parte demandada y ser la demandante una empresaria, declaró nula, por ser abusiva, la cláusula, incorporada a un contrato de compraventa de una vivienda, por la que la vendedora quedó facultada para repercutir a la compradora el Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) transmitidos, del que la primera era sujeto pasivo a título de contribuyente, según lo señalado por el artículo 106 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL).

Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la vendedora, recurso que ha sido resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 2014 de 12 de marzo, en la que actuó como ponente el Magistrado don José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL.

En el primero de los motivos de este recurso de casación, se denunció la infracción del artículo 2, apartado 3, del Código Civil, que dispone que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, al entender la parte recurrente que el Tribunal de apelación había desconocido lo dispuesto en dicha norma, toda vez que el contrato de compraventa se había celebrado el 2 de marzo de 2005, antes, por consiguiente, de la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modificó la Disposición Adicional primera de la 26/1984, de 19 de julio, e incluyó, en el apartado 22, letra c), de la relación de cláusulas abusivas que esta contenía «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional», por lo que entendía dicha parte recurrente que la citada Ley 44/2006, al no estar vigente cuando se perfeccionó el contrato de compraventa que incorporaba la discutida cláusula, no podía aplicarse de forma retroactiva para declarar abusiva una cláusula que no lo era conforme a la normativa que estaba vigente cuando el referido contrato quedó perfeccionado.

El segundo motivo aducido por la parte recurrente fue que se había producido una infracción del artículo 10 bis, apartados 1 y 3, de la de la Ley 26/1984, de 19 de julio general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y los artículos 36 y 38 de la Ley General Tributaria, y todo ello porque, a juicio de dicha parte, no concurrían en este caso los requisitos necesarios, según las referidas normas, para afirmar que tal cláusula tuviese carácter abusivo, teniendo en cuenta la naturaleza del bien objeto del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. En especial, se negó la realidad del desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato, así como que su actuación hubiera sido contraria a la buena fe, al redactarlo e informar en todo momento a la compradora de su contenido, con excepción del importe definitivo del IIVTNU, por no disponer de los valores catastrales que el Ayuntamiento iba a asignar a las viviendas; y se alegó,

además, el carácter libre de la compraventa de inmuebles en nuestro mercado, sujeto a las reglas de la oferta y la demanda.

El primer motivo en el que se basó este recurso de casación fue desestimado por el Tribunal Supremo al declarar este que el Tribunal de apelación no había aplicado ninguna norma de dicha Ley 44/2006, de 29 de diciembre, ya que declaró abusiva la cláusula litigiosa basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 10 bis, apartado 1, de la Ley 26/1984, en la redacción vigente en la fecha del contrato, esto es, en la reformada por la Ley 7/1998, según la que se consideraban cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causasen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Y lo propio sucedió, esto es, también fue desestimado, con el segundo motivo aducido en este recurso, al entender el Tribunal Supremo que el Tribunal de apelación había aplicado de manera correcta a la controvertida cláusula litigiosa el referido artículo 10 bis de la Ley 26/1984, en relación con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al haber declarado la STJUE de 16 de enero de 2014 [TJCE 2014\7], Constructora Principado, S.A. y José Ignacio MENÉNDEZ ÁLVAREZ, as. C-226/12, interpretando dicha Directiva, que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Efectivamente, las conclusiones de esta sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo fueron las de que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Y se añadió, basándose en la doctrina sentada por las sentencias de este mismo órgano de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, as. C-472/11 [TJCE 2013\46], y 14 de marzo de 2013, Aziz, as. C-415/11 [TJCE 2013\89], que incumbía al Tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que fuese objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del mismo, así como todas las restantes cláusulas de este.

Pues bien, a juicio de esta sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 tal lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produjo al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del TRLRHL, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía, siendo así, además, que el importe de ese impuesto no se conoce en la fecha de la celebración del contrato, sino que solo se liquida *a posteriori*, lo que conlleva una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido, lo que también pugna contra la doctrina mantenida por

el Tribunal de Justicia comunitario, ya que este, en relación con el artículo 5 de mencionada Directiva 93/13/CEE, ha declarado, en su sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, as. C-92/11 [TJCE 2013\93], que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que ello es lo que permite al consumidor decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional. Así se había entendido ya también en, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 4 de noviembre de 1998, Recurso de Apelación núm. 451/1998.

La conclusión final de toda esta argumentación: desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, desequilibrio en el contenido económico del contrato fruto de la cláusula controvertida, y defecto de información en el adquirente —que también, en todo o en parte, habían sido tenidos en cuenta en las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2003 y 19 de enero de 2005 y de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de febrero de 2014, fue la de que el Tribunal Supremo consideró en esta sentencia de 12 de marzo de 2014 que se había producido una ausencia de buena fe en la parte vendedora, perjudicando a la compradora, y, en consecuencia, desestimó el recurso de casación interpuesto por aquella.

e) En cuanto al pago del IBI, el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 2016 ha establecido como doctrina jurisprudencial que «el artículo 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto en contrario, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador en proporción al tiempo que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que sea».

Esta sentencia da la razón a dos sociedades que en marzo de 2009 vendieron a otra compañía 155 plazas de garaje en Madrid y posteriormente tras haber pagado el IBI correspondiente a esa anualidad, reclamaron a la compradora que les reintegrase la parte de la cuota tributaria comprendida entre el día de la venta y el 31 de diciembre de ese año. Los vendedores, a quienes en primera instancia un Juzgado de Madrid les había dado la razón, acudieron al Supremo después de que la Audiencia de Madrid se pronunciara a favor de los compradores y rechazara que debieran pagar cantidad alguna a los vendedores por el IBI del año 2009. Los recurrentes señalaron en su recurso ante el Supremo la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la materia, presentando sentencias que daban la razón al vendedor y otras al comprador. En el mismo sentido que la recurrida, mencionamos las sentencias de las AAPP Asturias de 12 de septiembre de 2001 y Valladolid de 10 de noviembre de 2006; en sentido contrario, las sentencias de las AAPP Jaén de 22 de septiembre de 2000, Las Palmas de 23 de diciembre de 2003 y Madrid de 6 de noviembre de 2007.

El TS en esta sentencia reciente de 15 de junio de 2016 establece que la regla general, en caso de ausencia de pacto en contrario, será que el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador, en proporción al tiempo en que cada una de las partes haya ostentando la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea, lo cual es lógico a mi entender.

3. Cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del vendedor

a) Es nula la cláusula que reserva al promotor el derecho de modificar unilateralmente los elementos del contrato o de la publicidad sin un motivo razo-

nable basado en causas que consten en el propio contrato. Las cláusulas que se introducen por primera vez y de forma sorpresiva en la escritura pública o que modifican alguna cláusula incluida en el contrato privado solo son válidas si han sido consentidas expresamente por las dos partes antes de elevar el contrato a escritura pública.

b) Tienen este efecto las cláusulas por las que el promotor se reserva la posibilidad de alterar el precio fijado, la modificación de las obras convenidas sobre el plano, los cambios de las condiciones pactadas así como las cláusulas que dejan indeterminada la fecha de entrega de la vivienda en construcción. Son nulas las cláusulas por las que el promotor se reserva el derecho de realizar ulteriormente las obras de modificación en elementos comunes del inmueble. Aunque el vendedor se hubiese reservado el derecho a hacer modificaciones, el plano incorporado a un contrato tiene un valor normativo, no simplemente descriptivo y no se puede modificar sin una razón técnica que obligue a esta modificación.

c) El tratamiento de las reformas de obra constituye la única regulación novedosa del Real Decreto 515/89 en relación con la legislación general protectora de los consumidores. Si están motivadas por causas no diligentemente previsibles en el momento de aprobar los proyectos de urbanización y han de originar modificaciones de precio, deberán comunicarse previamente a los compradores «quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca». Si las reformas son propuestas por las adquirentes, deberán constar documentalmente, especificando las repercusiones que produzcan en el precio y en el plazo de entrega de las obras, aunque la doctrina de la Audiencias demuestra que el incumplimiento de este deber no tiene una consecuencia de carácter civil que permita al comprador negarse al pago (SAP Huesca 30 de julio de 2004). La norma no concede al adquirente un derecho incondicional a proponer modificaciones, el cual siempre podrá oponerse con el límite de la buena fe.

d) Los requisitos de validez de la cláusula que autoriza al promotor a cambiar las condiciones pactadas son tres: los motivos deben estar especificados en el contrato, ser válidos, es decir, debe tratarse de un hecho ajeno al ámbito de control de la actividad del promotor y debe ser un supuesto imprevisible. Además debe darse al comprador la posibilidad de reducir el precio cuando haya un defecto de calidad así como de rescindirlo cuando el defecto sea de una entidad considerable.

e) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.10 TRLGDCU, son abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin que le den al consumidor el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. En cuanto a si es posible realizar un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato[8] (entre los que se encuentra el precio), hay que traer a colación la STJUE de 3 de junio de 2010, la cual resuelve que los Estados miembros están habilitados para proceder a una protección suplementaria de los consumidores, de forma que puedan extender el control impuesto por la Directiva 13/1993 a los elementos esenciales del contrato, a pesar de que el artículo 4.2 de la misma (que no ha sido traspuesto a nuestro Derecho) excluye del control de abusividad las cláusulas que definen el objeto principal y las relativas a la adecuación entre el precio o la contraprestación, siempre que las mismas se expresen con la suficiente claridad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo en los intereses variables de los préstamos hipotecarios cambió el criterio de la STS de 3 de junio de 2010 y conforme a la regla contenida en

la Directiva, entendió que no es posible dicho control judicial sobre las cláusulas que contienen el objeto principal del contrato, incluido el precio, salvo que no estén redactadas con la debida transparencia.

f) El artículo 85, párrafos 1, 7 y 8 del TRLGDCU considera abusivas y, por tanto nulas, las cláusulas en las que el empresario que contrata con el consumidor tiene un plazo excesivamente largo o meramente indicativo, o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida o bien supongan estar supeditados a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario. La STS de 18 de febrero de 2014 declaró *obiter dicta* que no vulnera el precepto por no señalar un plazo indeterminado ni quedar supeditado a una condición dependiente en exclusiva de la voluntad del empresario, la cláusula contenida en un contrato de vivienda sobre plano conforme a la cual, el plazo de ejecución sería de treinta meses desde el inicio de la construcción del bloque, fecha de inicio que habría de determinarse según lo fijado en el libro de órdenes por la dirección facultativa de la obra. Por el contrario, la STS de 3 de julio de 2013 había declarado que el pacto de entrega del bloque de viviendas en construcción en el plazo máximo de treinta meses desde la fecha de concesión de la licencia de edificación, adolece de una indeterminación inadmisible del plazo que determina su nulidad.

4. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

Son abusivas en base a lo tipificado en el artículo 87 del TRLGDCU las siguientes:

a) La cláusula que establece una penalización al comprador por retraso en el pago del precio, cuando no prevé lo mismo para el caso de retraso en la entrega de la vivienda es abusiva por falta de reciprocidad (SAP Sevilla 12 de septiembre de 2013). Son las llamadas cláusulas penales establecidas como prestaciones que una parte debe satisfacer a la otra en caso de incumplimiento de su obligación principal (pago del precio y entrega de la vivienda).

b) La cláusula que, cuando hay pacto de arras o reserva, prevé que si el comprador desiste, el vendedor retendrá las cantidades entregadas en concepto de arras y por el contrario, si renuncia el vendedor bastará con que devuelva las cantidades recibidas. Dicha cláusula se considera abusiva porque conlleva una facultad de desistimiento no recíproca (STS de 3 de junio de 2008).

c) La cláusula que impone al comprador cumplir con su obligación de pagar el precio aun cuando el vendedor no haya cumplido con la suya de entregar el inmueble. Esta cláusula es abusiva ya que limita la defensa consistente en la excepción de incumplimiento contractual que corresponde al comprador[9]

5. Cláusulas que imponen garantías desproporcionadas (88.1 TRLGDCU) o penalizaciones altas (86.6 TRLGDCU) en caso de incumplimiento del contrato

a) De conformidad con los preceptos citados es abusiva la cláusula que prevé la resolución del contrato para incumplimientos no graves del comprador o que impone un interés moratorio excesivo (superior al 20%)[10]. Con relación a esta cláusula, algunas Audiencias Provinciales la consideran válida atendiendo a la crisis del sector inmobiliario y a las dificultades de los promotores para encontrar

compradores de reemplazo. En este sentido se pronuncia la SAP Murcia de 31 de julio de 2013. En la interpretación de estas sentencias, la Sala parece entender que la proporcionalidad ha de buscarse entre la penalización y el perjuicio concreto sufrido, atendiendo a la situación empresarial específica en la que el promotor se encuentra.

b) La cláusula que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador permite al vendedor retener todas las cantidades ya pagadas en concepto de penalización (por imponer garantías desproporcionadas al riesgo asumido) si esta resulta desproporcionadamente alta.

La sentencia del TS de 15 de abril de 2014 establece los requisitos para que pueda considerarse abusiva la cláusula contractual penal incorporada a un contrato de compraventa que permite al vendedor retener las cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución contractual por incumplimiento de este último. Adicionalmente, la Sala reitera su doctrina sobre la imposibilidad de moderar la sanción resultante de la aplicación de dicha cláusula penal cuando se ha producido el incumplimiento parcial previsto en la estipulación. Los demandantes celebraron en 2006 un contrato de compraventa de vivienda con la entidad demandada, en el cual figuraba una estipulación por virtud de la cual la vendedora quedaba facultada para resolver el contrato y retener las cantidades anticipadas si los compradores, requeridos al efecto, no comparecían en la notaría para otorgar escritura pública. Amparándose en dicha estipulación, una vez comprobado que los compradores no atendieron su requerimiento pese a estar la vivienda terminada y en disposición para ser entregada, la entidad vendedora resolvió el contrato y se quedó con las sumas que los compradores habían satisfecho hasta entonces, lo que provocó que estos presentaran demanda solicitando su nulidad por abusiva, con fundamento en la legislación de consumidores que prohíbe las cláusulas que impongan a estos indemnizaciones desproporcionadas así como las que contemplen la retención de cantidades por el empresario, en caso de renuncia por el consumidor, sin contemplar a su vez una indemnización equivalente en caso de renuncia del empresario. En las dos instancias fue desestimada la demanda y ahora el Supremo, con el voto particular de cuatro Magistrados, confirma ese pronunciamiento.

6. Cláusulas abusivas por imponer renuncias a los derechos del consumidor

a) Es abusiva la cláusula que, aún habiéndose pactado la resolución automática por incumplimiento del comprador, impide a este el pago del precio una vez vencido el término mientras no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Es abusiva porque vulnera el artículo 1504 del Código Civil y la doctrina de la DGRN referida al incumplimiento resolutorio.

b) Cláusula que implique una renuncia por parte del consumidor a la elección del Notario autorizante de la escritura pública como se deriva del artículo 89.8 TRLGDCU. La finalidad de la norma es asegurar la imparcialidad notarial y con ello la posibilidad efectiva de que el consumidor pueda recibir la información correcta sobre la adecuación a la legalidad y la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato. La consecuencia de la nulidad de la cláusula es la imposibilidad de que el promotor vendedor se niegue válidamente al otorgamiento de la escritura pública una vez que el comprador le requiere en una distinta de la impuesta y la obligación del notario de ejercer la función para la que sea requerido por este a pesar de la designación de otro fedatario distinto en el contrato.

c) Cláusula de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico *ex* artículo 90.1 TRLGDCU. Esta cláusula ha sido muy frecuente en los contratos de transmisión de derechos reales de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, si bien actualmente el artículo 20 de la Ley 4/2012 dice: «El empresario y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquel al sistema arbitral del consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que figuren en la lista que publica la Comisión europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa en materia de consumo». La consecuencia de la nulidad de esta cláusula es la nulidad del convenio arbitral y la concurrencia de causa de impugnación del laudo que eventualmente pudiera llegar a dictarse basada en la misma.

d) Cláusula de renuncia a la constitución de avales o pólizas de crédito que garanticen las cantidades entregadas a cuenta del precio en la compra de viviendas en construcción. Se trataría de una cláusula abusiva y nula por contravenir una imposición legal, la impuesta en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. De esta forma, finalizado el plazo pactado, si no se hace la entrega de la vivienda al comprador, este puede resolver el contrato y solicitar la devolución de su dinero más el 6% anual de interés. Ahora y desde el 1 de enero de 2016, esta obligación de garantizar la devolución de cantidades viene regulada en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación donde el consumidor tiene dos años a contar desde la falta de entrega de la vivienda en plazo para ejecutar el aval bancario y reclamar su dinero.

e) La última jurisprudencia del TS, acogida actualmente por el artículo 90.2 TRLGDCU, declara nulas las cláusulas de sumisión a tribunales distintos del que corresponda al domicilio del comprador. La cláusula será abusiva si realmente se causa un perjuicio al consumidor ya que en algunas ocasiones puede no ser así.

En cuanto al acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas abusivas, el Registrador denegará la inscripción de las cláusulas declaradas nulas conforme al artículo 83 TRLGDCU, si la sentencia figura inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación *ex* artículo 84 TRLGDCU, denegando el asiento y procediendo conforme a lo dispuesto en el artículo 258.4 de la LH.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.ª T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*. Navarra: Thomson Reuters

CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, pp. 98-115.

CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*. Navarra: Aranzadi.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz, Tomo II*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 1076 y sigs.

GARCÍA PÉREZ, C. L. (2009). Comentario del artículo 89.8 TRLGDCU. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la*

Defensa de Consumidores y Usuarios. Real Decreto Legislativo 1/2007. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2015). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: M.ª A. Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 357-412.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* pp. 339-355.

ORTI VALLEJO, A. y JIMÉNEZ HORWITH, M. (2016). Estudios sobre el contrato de compraventa. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Thomson Aranzadi.

SERRA RODRÍGUEZ, A. (2006). *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria.* Madrid: Tecnos.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 1 de junio de 2000
- STS de 3 de junio de 2008
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 21 de diciembre de 2011
- STS de 3 de julio de 2013
- STS de 24 de septiembre de 2013
- STS de 18 de febrero de 2014
- STS de 12 de marzo de 2014
- STS de 15 de abril de 2014
- STS de 13 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- STS de 15 de junio de 2016
- SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2011
- SAP de Sevilla de 13 de diciembre de 2011
- SAP de Madrid de 8 de julio de 1994
- SAP de Castellón de 15 de octubre de 2002
- SAP de Huesca de 30 de julio de 2004
- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2007
- SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2011
- SAP de Sevilla de 13 de diciembre de 2011
- SAP de Murcia de 31 de julio de 2013
- STJUE de 3 de junio de 2010
- STJUE de 21 de febrero de 2013
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 16 de enero de 2014

NOTAS

[1] Señala GÓMEZ CARRASCO, M.ª C. (2015). Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. En: María de los Angeles Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 357-412): Desacertadamente, la STS de 24 de septiembre de 2013, que estableció los requisitos de validez de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, excluye la cláusula en cuestión del concepto objetivo de cláusula abusiva porque no fue redactada con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos y por lo tanto no constituyó una condición general de la contratación.

[2] SAP Alicante 12 de junio de 2014.

[3] Sobre ello, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz,* Tomo II, p. 1079.

[4] Así, desde la perspectiva del consumidor la STS de 8 de noviembre de 2012 declara que *la cláusula rebus sic stantibus* podría ser aplicable en el sector inmobiliario en un contexto de crisis económica.

[5] Las cláusulas por las que el promotor se reserva la facultad de distribuir la carga hipotecaria entre las viviendas cuando estas ya se han transmitido a los compradores plantea problemas. Así, según la STS de 2 de diciembre de 2008 la distribución de la responsabilidad acordada entre promotor prestatario y caja de ahorros casi un año después de la entrega de los pisos a los compradores a través de un reparto arbitrario de la carga hipotecaria sin conocimiento de los adquirentes y liberando totalmente 8 de las 24 viviendas es nula.

[6] GÓNZALEZ PACANOWSKA, I. (2009). Comentario de los artículos 86 a 90. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Real Decreto Legislativo 1/2007*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 121.

[7] Así la SAP Alicante de 12 de junio de 2014, no considera abusiva sino «no incorporada» la cláusula de gastos a cargo de la parte deudora que expresa como tales «las de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad».

[8] CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 98-115.

[9] Es el caso contemplado en la STS de 21 de diciembre de 2011 en la que existe el incumplimiento previo y de mayor entidad del vendedor que retrasa la entrega de la vivienda vendida más de veinte meses frente a una demora de un día en la firma de la escritura por el comprador que impide estimar su acción de resolución y permite que junto con la excepción de incumplimiento contractual del comprador se atienda a su reclamación de daños y perjuicios.

[10] Algunas Audiencias Provinciales consideran abusiva la cláusula de interés de demora «que impone un interés superior a 2, 5 veces el precio oficial del dinero» establecido como límite tanto en la derogada (1995) como en la vigente (2011) Ley de Crédito al Consumo. Así la SAP de Asturias de 22 de noviembre de 2011. Considero que dicha doctrina es incorrecta ya que dicho interés es un límite a los descubiertos tácitos en cuenta corriente a la vista y no a los incumplimientos acaecidos en supuestos de préstamos expresamente solicitados, que lo tienen limitado a tres veces el interés legal del dinero, como aclara en la actualidad el artículo 89.7 TRLCU. La cantidad del 20% es la utilizada en la práctica como límite de la desproporcionalidad.

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad derivada de daños causados por la actividad eléctrica

Liability for damages arising from problems related with the power supply

por

MARÍA FUENTES BUESO

Abogada

Doctoranda EEES UNED

RESUMEN: Los daños ocasionados por la actividad eléctrica deberán reclamarse atendiendo a un distinto régimen jurídico-procesal, según su origen resida en un inadecuado fluido eléctrico o en un defecto de las instalaciones eléctricas de las Distribuidoras. En consecuencia, la práctica forense, de forma habitual, imputa responsabilidad a las Eléctricas en supuestos en los que, en sentido estricto, carecen totalmente de esta obligación. Y esta discutible imputación, reside, ente las posibles justificaciones, en la complejidad del fenómeno eléctrico en sí, complejidad que obstaculiza la recta aplicación del régimen adecuado de responsabilidad de entre los previstos en la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), según se trate de electricidad producto y electricidad servicio. Pretenden estas líneas aclarar someramente, cómo juega la praxis y el sistema de responsabilidad en el ámbito del Derecho de Consumidores y Usuarios.

ABSTRACT: The procedural channels for claims related with problems affecting the power supply differ depending whether damages are caused by blackouts (or power overloads), or whether they result from faulty grid infrastructure belonging to Distributors. In forensic practice, responsibility is usually laid at the door of the Power utilities even in cases where they are not strictly responsible. Among the possible explanations for this questionable apportionment of blame, we might mention the very complexity of the electricity industry, which hinders any straightforward application of a reasonable liability regime from among those provided in the Spanish Consumers and Users Act (Royal Legislative Decree 1/2007, of 16 November), depending whether the matter concerns power qua product or qua service. This summary is intended to provide a brief explanation of the practical application of the liability regime in the area of Consumer Rights.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil. Electricidad. Consumidores y usuarios.

KEY WORDS: Civil liability. Electricity consumers and users.

SUMARIO: I. ELECTRICIDAD COMO PRODUCTO Y ELECTRICIDAD COMO SERVICIO.—II. EL RESPONSABLE POR LOS DAÑOS MATERIALES EN APARATOS ELÉCTRICOS. 1. El fabricante del aparato eléctrico. 2. La compañía suministradora de energía eléctrica. 3. La responsabilidad del perjudicado. 4. Inexistencia de responsabilidad.—III. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS PRODUCIDOS POR LA ACTIVIDAD ELÉCTRICA: 1. Supuestos de responsabilidad extracontractual. 2. Causas de exoneración de responsabilidad. 3. Limitación de la responsabilidad por concurrencia de culpas.—IV. LA PRUEBA DEL DAÑO Y DEL DEFECTO. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE AMBOS: 1. Prueba del daño. 2. Prueba del defecto. 3. Prueba de la relación de causalidad entre el daño y el producto defectuoso.—V. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PREVISTAS POR LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. Prescripción trienal. 2. Prescripción de la acción de regreso. 3. Interrupción de la prescripción. 4. Extinción de la responsabilidad.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. ELECTRICIDAD COMO PRODUCTO Y ELECTRICIDAD COMO SERVICIO

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLCU), atribuye a la electricidad la condición de producto[1]. Producto cuya particularidad reside en que su entrega para ser consumido, se efectúa a través de un servicio por lo que casuísticamente, deberá determinarse si se trata de un daño causado por la electricidad producto o por la electricidad servicio.

La consideración de la electricidad como producto o servicio tiene como consecuencia la aplicación del régimen de responsabilidad general en el primer caso, o del régimen especial en el segundo de los previstos en el TRLCU[2]. El régimen general es más liviano respecto de los parámetros de Consumo[3], y es el hoy aplicado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 1902 del Código Civil (el perjudicado deberá probar: el defecto, el daño, y la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño causado), mientras que en el régimen especial, el prestador del servicio (distribuidora eléctrica) debe no solo probar que ha efectuado una adecuada realización del servicio, sino que además ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente exigidos, con «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio»[4].

El sistema de responsabilidad por los daños causados en el correcto uso de los servicios previsto en el TRLCU[5] vigente es, básicamente, idéntico al precedente (Ley 26/84 de 19 de julio). Si bien, se ha ampliado minuciosamente su contenido, de forma que el artículo 148 exige que los servicios incluidos en él, entre los que está el suministro de energía eléctrica, han de circunscribir indefectiblemente, bien por su naturaleza, bien por prescripción reglamentaria, la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, predeterminados y objetivables, necesarios para que lleguen en debidas condiciones al consumidor y usuario.

El régimen establecido es un régimen de responsabilidad objetiva en el que el prestador del servicio solo podrá eximirse, mediante la prueba de un uso no correcto del servicio y, por tanto, producido por culpa exclusiva de la víctima. El perjudicado solo tendrá que probar el daño sufrido al ser consumidor o usuario del servicio.

La clara diferenciación entre electricidad como producto y servicio ha sido recogida profusamente, por las Audiencias Provinciales. Es el caso de la SAP de Albacete, de 9 de marzo de 2000, relativa al gas al distinguir entre producto y servicio: «El concepto de gas como producto viene sometido a la Ley 22/94, ha de ser objeto de interpretación restrictiva, desde el momento en que su inclusión en dicha norma no viene impuesta por la Directiva traspuesta, que no solo hace referencia a la electricidad. Así las cosas, el suministro de butano, en lo que este tiene de comprobación y vigilancia de la seguridad de las instalaciones conforme a las obligaciones impuestas por el Real Decreto 1085/1992, no puede considerarse comprendido dentro del concepto de producto de la Ley 22/94, sino del servicio a que alude el artículo 28 de la Ley 26/84, lo que significa que, en este ámbito, el demandado solo puede librarse de su responsabilidad si prueba que cumplió con la reglamentación administrativa reguladora del servicio en cuestión y con todas las medidas de diligencia exigibles, y que el daño ha derivado del uso incorrecto del mismo por parte de la víctima. Por el contrario, el gas propiamente dicho y las botellas de butano (como cosa mueble), con sus accesorios, están en todo caso comprendidos en el artículo 2 de la Ley 22/94, dentro de la cual corresponde al perjudicado la prueba del defecto del producto».

Por tanto, la diferenciación entre servicio y producto de estos dos elementos, gas y electricidad, no se establece expresamente, aunque subyace en multitud de sentencias de las Audiencias Provinciales. Y en el particular, serán defectos de la electricidad como servicio, aquellos en los que el defecto se encuentre en las instalaciones, siendo responsable el propietario o titular de la instalación de que se trate. En este sentido, la SAP de Salamanca, de 15 de marzo de 2000, aplica la Ley 22/1994, al declarar probado que la explosión de gas fue debida «al mal funcionamiento de la válvula o válvulas antirretorno que formando un todo con el mecanismo de uso se hallan instaladas bajo la encimera de la cocina»[6].

La Doctrina pone de manifiesto la dificultad en determinar en qué consiste el defecto del «producto electricidad». Obstáculo que estriba en la prueba de la causa originadora del daño, no tanto en la distinción teórica entre servicio y producto.

Conviene aclarar un error muy habitual, cual es la mención común a daños originados por cortes de suministro en aparatos eléctricos. La interrupción del suministro no produce daños. En sentido estricto, tanto el fin de la vida útil, como la avería de un receptor eléctrico, se ponen de manifiesto generalmente tras una interrupción del suministro. Esta interrupción del suministro, es la falta de fluido que necesita un aparato para funcionar, falta de fluido que puede originarla el usuario, encendiendo o apagando el aparato, o el dispositivo del cuadro de mando y protección de la vivienda o del que viene del exterior, sea de la instalación comunitaria o anterior a esta: de la instalación de la Distribuidora. Esto es fácilmente comprobable, en el caso de las bombillas, que aparentemente se funden cuando se enciende o acciona el interruptor que permite el acceso del fluido eléctrico[7].

Apréciese que sí se producen daños como consecuencia de la interrupción del suministro, pero no en los aparatos eléctricos que seguirán funcionando a su reanudación. Los daños se evidencian por ejemplo en alimentos conservados en una nevera (daño emergente) o, en una empresa fabricante de un producto o prestadora de un servicio determinados, basado en la fabricación o la prestación en el uso de aparatos eléctricos.

II. EL RESPONSABLE POR LOS DAÑOS MATERIALES EN APARATOS ELÉCTRICOS

En materia de daños ocasionados en aparatos eléctricos las compañías aseguradoras, han visto un importante modo de recuperar lo indemnizado de conformidad a las pólizas, apoyándose en un supuesto mal hacer de las compañías distribuidoras de electricidad, dado que el fenómeno eléctrico es complejo y de difícil comprensión[8].

En este tipo de litigios, la compañía aseguradora haciendo uso de la acción de subrogación contemplada en el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro y una vez indemnizado al perjudicado por los daños, se dirige en reclamación de la cantidad satisfecha contra la compañía distribuidora, con base en un informe pericial, en la que un tasador, determina que la causa de la avería es debida a alteraciones o sobretensiones en la red eléctrica.

Las alteraciones en la tensión con la que se suministra la energía eléctrica producen daños solo si el aparato que recibe el fluido eléctrico no está preparado para la tensión resultante de la alteración. La electricidad no es un elemento constante, a modo de barra compacta o de un tejido, o un ladrillo, es por esencia móvil y se suministra con diferencias de tensión entre los polos que la producen. Tan es así, que legalmente está previsto un desfase en la tensión con la que se suministra de +/- 7%.

Los receptores de electricidad, nombre técnico de los aparatos eléctricos, deben y así lo exige la normativa, diseñarse y fabricarse para recibir el fluido eléctrico como es, contemplando estos posibles desfases, inherentes a este producto denominado electricidad.

La electricidad está suministrada por la compañía distribuidora, y en las redes conocidas como baja tensión (usuarios comunes) utiliza cuatro cables, tres fases con tensión eléctrica y uno, denominado neutro, sin tensión alguna. Para un adecuado suministro se une cada uno de los cables de las fases con el neutro. En media tensión no existe cable neutro y por tanto las incidencias en esta parte del tendido no tienen como resultado averías en receptores por sobretensión, su efecto en la baja tensión es la interrupción del suministro eléctrico, que no produce daños en los receptores.

Siempre que por cualquier causa el cable neutro «se pierda»: rotura del cable, mal estado por envejecimiento o defecto de fabricación, se producen alteraciones del suministro que serán mayores o menores dependiendo de cómo se produzca la avería de dicho cable. Desde que la electricidad se genera hasta que llega al consumidor, hace un largo recorrido, en el cual, se transforma de alta o media tensión, en baja tensión y lo hace por canales o cableados que pertenecen a distintos sujetos.

A efectos de determinar la existencia de responsabilidad y el sujeto responsable debe analizarse la causa de la alteración y el lugar en el que se produce. Es una creencia errónea la que achaca a la compañía distribuidora responsabilidad en todos los daños eléctricos que se producen.

Lo que es claro para cualquier especialista en electricidad es que una vez que se produce esta alteración (fallo del neutro) en un circuito afecta a todos los aparatos conectados (no funcionando), a ese circuito concreto. Es técnicamente imposible que solo afecte a un aparato o a varios en un solo domicilio. Las instalaciones particulares se dividen también en circuitos, que también son de propiedad particular.

Los daños en aparatos eléctricos son siempre por quemadura de las fuentes de alimentación de los mismos. Los posibles responsables por este tipo de daños variarán en el sentido analizado.

1. El fabricante del aparato eléctrico. Será responsable el fabricante del aparato, por defectos de fabricación, entendiendo por tales defectos de diseño por no estar preparados para recibir el fluido eléctrico tal y como este es y/o por no cumplir con la normativa que determina cómo han de ser estos aparatos.

2. La compañía distribuidora de energía eléctrica. Será responsable la compañía distribuidora, bien por defecto en la prestación del servicio: interrupciones y/o mal estado de las instalaciones de su propiedad por las que debe responder, bien por inadecuado suministro: alteraciones.

3. La responsabilidad del perjudicado. El perjudicado del daño, es propietario de la red eléctrica de su vivienda y de los aparatos eléctricos que se encuentran en ella. Tiene el deber contemplado en el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, de mantener su instalación en adecuado estado de conservación y mantenimiento. Esta obligación, no es sino la trasposición a esta materia de las obligaciones de conservación y mantenimiento que corresponden a todo propietario y que se contemplan en las normas civiles generales[9].

4. Inexistencia de responsabilidad. No existirá responsabilidad para nadie, en los casos de obsolescencia del aparato eléctrico, caso fortuito y fuerza mayor. También los aparatos eléctricos tienen una vida útil y cuando esta culmina, el objeto, sencillamente, deja de funcionar.

III. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS PRODUCIDOS POR LA ACTIVIDAD ELÉCTRICA

1. Supuestos de responsabilidad por daños eléctricos

No se ha establecido la responsabilidad objetiva de los daños causados por la actividad de distribución eléctrica, deberán, por tanto, en cada caso analizarse las conductas de los intervinientes en el evento dañoso. Siempre que se produzca daño a terceros deberá comprobarse si la conducta de la víctima fue negligente. Distinguimos distintos ámbitos donde se origina responsabilidad por la actividad eléctrica:

El artículo 39.1.º y el artículo 40 a) y b) de la Ley del Sector Eléctrico[10], exigen mantener las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnicas. Corresponde al titular de la red mantener las instalaciones eléctricas privativas en perfecto estado de conservación y de seguridad.

Hasta que llega la electricidad a los distintos aparatos que se sirven de ella para su funcionamiento, la electricidad a partir de la denominada acometida pasa por redes particulares y el responsable del mantenimiento, conservación y vigilancia de esta parte de la red, no es de la compañía distribuidora sino de cada uno de los propietarios[11].

El mantenimiento, conservación y vigilancia de las instalaciones eléctricas supone:

1. La obligación y observación de las exigencias reglamentarias. Las distribuidoras deberán cumplir además de la Ley del Sector Eléctrico, con el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto) y otras normas de desarrollo de aquella.

El incumplimiento de las exigencias reglamentarias de mantenimiento e inspección dejaría en grave situación al titular de la red, desde la perspectiva civil, administrativa y penal.

2. Aunque no es un hecho irrelevante, el cumplimiento reglamentario no exime radicalmente de responsabilidad. Nuestros Tribunales exigen, fundamentándose en la repetida teoría del riesgo, un deber y una diligencia por encima de la establecida en los reglamentos.

Hay sentencias donde se impone a las empresas distribuidoras una carga probatoria excesiva en el deber de vigilancia, como la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 1976, en la que pese a entender que los cables de alta tensión estaban a distancia reglamentaría «la compañía toleró el que el tendido estuviera colocado sobre el lugar expresado, a pesar de que, por la obligación que tenía de vigilarlo, debió percatarse de que su altura resultaba insuficiente para la seguridad de las operaciones de carga y descarga de maderas que allí se venía realizando desde hacía mucho tiempo», por lo que estableció la compensación de culpas entre la víctima, que lanzó una sirga metálica por encima del camión tropezando con los cables, su empresario, por no advertir el peligro que corría el empleado, y la empresa distribuidora por falta al deber de vigilancia y no percatarse de que, hacía mucho tiempo, las operaciones de carga y descarga se desarrollaban bajo su línea reglamentaria.

También aplican nuestros tribunales la teoría del riesgo, para determinar la responsabilidad por daños en aparatos eléctricos, donde como se ha indicado, existe una parte importante ajena de forma absoluta al control por parte de las compañías distribuidoras por ser de propiedad particular, esta parte la integran la red privativa, las instalaciones privativas y los propios aparatos averiados.

2. Causas de exoneración de responsabilidad

Es interesante en materia eléctrica, no solo la apreciación por el Tribunal Supremo de la exoneración de responsabilidad en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, sino también su aplicación a la intervención de un tercero o de la propia víctima en la causación del daño. Siempre se exige, tanto del tercero como de la víctima, la intervención fatal cuando la actuación del causante del daño fue diligente y razonablemente adecuada para evitar un riesgo previsible.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1996, sobre la muerte por electrocución de una persona al caer un cable de alta tensión a causa de un fuerte temporal de lluvia y viento, declara: «La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado o demandados, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de fuerza mayor, ha de excluirse la responsabilidad de dichos demandados».

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de octubre de 1981, apreció culpa exclusiva de la víctima: «Es evidente que no existió culpa alguna de parte de la entidad propietaria del cable de alta tensión con el que tropezó el

balandro, en cuestión, al no haberse probado que hubiese infringido las normas legales que, a ella, le afectaban, ni en cuanto a su instalación, ni en cuanto a su cuidado y mantenimiento; mientras que, por el contrario los tripulantes de aquel, incidieron en su exclusiva y negligente responsabilidad, que fue la única causa del siniestro ocasionado».

Y, definitivamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1988 asevera: «La entidad demandada GESA, ha cumplido, hasta la saciedad, las exigencias reglamentarias, sino que además el resultado se ha producido exclusivamente por la actividad de la víctima, aunque la conducta de la misma en este caso no debe ser calificada de negligente y sí de natural, dada su edad (once años), ello, a la vez que refuerza la ausencia de culpa por parte de GESA acredita la concurrencia en el supuesto examinado de unas circunstancias excepcionales en orden a la producción del resultado lesivo, representadas en este caso por esas siempre impensadas y por ello fuera de los límites de la «debida y adecuada conducta del buen padre de familia» e incluso del denominado «sentido común», inherentes y características de la conducta y reacciones de los menores, concretamente, en este caso, del niño que sufrió el desgraciado accidente, razones estas que impiden acceder a lo solicitado por el recurrente, ya que ello equivaldría a la aplicación rígida y estricta de la responsabilidad objetiva, en una medida que ni siquiera en la normativa de los accidentes derivados de vehículos de motor e incluso nucleares es admitida».

Unos meses antes, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1998 determinaba que: «La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable elemento integrador, atenuado, pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado o demandados, sino que el mismo fue debido exclusivamente a una actuación negligente o descuidada del propio perjudicado, ha de excluirse la responsabilidad de dichos demandados, siendo este el supuesto litigioso aquí contemplado, en el que el infortunado don José Luís L. N., que por su cualificación y especialización profesional, de Inspector Técnico Eléctrico y de Ingeniero Técnico Naval, sabía plenamente que no se podían realizar los trabajos de control e inventario de los elementos integrantes de una Central Eléctrica sin antes desconectar la tensión en la misma, trató de realizar en la subestación de Cabanelas las mencionadas funciones sin llevar previamente la aludida desconexión de la tensión eléctrica».

En todo caso, la normativa tuitiva para la protección de consumidores y usuarios, no será de aplicación si, precisamente el destinatario no tiene tal condición, es el caso ventilado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de enero de 2016: «En el presente caso, quien celebra con Iberdrola el contrato de suministro de la energía eléctrica es una sociedad mercantil, en concreto la persona jurídica denominada Paisma Cuesta s.l. Luego no nos encontramos ante un consumidor. Lo que impide aplicar la exorbitante legislación protectora de los consumidores. Conclusión a la que también habríamos llegado de ser una persona física la que habría celebrado el contrato de suministro de la energía eléctrica para el restaurante. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 963/2005, de 15 de diciembre de 2005 (núm. de

recurso 1556/1999, *R.J. Ar.* 1223), excluye a don Iván, que había celebrado un contrato de suministro de energía eléctrica con la Compañía Sevillana de Electricidad, porque destinaba la electricidad suministrada no a su uso o disfrute personal, familiar o doméstico, sino, como empresario titular de un negocio de restauración, a integrarla en un proceso productivo, junto con los demás elementos de su organización empresarial».

3. Limitación de la responsabilidad por concurrencia de culpas

La responsabilidad por daños puede verse disminuida o «compensada», cuando se produce coincidiendo con responsabilidad por parte del perjudicado o víctima del evento lesivo, tiene así lugar la llamada «concurrencia de culpas» (entre el causante y perjudicado). Esta concurrencia de culpas, determina la moderación del montante económico que debe satisfacerse a la víctima[12]. Es frecuente en los daños causados por la electricidad, distinguimos varios supuestos:

a) *Concurrencia en la causa del daño*. Esto ocurre cuando conste que además de la falta de diligencia del causante, existe otra falta de previsión o cuidado del perjudicado, que por sus circunstancias se le puede exigir.

b) *Culpa en la agravación del daño*. El perjudicado, una vez que se ha producido el daño, tiene obligación de desarrollar una conducta razonable para evitar que el daño se agrave. Si actúa indebidamente, el exceso del daño causado será a su costa.

c) *Falta de mitigación del riesgo*. Según la actividad específica del perjudicado, debe este prever anticipadamente los riesgos procedentes de tercero y debe adoptar las medidas económicamente razonables para reducirlos de modo que no sea vulnerable, por negligencia, a las acciones externas. La falta de mitigación puede producir desde la concurrencia de culpas hasta la exoneración del causante.

d) *Cumplimiento reglamentario*[13]. Existe una viva polémica en torno a si el cumplimiento de las exigencias reglamentarias exime de responsabilidad. Orientativamente se establecen las siguientes pautas:

d1) Si el hecho lesivo se deriva de un incumplimiento reglamentario surge la responsabilidad del causante o del perjudicado, según quien haya incumplido. Si incumplieron ambos, estamos ante la concurrencia de culpas.

d2) Si el incumplimiento reglamentario no está relacionado con el hecho lesivo, resulta el incumplimiento irrelevante a la hora de establecer la responsabilidad. El cumplimiento reglamentario no exime totalmente de responsabilidad, pero no es irrelevante.

IV. LA PRUEBA DEL DAÑO Y DEL DEFECTO. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE AMBOS

El TRLCU exige al perjudicado la prueba del defecto del producto, del daño y la relación de causalidad entre ambos[14]. El perjudicado no tendrá que probar la culpa del fabricante, ya que la norma establece un sistema de responsabilidad objetiva[15]. Esto permite —a juicio de SOLÉ I FELIÚ—, dotar a los consumidores y a eventuales perjudicados por productos defectuosos de una mayor protección y más completa que la ofrecida por los mecanismos contractuales.

La Doctrina mayoritaria califica esta responsabilidad de objetiva, si bien GUTIÉRREZ SANTIAGO[16], teniendo en cuenta el criterio de atribución, estima

que podría calificarse de responsabilidad *sui generis* o especial, ya que en relación con las categorías utilizadas, puede denominarse «objetiva», en cualquier caso «no absoluta», ni «plena» o bien cabría su titulación como objetiva limitada originada por la puesta en circulación de productos defectuosos. No parece, según esta autora que se trate de un supuesto de culpa presunta[17] ya que consideraba existían en la Ley 22/94 [hoy Capítulo I, Titulo II, Libro III TRLCU], elementos tanto en la Directiva y la Ley española como para adjetivarla «objetiva atenuada», «cuasi-objetiva», o un régimen «no absoluto» de responsabilidad objetiva.

Los presupuestos justificadores de dicha calificación, según SOLÉ I FELIÚ[18], son: a) La regulación de los riesgos del desarrollo; admitir que el fabricante puede exonerarse probando que en el momento de la puesta en circulación del producto el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía conocer la existencia del defecto, puede ser tanto como insertar elementos subjetivos próximos a la culpa en el sistema de responsabilidad establecido. b) La posibilidad que tiene el fabricante de acudir a las demás causas de exclusión contenidas en el artículo 140.1.º TRLCU, la prueba de alguna de las cuales casi puede equipararse a la falta de imputación de responsabilidad al fabricante debido a la ausencia de culpa en su conducta, bien porque es posible presumir que el defecto no existía en el momento de la puesta en circulación. c) Si se admite que en el ámbito de la Ley tiene cabida la clasificación tripartita de defectos de diseño, de fabricación y de información, la determinación de la existencia de un defecto de diseño o de información exige acudir incluso en un modelo de responsabilidad objetiva, a una cierta subjetivación, pues solo de esta forma será posible llegar a conocer su existencia.

Estos factores no deben llevarnos a concluir que el criterio de imputación de responsabilidad previsto en la Ley se basa en la culpa del fabricante. Así, JIMÉNEZ LIÉBANA estima que esta responsabilidad surgida de los presupuestos establecidos en la nueva normativa, hay que añadirla a las otras formas de responsabilidad que tutelan el daño comportando una responsabilidad especial y típica que no sustituye aquellas, sino que se sitúa junto a estas y a las otras hipótesis conocidas como supuestos de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento, ocupando un espacio específico y delimitado para su operatividad y aplicación[19].

La sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2000, señala el carácter objetivo de la responsabilidad regulada en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios [la sentencia se refiere a la Ley 22/94], al destacar «a pesar de reconocer que el criterio de responsabilidad objetiva del productor es el que permite resolver el problema del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna y es el que inspira su articulado no admitiendo más que supuestos tasados de exención de responsabilidad (art. 6), dice el artículo 4: el perjudicado debe probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño». También en ese mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2008.

Por su parte, la jurisprudencia menor, reitera el carácter objetivo de la responsabilidad, aunque no completamente objetivo. La Audiencia Provincial de Córdoba en varias sentencias, así, la de 21 de enero de 2003 establece que «se está hablando de una responsabilidad que bien se ubica en la LGDCU, o bien en la LRCDPD tiene un marcado carácter objetivo, lo que determina que o bien se prescinda del elemento subjetivo, esto es de la culpa imputable al agente, o bien se presume la existencia de esta, debiendo la defensa de este acreditar que ha actuado con la diligencia que le era exigible», y la de 21 de febrero de 2003, afirma: «No nos movemos en un régimen de responsabilidad objetiva pleno, pues

el artículo 5 si bien es cierto que no requiere del perjudicado que pruebe la culpa del fabricante, sí le exige la del defecto del producto, lo que no sería necesario si el sistema de responsabilidad fuese el objetivo puro». Y la de 24 de noviembre de 2003: «esa responsabilidad objetiva en los términos que acaban de exponerse, no es una objetivación a ultranza que nos llevaría a la responsabilidad solo por el daño producido. Así lo recoge la Exposición de Motivos de la ley del 94 cuando habla de responsabilidad objetiva pero no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que enumera el artículo 6. Y por otro lado, imponiendo al perjudicado la obligación de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad (art. 5)». En el mismo sentido se pronuncian las Audiencias Provinciales de Cáceres, de 18 de abril de 2002, de Orense, de 6 de marzo de 2000 y de Barcelona, de 25 de abril de 2003. Se excluye así, la necesidad de que el perjudicado pruebe la existencia de culpa en el sujeto al que se imputa la responsabilidad por el daño causado, el perjudicado deberá probar el daño sufrido, la relación de causalidad entre ese daño y el producto defectuoso.

Esta carga probatoria del perjudicado también se recoge por las Audiencias Provinciales: la SAP de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2004 concluye «el mencionado artículo 5 de la Ley 22/94 atribuye al perjudicado la prueba de la existencia del defecto del producto. Se apartó así el legislador del régimen procesal que resultaba de la situación legal anterior, en la que se podía obtener una presunción de deficiencia en el producto». En cuanto a la SAP de Córdoba, de 21 de marzo de 2003, afirma «Por consecuencia de ello, el perjudicado no solo habrá de probar el daño y la relación de causalidad sino también el defecto del producto, pues no existe una presunción de defectuosidad de este sino que se parte de su corrección. Lo que sí es cierto es que dicho defecto podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho incluidas las presunciones o indicios, pues como sostiene la Doctrina, teniendo en cuenta que la presunción constitucional de inocencia no es aplicable a la responsabilidad civil, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, cabrá acudir en relación con la prueba a indicios o presunciones judiciales que demuestren a través de un proceso lógico y racional que el daño se ha producido porque el producto adolecía de un defecto. Ello no significa, según se ha dicho, que se presuma el carácter defectuoso del producto. Otra carga del perjudicado es la de acreditar el nexo de causalidad entre el producto defectuoso y el daño producido, en un doble sentido que se concreta en probar que el producto ha causado el daño y que este se ha producido por el defecto que aquel adolecía».

Por su parte, la SAP de Barcelona, de 19 de diciembre de 2003, sostiene «partiendo pues de que la botella se hallaba precintada cuando se sirvió al demandante, y que fue al ingerir el contenido de la misma cuando se produjo el daño, quedan probados el defecto del producto, el daño y la relación de causalidad que son los tres elementos que exige la LRCDPD para que nazca la obligación de reparar». Por fin, la SAP de Cantabria, de 16 de octubre de 2002: «para hacer efectiva esa responsabilidad el legislación en el artículo 5 impone al perjudicado de los daños, la carga de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad. Ahora bien esa carga probatoria está supeditada a la defensa de los consumidores y usuarios, defensa que es un principio rector de la política social y económica de España (art. 51 CE). Por este motivo, no es admisible imponer probanzas imposibles o diabólicas que hagan ilusorios los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios. En casos como el presente, la prueba del defecto del producto, cuando este se ha visto destruido por el fuego no puede ser directa, sin que habrá de deducirla de otros hechos perfectamente demostrados».

1. Prueba del daño

Habrán de probarse los daños previstos en el artículo 19 TRLCU. El daño jurídicamente hablando es uno de los presupuestos que integran el deber de indemnizar, no cabe hablar de responsabilidad civil si no existe daño.

2. Prueba del defecto

En materia eléctrica si hablamos de la electricidad producto, corresponde al perjudicado probar conforme al artículo 139 del TRLCU que se suministró un fluido inadecuado, causante del daño. Estamos en el ámbito de las «sobre intensidades» y las «sobre tensiones»[20].

La ley no exige probar, de acuerdo con los criterios ya vistos y elaborados por la Doctrina el específico «defecto» ni cómo ni por qué el defecto se ha producido, sino que el producto no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, es decir, lo que el perjudicado tiene que probar o demostrar es cualquier hecho o circunstancia idónea para llevar al juez o tribunal la certeza de dicha falta de seguridad[21].

El perjudicado, deberá convencer al juzgador de que el producto era inseguro, pero no está obligado a individualizar o identificar con exactitud cuál ha sido el defecto específico que le ha causado el daño[22].

En los supuestos de electricidad servicio, sí sería una responsabilidad cuasi objetiva y corresponde a la Distribuidora probar el adecuado estado de sus instalaciones e inadecuado de las instalaciones particulares.

3. Prueba de la relación de causalidad entre el daño y el producto defectuoso

El perjudicado por el daño, debe además probar la existencia del nexo causal entre el defecto del producto y el daño causado. Resulta esto, no solo de la dicción del artículo 139, sino del hecho de que el fabricante o importador responde de los daños derivados del defecto de producto. La carga probatoria a menudo exige un doble nexo: entre el producto y el daño y entre el daño y el defecto de forma que el perjudicado debe en primer término probar los hechos o circunstancias de las que se pueda deducir que el daño del producto se liga al defecto; siendo esta una calificación que opera a la vista el caso concreto y que denota la «falta de seguridad».

La víctima del daño debe probar que este le fue causado precisamente por el carácter defectuoso del producto. Sin embargo, no es suficiente demostrar que el producto es defectuoso, ni tampoco basta acreditar que el daño se produjo por el uso del producto. Debe además probarse que el perjuicio se ocasionó como consecuencia del defecto.

En los pleitos de reclamación por daños eléctricos la base de la prueba es un informe pericial, efectuado por los tasadores de las compañías distribuidoras, no son expertos en materia eléctrica, por lo que se incumple el mandato de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige titulados con cualificación adecuada. Multitud de sentencias se basan en la apreciación de la causa determinada por ignorantes en electricidad. Incluso se da por muchos jueces prioridad al informe del tasador —no experto en materia eléctrica—, respecto del informe emitido por especialista aportado por la compañía distribuidora.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 16 de octubre de 2015, evidencia el conflicto entre los daños por alteraciones del suministro eléctrico y productos defectuosos, interpuesta la apelación por la empresa eléctrica, declara «admite asimismo el Tribunal Supremo la expresada doctrina de la imputación objetiva, siendo destacable a tal efecto, y en cuanto representa el supuesto de autos, la STS de 24 de octubre de 2003 (…) pero aun en el caso que procediera entrar al estudio de ese nexo con una supuesta negligencia por omisión de los demandados responsables de la ejecución de las obras, no basta, como ya se ha admitido por este Tribunal en las sentencias de la Sala Segunda de 5 de abril de 1983 y de 20 de mayo de 1981 «con la constancia de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones—, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquel, como consecuencia lógicas y natural de aquella», en términos de la sentencia citada en último lugar, y de acuerdo con la doctrina moderna unos de los criterios para establecer o excluir la imputación objetiva que más se acomodan al caso de autos, es la llamada «prohibición de regreso», supuesto en el que no es posible la imputación, cuando puesta en marcha la relación causal, sin embargo el daño se produce por subsiguiente intervención dolosa o gravemente imprudencia de un tercero…». Puede igualmente señalarse sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 6.ª, sentencia de 25 de octubre de 2004 «… ha de indicarse que de la prueba practicada ha quedado demostrado que los daños en los elementos eléctricos se produjeron por una avería en la caja general de protección del edificio, que tenía la platina de neutro quemada, y, que, según explica uno de los testigos, que trabaja para la empresa con quien FENOSA tiene contratado el mantenimiento, la coloca el electricista, siendo FENOSA quien le da electricidad (…). Por su parte, el artículo 66 del Anexo II del Real Decreto 1075/1986, de 2 de mayo…, dispone que «salvo causa de fuerza mayor, las Empresas o Entidades distribuidoras de energía eléctrica tienen la obligación de mantener permanentemente el servicio, cuando no conste lo contrario en los contratos de suministro, en las condiciones indicadas en el artículo anterior». El artículo 66, que en su párrafo segundo, acompaña una delimitación de la imponderable fuerza mayor, al señalar que «en cualquier caso, no se considerarán como casos de fuerza mayor los que resulten de la inadecuación de las instalaciones eléctricas al fin que han de servir, la falta de previsión en la explotación de las redes eléctricas o aquellos derivados del funcionamiento mismo de las Empresas eléctricas». Ello implica un deber no solo de mantenimiento de las instalaciones en debidas condiciones de seguridad sino también la de supervisar las instalaciones privativas de los usuarios. Y, en este caso para nada se ha demostrado que la avería fuera producida por una causa que no se pudo prever o que, prevista, fuera inevitable, ni que las instalaciones eléctricas estuvieran en buen estado, máxime si, atendiendo al principio de la facilidad de obtención de la prueba, la demandada, en caso de que el defecto no le fuera imputable, o de que los daños hubieran sido debidos a otra causa, debía haberlo acreditado, dadas las características de su actividad, cuya naturaleza puede dificultar al consumidor la comprensión del proceso. Tampoco ha de olvidarse que en supuestos en que entra en juego una actividad o servicio productor de riesgo según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien no se prevé la objetivización absoluta de la culpa, si que se exige al agente causante del riesgo (estimando que lo son las empresas eléctricas) la adopción de medidas precautorias necesarias para evitar que se produzca el siniestro, de forma que si de la prueba practicada aparece acreditada la realidad del daño,

se presume que fue por culpa de la empresa suministradora produciéndose de esta forma una inversión de la carga de la prueba sobre la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el mal…». Sentado al caso como reitera la jurisprudencia puede señalarse que aunque el punto de partida es que incumbe a la demandante la carga de probar la existencia y causa del daño, es a la demandada a la que corresponde acreditar que en el día indicado no se produjo ninguna sobretensión en el fluido eléctrico suministrado, y ello en aplicación de la doctrina interpretativa del artículo 1214 del Código Civil consagrada por la Jurisprudencia del TS como en sentencias como la de 18 de mayo de 1988, cuando dice que la aplicación de esa norma y la valoración consecuente de la prueba ha de hacerse «según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (sentencias de esta Sala de 23 de septiembre de 1986, 20 de octubre de 1986, 19 de noviembre de 1986, 24 de abril de 1987, y 29 de mayo de 1987 entre otras). Y continúa señalando: «… Es más, como garante legal del suministro constante de energía eléctrica y con determinada calidad, que deberá asegurar (art. 43), le corresponde demostrar el cumplimiento correcto de esa obligación cuando el usuario acredita haber sufrido perjuicios derivados de la interrupción del suministro o su deficiente aporte. También está capacitada para exigir a la receptora del suministro que los aparatos e instalaciones donde se aplique reúnan las condiciones reglamentariamente establecidas (art. 43,2 a) y no consta que la actora incumpliera esas normas…». En el caso de autos aunque la parte apelante en base al informe pericial aportado niegue la existencia del nexo causal entre la interrupción del suministro y los daños causados en la instalación del cliente, lo cierto es que esta, funcionaba correctamente cumpliendo la normativa y no verifica tales daños sino a seguido de la interrupción del suministro y su reanudación. Por otra parte no existe prueba objetiva que acredite que la instalación de la parte actora no funcionase correctamente, antes al contrario, existe un informe de la Entidad ELDU que acredita el buen estado de conservación y mantenimiento de la instalación, la posible cuestionación que introduce la recurrente sobre la parcialidad del testigo, queda desvirtuada por cuanto que consta el acta del Departamento de Industria del Gobierno Vasco que acredita que el Centro cumplía la normativa eléctrica. Por tanto el recurso se desestima al no valorarse errónea la apreciación que de la prueba efectúa el órgano de Instancia debiendo en consecuencia confirmar sus fundamentos y el fallo de la citada resolución».

V. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PREVISTAS POR LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El TRLCU contempla dos supuestos de prescripción de acciones; el de la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios, para el que se establece un plazo de prescripción de tres años, y el de la acción de regreso cuyo plazo prescriptivo es de un año[23].

1. Prescripción trienal

El plazo de tres años, para la prescripción de la acción para exigir la reparación de los daños y perjuicios previstos en la Ley, vino impuesto por el mandato

unificador de la Directiva 85/374/CEE, en su artículo 10. En cuanto al momento inicial para el cómputo de ese plazo, se contará desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio.

En cuanto a la determinación del momento del conocimiento del daño pueden surgir problemas respecto a los daños corporales y a los daños continuados. En relación con los primeros deberá tenerse en cuenta lo establecido por la jurisprudencia en sede de responsabilidad por culpa extracontractual para el cómputo del plazo de un año del artículo 1968.2.º del Código Civil[24].

Por lo que hace referencia a la identidad del responsable, debe tenerse en cuenta el supuesto de que, inicialmente, solo se conozca al suministrador del producto; deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 138.2.º TRLCU, comenzando a correr el plazo de prescripción para el suministrador transcurridos tres meses sin que haya facilitado al perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto[25].

2. Prescripción de la acción de regreso

El TRLCU dispone que la acción del que hubiere satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables prescriba al año, a contar desde el día del pago de la indemnización. No existen dudas acerca de la aplicación de este plazo a los supuestos de concurrencia de responsables y cuando sea responsable el proveedor.

Más dificultad plantea la aplicación de este plazo de un año al supuesto de intervención de un tercero. En estos casos parece más adecuado acudir a las normas generales reguladoras de la prescripción teniendo en cuenta la naturaleza contractual o extracontractual de la culpa que se imputa al tercero. En el ejercicio de la acción de regreso frente al tercero, no se trata simplemente de valorar su grado de participación en la causación del daño, como en el caso de los responsables solidarios, sino que el declarado responsable conforme a la Ley va a ejercitar, frente al tercero, una acción basada en la culpa contractual o en la extracontractual, a la que se aplicarán las normas generales sobre responsabilidad civil, incluidas las que regulan la prescripción de la acción, al igual que si el tercero hubiera sido demandado por el perjudicado.

3. Interrupción de la prescripción

La interrupción de la prescripción se rige por las reglas generales del Código Civil (arts. 1973 y 1974).

4. Extinción de la responsabilidad

El plazo de diez años establecido en el artículo 144[26] de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, no es de prescripción ni de caducidad; es un plazo de garantía, al modo del plazo de diez años del artículo 1591 del Código Civil, o a los plazos de diez, tres y un año del artículo 17.1.º de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre. Es por lo que este plazo no admite interrupción ni suspensión.

El momento inicial para el cómputo de este plazo viene establecido en el de la puesta en circulación del producto causante del daño, independientemente de la puesta en circulación de los demás productos integrantes de una serie. La prueba del transcurso del plazo de diez años de garantía incumbe al fabricante o importador al tratarse de una causa de extinción de la responsabilidad, aparte de su más fácil acceso a las fuentes de prueba[27].

V. CONCLUSIONES

I. La Directiva 1999/34/CEE, modificó la Directiva 85/374/CEE al único efecto de considerar la electricidad producto. Se recoge esta inclusión de la electricidad producto en el TRLCU. La consecuencia de la consideración de la electricidad como producto es la dulcificación del régimen de responsabilidad respecto del previsto para la electricidad servicio.

El TRLCU protege tanto al consumidor como al perjudicado. Figura esta última que surge cuando el afectado por daños de un producto es distinto del consumidor. El perjudicado para la defensa de sus intereses, podrá basar su reclamación en acción contractual, extracontractual o de consumo, lo que dificulta la práctica de este Derecho, en el que conviven distintos regímenes.

En la práctica, los tribunales aplican uno u otro, sin que los profesionales sepamos muy bien a qué atenernos: en supuesto iguales la solución es distinta en función de que el asunto sea resuelto por un juzgado u otro. Este tipo de litigios de consumo, además raras veces se recurren y mucho menos llegan al Tribunal Supremo, unificador de esta diversidad de criterios. Es más, atendiendo al principio *iura novit curia,* es indiferente el fundamento jurídico de la reclamación, pues el Juzgador aplicará la que estime más conveniente a su creencia jurídica.

Son reclamables todos los daños ocasionados por los productos defectuosos, tanto los materiales como los personales. La mayor protección al consumidor que ofrece el TRLCU, se plasma en la configuración propiamente dicha de esta responsabilidad. Así cuando los responsables de los daños son varios, se establece el carácter solidario de la responsabilidad, frente a la mancomunidad que es la norma general del Código Civil cuando hay pluralidad de deudores. De igual modo la concurrencia de la acción de un tercero, solo exonerará de responsabilidad si el daño es íntegramente achacable a esta intervención. Y por último se regula por remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la mora en el pago de la indemnización una vez que está ha sido determinada judicialmente.

Finalmente se prohíbe expresamente en la Ley las cláusulas que limitan o excluyan la responsabilidad. Y son tasadas las causas que permiten la limitación o exoneración completa de responsabilidad. Ambas medidas permiten que la norma cumpla con su finalidad protectora.

II. La consideración de la electricidad como producto fue fruto del desarrollo jurisprudencial del concepto de producto defectuoso como producto carente de seguridad.

No es defectuoso un producto que no nos sirve para aquello para lo que fue adquirido, sino que es defectuoso cuando es inseguro. No es lo mismo que un producto no sea útil para aquello para lo que fue diseñado, que un producto que sí, es útil para lo que se produjo, pero cuya utilización lleva aparejado, peligro o inseguridad. En el primer caso, nos movemos en el ámbito de los vicios ocultos y en el segundo, en el de los productos defectuosos. Es la distinción entre falta

de idoneidad o aptitud para el uso o consumo al que el producto se destina y peligrosidad o riesgo.

El defecto contemplado por la Directiva se distingue de la garantía por vicios ocultos en un doble plano, en primer término no puede recibir una definición contractual según el destino previsto en el contrato por las partes, porque la víctima puede ser un tercero. Es este desarrollo del concepto de defecto como inseguro, lo que implicó la inclusión de la electricidad como producto defectuoso; a nadie se le escapa la inseguridad e incluso peligrosidad de su manipulación sin conocimientos técnicos (cualquiera puede morir, simplemente por colocar sus dedos en un enchufe de los que pueblan nuestros inmuebles). No obstante, ambos productos, su instalación y manipulación por parte de los «fabricantes» (generadores y distribuidores), está sometida a una extensa y compleja normativa garantizadora de la seguridad, que en la práctica impide la peligrosidad real de dicha manipulación.

En relación con los daños que puede producir la electricidad hay que distinguir, los que tienen su origen en la electricidad como producto y los fundados en la electricidad como servicio. Así, los *daños ocasionados por la electricidad como producto*, son los generados por el propio fluido eléctrico cuando es suministrado de forma inadecuada (con una tensión distinta a aquella para la que los receptores eléctricos están preparados, ya sea superior, cuya consecuencia son aparatos eléctricos estropeados o inferior, que aparejará que estos aparatos dejen de funcionar). Por su parte, *los daños ocasionados por el servicio defectuoso*, son los que tienen su origen en el mal estado de las redes eléctricas. Debe distinguirse, a efectos de responsabilidad, qué parte de la red está en mal estado. Una parte de la red, es propiedad de la compañía distribuidora; desde la acometida se inicia la parte privativa de la red, que según los casos, será de un solo propietario (acometida única) o de una comunidad de propietarios (sea en un edificio, o chalets unifamiliares o adosados en una urbanización). En este caso, hay también una parte propiedad de cada piso o local. El caso más frecuente es el suministro en un edificio dividido en pisos y locales. Aquí, desde la acometida, la parte de la red de la comunidad de propietarios es a la que se conecta el alumbrado de las zonas comunes, el portero automático, las antenas de televisión, los ascensores, etc.

Cada uno de los propietarios es el responsable de los daños ocasionados por el mal funcionamiento de la red de su propiedad y así se dice expresamente en la normativa eléctrica, que en resumidas cuentas, no hace sino recoger las obligaciones generales de todo propietario de conservar y mantener las cosas que le son propias. La regulación eléctrica actual, establece la obligación de los usuarios de revisar periódicamente sus instalaciones e, incluso, sustituir los cableados, que en los centros de las ciudades es habitual que sean muy antiguos, lo que ocasiona un inadecuado transporte y fallo en la recepción de la energía eléctrica. De modo que no sería achacable a la compañía, siendo calificado como supuesto de culpa exclusiva de la víctima.

También, en ocasiones, un aparente servicio defectuoso o incluso daño ocasionado por la electricidad como producto defectuoso (sobretensiones), se deben a la actuación de un tercero (por ejemplo si la compañía telefónica está efectuando una instalación de su red en la calle y «pica», o sea cortan o estropean parte de la red eléctrica). En este caso, si puede probarse la culpa exclusiva del tercero, no existirá responsabilidad de la compañía distribuidora, por producto o servicio defectuoso.

Las compañías eléctricas no solo venden electricidad, sino que la llevan al domicilio del consumidor o usuario, de ahí que deba distinguirse cuando se pro-

ducen daños, cuáles son las consecuencias del defecto del producto y cuáles del mal servicio. Apréciese por tanto, que cuando se compra una cadena de música, un electrodoméstico… puede el comprador-usuario, instalarla por sí mismo o además de comprarla, contratar la instalación por parte del establecimiento vendedor.

En el caso de la electricidad por su especial naturaleza, la instalación particular del cliente deben hacerla unos electricistas autorizados por la autoridad administrativa, denominados instaladores. Cualquier modificación de la instalación originaria, debe pasar, preceptivamente por estos instaladores autorizados. Los instaladores autorizados, al término de cada una de sus intervenciones, emiten unos documentos o certificados que garantizan el correcto estado o funcionamiento de la instalación de que se trate (conocidos como boletines).

La compañía distribuidora no puede y de hecho no acomete la realización de estas instalaciones, ni de sus modificaciones (ya que se trata de instalaciones particulares y no de la red de distribución propiedad de la compañía). Antes de iniciar un suministro determinado, exige al usuario la acreditación de la correcta instalación de su inmueble con el documento expedido por el mencionado instalador.

A mayor abundamiento y dada la peculiar naturaleza de la electricidad que no es constante y presenta fluctuaciones, la normativa reguladora establece un margen de incremento o disminución de la tensión suministrada de más, menos un siete por ciento del voltaje para el que deben estar protegidas las instalaciones.

La propia normativa eléctrica —vía anexos o instrucciones técnicas— regula pormenorizadamente cómo deben ser técnicamente las instalaciones, qué mecanismos de protección contra estas alteraciones de tensión deben tener tanto las instalaciones como los receptores de electricidad. En suma, todas estas normas tienen como finalidad prevenir y evitar la falta de seguridad de la electricidad como producto. Por su parte, los aparatos eléctricos o receptores, han de fabricarse teniendo en cuenta que para su funcionamiento es necesario un producto con las peculiaridades antes apuntadas, de modo que deben estar preparados para esas alteraciones inherentes a la naturaleza de la electricidad.

Por lo que hace referencia a los daños ocasionados por la prestación del servicio eléctrico, ya antes señalábamos que la electricidad desde que se produce (genera), hasta que llega a los receptores o aparatos eléctricos, debe ser traída o conducida por las llamadas redes. Esta conducción es compleja, no solo por el hecho de que desde su generación hasta su recepción en los distintos aparatos, las redes son de distintos propietarios, sino porque es generada y transportada con una tensión, denominada alta o media y llega a los usuarios o consumidores con otra, denominada baja tensión.

También se suministra en media o alta tensión a determinados usuarios, que en general, quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de consumo, pues suelen ser grandes empresas. Esta forma de suministro, para gran consumo presenta ciertas peculiaridades, tales como tener el usuario la obligación de adquisición de un centro de transformación propio o particular. Estos centros, son instalaciones eléctricas que como indica su nombre, transforman o convierten la tensión de media o alta en baja, para la que están preparados los receptores de electricidad.

Es un error constante, quizás por la indebida explicación por su complejidad del fenómeno eléctrico, barajar la imprecisa terminología de «daños por cortes de suministro en aparatos eléctricos». Téngase en cuenta que *la interrupción del suministro no provoca daños en aparatos eléctricos*. Sí es cierto que, en aparatos que han concluido su vida útil, esta se manifieste al encenderlo. De modo que

todos lo podemos constatar con las bombillas, que aparentemente se funden al encender o accionar el interruptor del acceso del fluido eléctrico. Por el contrario, *sí se producen daños como consecuencia de la interrupción del suministro, pero no en los aparatos eléctricos que seguirán funcionando a su reanudación. Los daños se producen por ejemplo en alimentos conservados en una nevera* (daño emergente) o en una empresa fabricante de un producto o prestadora de un servicio determinados, basados en la fabricación o la prestación en el uso de aparatos eléctricos.

III. La normativa de consumo y su finalidad esencialmente protectora del consumidor lo que hace es ampliar las posibilidades de defensa que tiene el consumidor o usuario final, que se concretan en: a) El consumidor puede reclamar frente a todos los que intervinieron en poner a su alcance el producto desde su fabricación; b) Se amplían los plazos para reclamar, respecto de los previstos en el del Código Civil, a tres años, frente al un año por responsabilidad extracontractual y seis meses por vicios ocultos; c) En el caso de concurrencia de varios agentes en la producción del daño, se establece la solidaridad de la responsabilidad de los deudores, rompiendo la mancomunidad que es la norma general prevista en el Código Civil. Se ha llamado solidaridad impropia, por no existir vínculos contractuales entre los sujetos implicados.

En el caso de los daños producidos por servicios defectuosos, guarda silencio el TRLCU. El artículo 143 de dicho texto normativo es muy claro, en cuanto a su ámbito de aplicación: «…previstos en este capítulo», por lo que la ampliación de plazos vista en el párrafo anterior, debe circunscribirse a los daños a los productos defectuosos en el ámbito del capítulo I, Título II del Libro III.

IV. Cuando se producen daños en los aparatos eléctricos y se reclama por ellos, el procedimiento es: el perjudicado es indemnizado por su seguro, quien atendido el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro reclama a la compañía distribuidora. Utiliza como base probatoria un informe pericial, pero no de causa sino de daños, aunque en multitud de casos, resulta suficiente, a mi juicio por la tendencia judicial basada en la protección del más débil, pero sin una buena base dogmática.

La causa de estos daños, varía y con ella los responsables: a) Será responsable el fabricante, cuando el producto es defectuoso; b) También se averían los aparatos por haber llegado la vía útil a su término; c) Por alteraciones en la red eléctrica y aquí depende dependiendo de en la parte de la red que se produzca la alteración, serán responsables, la compañía distribuidora, la comunidad de propietarios, el dueño del piso o local en el que se producen los daños; d) También hay casos de exclusión de responsabilidad en los que la avería se debe a culpa exclusiva del perjudicado, o supuestos de fuerza mayor o caso fortuito.

La electricidad no es algo constante —cual barra compacta o tejido, o ladrillo—, antes bien, por esencia es móvil y es suministrada con diferencias de tensión entre los polos productores. Tan es así, que legalmente está previsto un desfase respecto de la tensión normal de más menos un siete por ciento. Los receptores de electricidad, nombre técnico de los aparatos eléctricos, deben y así lo exige la normativa, diseñarse y fabricarse para recibir el fluido eléctrico como es y contemplando estos posibles desfases, inherentes a este producto denominado electricidad.

La electricidad suministrada por la compañía distribuidora, y en las redes conocidas como baja tensión (usuarios comunes) utiliza cuatro cables, tres cables de fase que llevan tensión eléctrica y un cable denominado neutro sin tensión alguna. Para un adecuado suministro se une cada una de las fases con el neutro.

Siempre que, por cualquier causa, el cable neutro «se pierda» —rotura del cable, mal estado por envejecimiento o defecto de fabricación— se producen alteraciones del suministro que serán mayores o menores dependiendo de cómo se produzca la avería de dicho cable.

Desde que la electricidad se genera hasta que llega al consumidor, realiza un largo recorrido, en el cual, se transforma de alta o media tensión, en baja tensión y lo hace por canales o cableados que pertenecen a distintos sujetos. Por tanto, el responsable del daño causado por esta alteración dependerá del lugar en el que se produzca, y por qué se produce. En consecuencia no es responsable la compañía distribuidora en todos los casos, pues ella no es la propietaria de la red en todo su recorrido.

Lo que es evidente para cualquier especialista en electricidad, es que una vez producida esta alteración (fallo del neutro) en un circuito, afecta a todos los aparatos conectados, no en funcionamiento, a ese circuito concreto. Es técnicamente imposible que solo afecte a un aparato o a varios en un solo domicilio. Las instalaciones particulares se dividen también en circuitos, también de propiedad individual. Los daños en aparatos eléctricos son siempre por quemadura de sus fuentes de alimentación.

V. Los daños producidos por la actividad eléctrica están sometidos a un sistema jurídico distinto según se trate de daños producidos por la electricidad producto o por la electricidad servicio. Esta distinción fue incluida por la Directiva 1999/34/CEE al integrar entre los productos defectuosos a la electricidad. Nuestro sistema incluye esta distinción en el Real Decreto Legislativo 1/2007, en el que se establece un doble rasero probatorio, según se trate de productos defectuosos o servicios defectuosos. El régimen de este último es de responsabilidad objetiva clara, mientras que el del producto defectuoso impone al consumidor, *ex* artículo 139, una mínima actividad probatoria consistente en acreditar el daño, la causa y el nexo que los vincula. En la prueba del producto defectuoso es especialmente destacable que el defecto está vinculado, no a la idea de falta de idoneidad, sino a la de falta de seguridad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ (2008). Responsabilidad de compañía eléctrica por interrupción del suministro valoración de la prueba pericial acreditativa de los daños. Comentario a la SAP Madrid, 15 de enero de 2008 *(JUR* 2008, 99662), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* 21, pp. 283-306.

DONADO VARA (2011). La responsabilidad civil por productos defectuosos, en *Derecho de daños: una perspectiva contemporánea*, coord. por Fátima Yáñez Vivero, María Belén Trigo García; Jorge Luis Collantes González (dir.), pp. 199-216.

EGIDO (2016). Derechos de los consumidores en la nueva ley del sector eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre. Análisis crítico de la nueva regulación, *RDUNED*, 18, 453 y sigs.

GONZÁLEZ POVEDA (2008). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2008.

GUTIÉRREZ SANTIAGO (2008). *Daños Causados por Productos Defectuosos*. Aranzadi, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ LIÉBANA (1998). *Responsabilidad Civil: daños causados productos defectuosos*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

LASARTE ÁLVAREZ (2015). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Dykinson, Madrid, 2015, 7.ª ed.

MORETÓN SANZ (2010). Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas, *RCDI*, 722, 2957 a 2977.

MUÑOZ BENAVENTE (2014). Responsabilidad civil del fabricante: análisis de casos limítrofes y aplicabilidad de la noción técnica de productos a otros agentes económicos, *RCDI*, 20, 2014, 1465-1489.

PARRA LUCÁN (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Coordinado por Fernando Reglero Campos, *La responsabilidad por productos defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales.* Aranzadi, Madrid, 2006.

— (2009). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes complementarias. Artículo 129: Ámbito de protección*. Aranzadi, Pamplona.

SOLÉ I FELIÚ (1997). *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*. Tirant lo Blanch, Valencia.

— (2015). Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU) la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 14, 78-108.

VÁZQUEZ BULLA (2014). La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, *RDUNED*, 14, 714 y sigs.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SSTS, de 21 de enero de 2016 (59)
- STS, de 4 de marzo de 2015
- STS, de 30 de abril de 2008
- STS, de 22 de julio de 2003
- STS, de 19 de abril de 2000
- STS, de 13 de julio de 1999
- STS, de 15 de diciembre de 1996
- STS, de 9 de marzo de 1995
- STS, de 15 de febrero de 1995
- STS, de 2 de marzo de 1994
- STS, de 15 de enero de 1991
- STS, de 7 de junio de 1991
- STS, de 16 de diciembre de 1988
- STS, de 20 de junio de 1983
- STS, de 27 de junio de 1983
- STS, de 25 de abril de 1983
- STS, de 18 de octubre de 1982
- STS, de 2 de febrero de 1976
- SAP de Barcelona, de 25 de enero de 2016
- SAP de Bilbao, de 29 de enero de 2016
- SAP de Bilbao, de 16 de octubre de 2015
- SAP de Lleida, de 15 de enero de 2016
- SAP de Lugo, de 7 de enero de 2016
- SAP de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2004

- SAP de Barcelona, de 19 de diciembre de 2003
- SAP de Córdoba, de 21 de marzo de 2003
- SAP de Córdoba, de 21 de febrero de 2003
- SAP de Córdoba, la de 21 de enero de 2003
- SAP de Cantabria, de 16 de octubre de 2002
- SAP de Salamanca, de 15 de marzo de 2000
- SAP de Albacete, de 9 de marzo de 2000

NOTAS

[1] Artículo 136: Concepto legal de producto. A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad. Reflejo en nuestro Sistema de la Directiva 1999/34/CEE, de modificación de la Directiva 85/374/CEE, introdujo una modificación de los artículos 2 y 15 de esta última, en el artículo 2.º, introdujo un nuevo párrafo: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «producto», cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por «producto» la electricidad. Sobre esta materia, vid, LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2015, 7.ª ed., en particular el capítulo 12; EGIDO, Derechos de los consumidores en la nueva ley del sector eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre. Análisis crítico de la nueva regulación, *RDUNED*, 18, 2016, 453 y sigs.; AGUILAR RUIZ, Responsabilidad de compañía eléctrica por interrupción del suministro valoración de la prueba pericial acreditativa de los daños. Comentario a la SAP Madrid 15 enero 2008 (*JUR* 2008, 99662), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* 21, 2008, pp. 283-306; SOLÉ I FELIÚ, Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU) la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 14, 2015, 78-108.

[2] Artículo 147 TRLCU: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y/o perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio», *vid.*, MUÑOZ BENAVENTE, Responsabilidad civil del fabricante: análisis de casos limítrofes y aplicabilidad de la noción técnica de productos a otros agentes económicos, *RCDI*, 20, 2014, 1465-1489. Sobre productos defectuosos, *vid.*, VÁZQUEZ BULLA, «La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial», *RDUNED*, 14, 2014, 714 y sigs.; DONADO VARA, La responsabilidad civil por productos defectuosos, *Derecho de daños: una perspectiva contemporánea*/coord., por Fátima Yáñez Vivero, María Belén Trigo García; Jorge Luis Collantes González (dir.), 2011, 199-216.

[3] Artículo 139 TRLCU: «El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos».

[4] Resuelve la SAP de Bilbao, de 29 de enero de 2016 «debe rechazarse enérgicamente la pretensión de la demandada recurrente de trasladar la responsabilidad del siniestro a la actora por no disponer de un grupo autógeno alternativo, para paliar las consecuencias de la interrupción del suministro eléctrico, cuando es la demandada la obligada contractualmente a garantizar el suministro, salvo supuesto de fuerza mayor o intervención causal de un tercero ajeno, remitiéndonos a estos efectos a las consideraciones establecidas al efecto en la resolución recurrida, que se aceptan íntegramente y que no van a ser objeto de repetición en esta resolución».

[5] Artículo 148 TRLCU: «1. Se responderá de los daños y perjuicios causados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. 2.

En todo caso, se considerarán sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de reparación y rehabilitación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a los medios de transporte. 3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros».

[6] La SAP de Murcia, de 13 de septiembre de 2002, declara correctamente aplicada la Ley 26/84, probado que existió un defecto en la instalación que provocó la fuga de gas y la explosión; «si el producto es el gas no resultarían en efecto aplicables los artículos 25 a 28 de la LGDCU de 1984, por la disposición final 1.ª de la Ley 22/94. A este respecto nadie ha afirmado que el gas tuviera algún defecto, el defecto estaba en la instalación».

[7] *Vid.*, las SSTS, de 21 de enero de 2016, que de conformidad a lo expresado por el Poder judicial, las hasta cinco resoluciones: rechaza indemnizar a las empresas fotovoltaicas por la reducción retributiva de 2010. El Tribunal Supremo ha rechazado indemnizar por daños y perjuicios a las empresas fotovoltaicas por la modificación de las retribuciones a esas instalaciones introducida en el año 2010. La Sala III del Alto Tribunal establece que la existencia de un daño indemnizable debe contemplarse en relación con la totalidad de la vida útil de las instalaciones (fijada en treinta años), y la prueba pericial practicada en las actuaciones ha puesto de manifiesto que la disminución de ingresos derivada de la limitación de la retribución ha sido compensada mediante disposiciones posteriores, lo que permite afirmar que la actividad de producción de electricidad a través de este régimen especial ofrece una rentabilidad razonable (en el entorno del 8 por ciento anual), que excluye que el daño sea real y antijurídico. La Sala ordenó una prueba pericial, que realizaron un ingeniero industrial especialista en electricidad y un economista, a efectos de determinar la rentabilidad de las instalaciones, y que concluyó que en la práctica totalidad de las instalaciones, su rendimiento se sitúa en el entorno del 8 por ciento anual durante los treinta años contemplado, y que, aunque a corto plazo (en los años 2011, 2012 y 2013), se aprecia efectivamente una merma de ingresos, ninguna de las instalaciones tiene un descenso apreciable de su rentabilidad si se contempla en la totalidad de los 30 años del periodo. Los peritos añadieron que dichas mermas han sido compensadas por el régimen normativo derivado del Real Decreto 413/2014, de 16 de julio, y normas concordantes, que han ampliado a 30 años una garantía que asegura, al contemplar los gastos financieros, la rentabilidad en cuantía efectivamente razonable.

[8] Téngase en cuenta la propia naturaleza del contrato, como subraya la SAP de Lleida, de 15 de enero de 2016: «No hay que olvidar además que hay que partir del principio general según el cual las Compañías Eléctricas están obligadas a asegurar el suministro continuado de energía eléctrica, por así haberse comprometido en el contrato suscrito con el consumidor, en el bien entendido que de una interrupción del mismo, ha de quedar constancia justificada por causas de fuerza mayor y no ser imputable a culpa o negligencia de la suministradora. Es decir, que acreditado el hecho de la interrupción del suministro, el daño y el nexo causal entre uno y otro, la responsabilidad de las Compañías suministradoras de electricidad habrá de predicarse siempre y cuando las mismas no prueben que el hecho no les es imputable. Ello no significa olvidar el principio de responsabilidad por culpa que impera en nuestro derecho, ni el de la carga de la prueba a que se refiere el artículo 217 de la LEC, sino simplemente hacer cumplir a la compañía la obligación contractualmente asumida por la misma, de facilitar el suministro continuado de energía eléctrica, por lo que acreditado este incumplimiento, será de su cargo probar que ello fue debido a circunstancias imprevisibles o inevitables, encuadrables dentro de los supuestos de fuerza mayor, a que se refiere el artículo 1105 del Código Civil. Por otro lado hay que tener en cuenta también que el contrato de suministro eléctrico es un contrato atípico, de adhesión, con un clausurado general predeterminado por una normativa de tipo reglamentario que abarca las prestaciones del suministrador e incluso las tarifas que ha de satisfacer el perceptor. La obligación principal de la compañía suministradora es una obligación continua en la medida que ha de proporcionar un suministro de electricidad de forma ininterrumpida y con la cualidad adecuada. Ello le supone la asunción de un deber especial de actuación diligente para garantizar dicha continuidad sobre todo en funciones de control e inspección de las

instalaciones y de su correcto funcionamiento para no causar ningún perjuicio al usuario que espera y confía en dicha continuidad. Además en relación con este último extremo, mecanismos de protección y seguridad, aunque dichos mecanismos no estuvieran instalados, hay que tener presente la doctrina emanada de este Tribunal y en concreto las sentencias 350/00 de 18 de julio, 226 de 2002, de 23 de abril o 292/02 de 28 de mayo».

[9] *Vid.*, sobre la denegación de acceso a la red, la STS, de 4 de marzo de 2015, donde conviene tener en cuento lo siguiente: «ha de partirse, como hecho probado declarado en la sentencia de la Audiencia Provincial, de que la única solución técnica posible para que Hidrocantábrico Distribución pudiera suministrar electricidad a sus clientes ante la negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes, era la que adoptó, esto es, la generación de electricidad mediante grupos electrógenos. 2. El motivo del recurso no distingue con la suficiente precisión lo que es la imputación del daño a la propia conducta antijurídica, por irrazonable e injustificada, de quien lo sufre, del incumplimiento del deber de evitar o mitigar el daño. No obstante, dada la dificultad de delimitar con precisión estas cuestiones, tanto entre sí como respecto de otras tales como la concurrencia de culpas, que tienen en común su función excluyente o limitadora de la indemnización, y la variedad de argumentos que emplean las recurrentes, habrán de abordarse conjuntamente. 3. En primer lugar, las recurrentes imputan a Hidrocantábrico haber provocado el daño al contratar el suministro de electricidad a determinados clientes de la Comunidad Valenciana y obligarse a tal suministro, con previsión de importantes penalizaciones si no cumplieran esta obligación, cuando, afirman, esta aventura empresarial era irracional y no podía reportarle beneficios. Estos argumentos no pueden aceptarse. Las demandadas, en su recurso, pretenden simple y llanamente sustituir los juicios de valor realizados por la Audiencia Provincial sobre la racionalidad de la conducta de la demandante por los suyos propios. Porque lo sucedido no es que la sentencia no haya valorado la conducta de la demandante para determinar si el daño consistente en el sobrecoste en la producción de energía eléctrica es imputable a la conducta antijurídica de las demandadas o a la propia negligencia o temeridad de la demandante, sino que las demandadas no comparten la valoración hecha por la Audiencia Provincial, y la consideran infractora de los preceptos legales invocados por la sencilla razón de que no coincide con sus posiciones, que además parten en todo momento de la licitud de su actuación (que ha sido negada por los órganos administrativos competentes y por la jurisdicción contencioso-administrativa ante la que se impugnaron las resoluciones administrativas) y de la temeridad de la demandante por intentar introducirse en un mercado ajeno al que venía siendo el suyo. Con tal conducta la demandante se limitó a hacer uso de las posibilidades de actuación que le ofrecía la nueva regulación del sector eléctrico. No puede considerarse irracional o antijurídica una conducta de esta naturaleza. La invocación a la *praxis* del sector para considerar temeraria la conducta de la demandante al pretender introducirse en un territorio en el que no estaba presente con anterioridad, asegurando a sus nuevos clientes el suministro con inclusión de cláusulas penales para el caso de que incumpliera tal obligación, no es aceptable, porque justamente los cambios en la normativa del sector pretendían modificar la *praxis* seguida hasta ese momento y que suponía una compartimentación territorial del mercado de la energía eléctrica mediante una serie de monopolios «naturales» que excluían la interconexión a los competidores, introduciendo elementos de liberalización y competencia en el sector eléctrico. 4. Hidrocantábrico Distribución tenía derecho a introducirse en el mercado de la distribución de la energía eléctrica en la Comunidad Valenciana y a que Iberdrola le permitiera acceder a sus redes de distribución de electricidad para suministrar a sus clientes. Que tal actividad fuera a reportarle unos beneficios mayores o menores era cuestión a decidir exclusivamente por dicha empresa y no puede ser objeto de escrutinio judicial, como afirma la Audiencia Provincial. Es más, si se hubiera reclamado indemnización por las pérdidas sufridas por Hidrocantábrico como consecuencia de su aventura empresarial, podría traerse a colación el argumento de la mayor o menor racionalidad económica de su conducta. Pero cuando lo que se reclama es exclusivamente el aumento de coste en el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con sus clientes que supuso la ilícita negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes de distribución eléctrica, la cuestión de si la decisión empresarial de introducirse en la Comunidad Valenciana fue o no acertada se revela indiferente, y nada tiene que ver

con la obligación de actuar de buena fe, pues el mayor o menor acierto de tal decisión empresarial de Hidrocantábrico no supone un incremento injustificado de la magnitud del quebranto patrimonial causado por la conducta antijurídica de Iberdrola. La única causa de este incremento fue la negativa de Iberdrola a permitirle el acceso a sus redes, no amparada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, la perjudicada podía esperar razonablemente que las demandadas abandonaran en un breve plazo su negativa a permitirle el acceso a su red eléctrica, tanto más cuando la Comisión Nacional de la Energía había dado la razón a la demandante, por lo que estaba justificado acudir a esta solución de carácter provisional. Como consecuencia de lo expuesto, la causa del daño consistente en el sobrecoste que supuso el uso de grupos electrógenos para el suministro de energía a los clientes de Hidrocantábrico no fue la decisión de esta de introducirse en el mercado eléctrico de la Comunidad Valenciana y dar garantías plenas de que pese a su novedosa presencia en tal mercado, cumpliría el suministro comprometido, pues tal conducta estaba plenamente amparada por el ordenamiento jurídico. La causa de este daño fue la ilícita negativa de Iberdrola a permitir a Hidrocantábrico acceder a sus redes de distribución eléctrica para suministrar electricidad a esos clientes. 5. En lo que respecta al incumplimiento que se imputa a Hidrocantábrico del deber de mitigar el daño, que según afirma el recurso, la Audiencia no habría reconocido indebidamente, en la sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre, afirmamos que quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, de modo que puede considerarse que se rompe la relación de causalidad entre la actuación ilícita del tercero y el daño sufrido por el perjudicado. En tal caso, el daño pasa a considerarse consecuencia de su propia negligencia y no de la actuación ilícita del tercero, en todo o en parte, caso este último en el que puede considerarse que existe una concurrencia de culpas que determina la limitación de la indemnización a cargo del demandado».

[10] Artículo 39.1.º Ley del Sector Eléctrico, Ley 24/2013: La puesta en funcionamiento, modificación, transmisión y cierre definitivo de las instalaciones de distribución de energía eléctrica estará sometida, con carácter previo, al régimen de autorizaciones establecido en el artículo 53 y en sus disposiciones de desarrollo. El artículo 41 recoge los derechos y obligaciones de las compañías distribuidoras, …a) Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen reglamentariamente por el Gobierno, previa audiencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, manteniendo las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica. b) Ser responsables de la construcción, operación, el mantenimiento y, en caso necesario, el desarrollo de su red de distribución, así como, en su caso, de sus interconexiones con otras redes, y de garantizar que su red tenga capacidad para asumir, a largo plazo, una demanda razonable de distribución de electricidad de acuerdo a los criterios establecidos por la Administración… y se configura como derecho de la distribuidoras en el apartado 3.º b) el de exigir que las instalaciones y aparatos receptores de los usuarios que se conecten a sus redes reúnanlas condiciones técnicas y de construcción que se determinen, así como el buen uso de las mismas y el cumplimiento de las condiciones establecidas para que el suministro se produzca sin deterioro o degradación de su calidad para otros usuarios.

[11] Artículo 20 Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto: Los titulares de las instalaciones deberán mantener en buen estado de funcionamiento sus instalaciones, utilizándolas de acuerdo con sus características y absteniéndose de intervenir en las mismas para modificarlas. Si son necesarias modificaciones, estas deberán ser efectuadas por un instalador autorizado. La Instrucción Técnica ITC-BT-12, que regula las denominadas instalaciones de enlace, en su apartado 1.1., párrafo 3, dice que las instalaciones de enlace son propiedad de usuario que se responsabilizará de su conservación y mantenimiento. De igual modo el artículo 21 del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, establece la obligación de los usuarios de someter a inspección de un organismo de control, conforme a la ITC-BT 05, en la que se regula la obligación de los usuarios de someter sus instalaciones de revisión con carácter quinquenal.

[12] En este sentido, *vid.*, SSTS de 20 y 27 de junio de 1983, de 25 de abril de 1983, de 15 de enero y 7 de junio de 1991, de 2 de marzo de 1994, de 15 de febrero y 9 de marzo de 1995. Esta concurrencia de culpas es apreciable de oficio, según puso de manifiesto la STS, de 18 de octubre de 1982.

[13] La STS, de 13 de julio de 1999 dispone «asimismo, la doctrina jurisprudencial se inclina por la tesis de que no resulta suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, y, en esta línea la sentencia de 24 de abril de 1987, sintetiza la posición referida y declara que si bien el artículo 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no solo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir —SSTS de 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 4 y 31 de enero de 1982—, no siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia —Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1981, 6 de mayo y 3 de diciembre de 1983—».

[14] El artículo 139 TRLCU, reza «El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos». Este precepto establece el objeto de la prueba que corresponde al perjudicado, y pretende dar solución a las cuestiones probatorias que en el ámbito de la responsabilidad objetiva se plantean, estableciendo un reparto equitativo entre el fabricante y la víctima.

[15] *Vid.,* SOLÉ I FELIÚ: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, señala que «el legislador comunitario y el español han decidido someter al fabricante de productos defectuosos causantes de daños a un régimen de responsabilidad objetiva, reconocido en el Considerando 2.º de la Directiva y confirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 22/94: «siguiendo la Directiva la Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva…». El análisis de la prueba del daño en JIMÉNEZ LIÉBANA: *op. cit.*; GUTIERREZ SANTIAGO: PARRA LUCÁN: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes complementarias. Artículo 129: Ámbito de protección*. Aranzadi, Pamplona 2009.

[16] *Daños Causados por Productos Defectuosos*. Aranzadi, Madrid, 2008.

[17] *Vid.*, SOLE I FELIÚ, Ibídem.

[18] Ibídem.

[19] *Vid.*, *Responsabilidad Civil: daños causados productos defectuosos*. Mc Graw Hill, Madrid 1998.

[20] En este punto, y sobre la valoración de la prueba, declara la SAP de Lleida, de 29 de marzo de 2016: «por tanto, en contra de lo que se afirma en el recurso no es cierto que se están invirtiendo las normas sobre carga de la prueba en perjuicio de la demandada, y tampoco puede decirse que no se ha acreditado la alteración en el suministro eléctrico. Lo que sucede es que el juzgador de instancia ha analizado conjuntamente las pruebas practicadas, ponderando lo informando tanto por los peritos como por los testigos (art. 348 y 376 de la LEC) considerando que sí ha quedado acreditada la existencia de alteraciones en el suministro, y que una sobretensión en el suministro puede ir acompañada de una sobre intensidad que provoque que se quemen los fusibles mientras que, por el contrario, no hay prueba alguna de ninguna incidencia en el interior de la instalación.

[21] Declara, así la SAP de Barcelona, de 25 de enero de 2016, «la demandada, Lampistería Martí Jaume S.L. fue contratada por Can Fabregó para la realización de la instalación eléctrica de la granja así como para la instauración de un sistema de seguridad basado en una polea y un electroimán en cada una de las ventanas, que funcionase en el caso de que se produjera un corte de suministro eléctrico. En estos casos, el electroimán se desconectaría y las ventanas se deberían abrir por su propio peso (gravedad), evitando la asfixia de los animales». Y sigue a la Audiencia Provincial de Salamanca (1) de 6 de noviembre de 2009, en un caso parecido al de autos, en el que se produjo la muerte de cerdos ibéricos por asfixia

a consecuencia de un fallo eléctrico que dejó sin agua y ventilación la explotación porcina en la que se hallaban los animales, dijo lo siguiente acerca de los daños consecuenciales o indirectos: «…SEGUNDO.- Como hechos relevantes acreditados, el origen de la *litis* está en la tormenta eléctrica con numerosos rayos que provocó que se fundieran dos fusibles de alta tensión de la explotación porcina de la actora, quedando esta sin energía eléctrica y, por tanto, sin agua ni ventilación. A consecuencia de ello, murieron 86 cerdos ibéricos por asfixia, y 85 lechones por hipotermia al no funcionar las emisoras de calor. El importe de los daños, consistente en el valor de los animales perecidos y el coste de la asistencia veterinaria y medicamentos, es reclamado a la aseguradora de la explotación porcina. Hay conformidad en que en el seguro están cubiertos los daños por rayos, y en que el contenido de la explotación comprende y cubre el ganado porcino hasta unos límites. Sin embargo, la aseguradora apelante se opone a la indemnización de tales daños acudiendo a la cláusula 15.b) de las condiciones generales: "Quedan en todo caso, excluidos de la cobertura de daños materiales: b) pérdidas indirectas de cualquier clase y los daños consecuenciales, aunque se deriven de un daño cubierto por la póliza". Alega que el seguro contratado cubre los daños directos causados por la caída de un rayo, no las pérdidas indirectas ni daños consecuenciales que el rayo origine: los sufridos por el actor son daños indirectos pues los animales no murieron al caerles un rayo encima, sino que fallecieron por asfixia e hipotermia consecuencia de la falta de suministro que originó la tormenta; mientras que hay otra modalidad de seguro de explotaciones porcinas que expresamente cubre los daños causados al ganado por asfixia y golpe de calor, que no fue contratada. Se alega que la propia juzgadora a quo entra en contradicción reconociendo que los daños se han producido "como consecuencia" de la caída del rayo para acabar diciendo que no existe una concausa».

[22] En relación con la prueba del defecto la SAP de Córdoba, de 21 de febrero de 2003 y la SAP de Cantabria, de 16 de octubre de 2002. La SAP Córdoba de 21 de febrero de 2003, se refiere a la obligación del perjudicado de probar la relación de causalidad. La SAP de Huesca, de 18 de abril de 2000 desestima la demanda por no resultar probada la relación de causalidad entre el daño y el producto defectuoso. La STS, de 19 de abril de 2000 también desestima el recurso de casación por falta de prueba de la relación de causalidad.

[23] Artículo 143 TRLCU: «1. La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización. 2. La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código Civil». Artículo 10 Directiva 85/374/CEE: «Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento de daño, del defecto y de la identidad del productor. 2. Las disposiciones de los Estados miembros que regulen la suspensión o la interrupción de la prescripción no se verán afectadas por la presente Directiva».

[24] La STS, de 22 de julio de 2003, señala que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo del *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de esta, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse atendidas estas; tratándose de reclamación por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto producido.

[25] En cuanto a la determinación del plazo de prescripción, lo cierto es que la SAP de Lugo, de 7 de enero de 2016, declara: «Hemos de empezar diciendo que no hay plazo alguno de prescripción en la legislación del sector eléctrico. En este punto hay que acudir al Código Civil y señalar la existencia de diversas posturas sobre el periodo prescriptivo a estos efectos, pudiendo aplicar el plazo de tres años, si calificamos el suministro eléctrico de contrato de compraventa o de servicios profesionales prestados de forma directa (art. 1967.4 del Código Civil), el plazo de cinco años, si lo calificamos de contrato cuyo pago se hace por años o en plazos más breves (art. 1966 del Código Civil) o el plazo general de quince años establecido para el cumplimiento de las obligaciones personales que no tengan señalado

término especial de prescripción (art. 1964 del Código Civil). Cualquiera que sea el caso, la acción ejercitada por Endesa no está prescrita. Ahora bien, el artículo 96 del Real Decreto 1955/2000, establece con claridad que si existe un error en la facturación, debido tanto a un funcionamiento incorrecto de los equipos como a un error de tipo administrativo, la cantidad reclamada podrá ser prorrateada en tantas facturas mensuales como meses transcurrieron en el error, sin que pueda exceder el aplazamiento ni el periodo a rectificar de un año. Este artículo reconoce un derecho al distribuidor de la energía para el cobro de cantidades que no fueron satisfechas a consecuencia de un error, técnico o administrativo, sin que pueda exceder del periodo de un año, plazo que es independiente del de prescripción, esto es, de un lado tenemos el plazo del que disponen las partes para pretender la satisfacción de su derecho, plazo de prescripción, y de otro el plazo al que puede extenderse la facturación retrasada o rectificación de las facturas que es al que hace referencia el artículo 96. En el caso que nos ocupa, Endesa, empresa de sector eléctrico a quien resulta de aplicación la mencionada normativa administrativa, reclama en junio de 2012 el precio de un suministro referido al periodo de facturación que va de 1 a 31 de enero de 2010, periodo que excede del plazo de un año fijado en el artículo 96 de Real Decreto 1955/2000, razón por la que esta Sala considera que la sentencia de instancia debe ser revocada y estimado el recurso de apelación interpuesto por CANTERAS ISIDRO, de manera que la entidad demandada no tiene obligación de abonar cantidad alguna a la compañía eléctrica».

[26] Artículo 144 TRLCU: «Los derechos reconocidos al perjudicado en esta Ley se extinguirán transcurridos diez años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante este periodo, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial».

[27] GONZALEZ POVEDA: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2008.

1.7. Concursal

El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias tras la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad[1]

The Code of Good Practice for the viable restructuring of mortgage debts following Law 25/2015 on the second-chance mechanism

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ha sido objeto de reforma. Primero por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y después por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. El presente artículo analiza las reformas introducidas por dichas normas en el Real Decreto-ley 6/2012, tanto en lo referente a su ámbito de aplicación, como en lo referente a las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria (aplicación del Código de Buenas Prácticas y moderación de los intereses moratorios). Se tiene en cuenta, en relación con esta última cuestión, los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el criterio objetivo para determinar la abusividad del interés moratorio, así como sobre las consecuencias de tal abusividad, en cuanto ello puede incidir a la hora de aplicar la medida de moderación de los intereses moratorios al deudor situado en el umbral de exclusión social. La autora tiene presente, igualmente, recientes pronunciamientos de la jurisprudencia menor relativos a la aplicación de este Real Decreto-ley.

ABSTRACT: Royal Decree-law 6/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of insolvent mortgagors, has been reformed. First, by Law 1/2013 of 14 May on measures to strengthen the protection of mortgagors, the restructuring of debt, and social housing, and then by Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism, the reduction of the financial burden, and other measures of a social nature, resulting from Royal Decree-law 1/2015 of 27 February. This article examines the reforms introduced into Royal Decree-law 6/2012 by these provisions, both with regard to its scope of application and the measures for the restructuring of mortgage debt (application of the Code of Good Practice and moderation of default interest). In relation to this last matter, consideration is given to the recent

pronouncements of the Supreme Court on the objective principle for determining whether or not default interest is unfair, as well as on the consequences of any such unfairness, in so far as this may affect the application of the measure for the moderation of default interest imposed on mortgagors who are on the threshold of social exclusion. The author also considers recent pronouncements in the caselaw of lower courts concerning the application of this Royal Decree-law.

PALABRAS CLAVE: Código de Buenas Prácticas. Reeestructuración de la deuda hipotecaria. Dación en pago. Interés moratorio.

KEY WORDS: Code of good practice. Restructuring of mortgage debt. Surrender of collateral as settlement of debt. Default interest.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO Y DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS: 1. Reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *A) Régimen transitorio. B) Modificaciones en el ámbito de aplicación. C) Modificaciones en las medidas de reestructuración viable de la deuda hipotecaria.* a) Moderación de intereses moratorios. b) Código de Buenas Prácticas. 2. Reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. *A) La inicial reforma del Real Decreto-ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. B) Mantenimiento de la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad.*—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, incorpora en su Título I, bajo la rúbrica «*Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera*», una reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (relativa, en esencia, a la figura preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos y al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad o *fresh start*[2]); una reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (norma que introdujo en el Derecho español el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria); y una reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, concretamente, de su artículo 1 (el cual había regulado, junto con el artículo 2, la suspensión de los lanzamientos, derogando tácitamente la inicial norma reguladora de esta cuestión, esto es, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios).

II. LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO Y DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

1. Reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

A) Régimen Transitorio

El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual fue introducido en el Derecho español, como hemos indicado, por el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Dicho Real Decreto-ley 6/2012, así como su Anexo, fue modificado por el Capítulo IV (art. 8), de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, tanto en lo referente al *ámbito de aplicación* como en lo relativo a las características de las *medidas que podían ser adoptadas en su marco.*

De acuerdo con la Disp. Transitoria 7.ª de la Ley 1/2013, «los procedimientos de aplicación del Código de Buenas Prácticas iniciados y *no finalizados* antes de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, incorporando las adaptaciones necesarias para ajustarse a los cambios que introduce esta Ley *en el Código*, *a partir de que la entidad comunique su adhesión*». Esto es, quedaba a la libertad de la entidad crediticia aplicar el antiguo Código de Buenas Prácticas o el nuevo regulado por la Ley 1/2013, *manifestando o no su adhesión formal al nuevo Código de Buenas Prácticas, que tenía así dos versiones legales (la originaria del Real Decreto-ley 6/2012, y la introducida por Ley 1/2013).*

En todo lo demás, el Capítulo IV de la Ley 1/2013, que reformaba los artículos 2 (ámbito de aplicación), 3 (definición del umbral de exclusión), 4 (moderación de los intereses moratorios), 5 (sujeción al Código de Buenas Prácticas), 6 (seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas) y 13 (preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos) del Real Decreto-ley 6/2012, e introducía un nuevo artículo 3 bis (fiadores e hipotecantes no deudores), parecía que no tendría efectos retroactivos, aplicándose solo a partir del 15 de mayo de 2013 (fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013) las modificaciones introducidas en dichos preceptos[3], por lo que en cuanto *a solicitudes de reestructuración de la deuda hipotecaria formuladas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013*, *se regirían en todo por lo dispuesto en la redacción originaria del Real Decreto-ley 6/2012, salvo que la entidad crediticia manifestara su adhesión al nuevo Código de Buenas Prácticas, caso en el que el Código aplicable sería el formulado por la Ley 1/2013*[4, 5].

B) Modificaciones en el ámbito de aplicación

La Ley 1/2013 introdujo mejoras en el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto-ley 6/2012, al incluir expresamente en el mismo a los fiadores e hipotecantes no deudores[6]; al eliminar el requisito del desempleo de todos los miembros de la unidad familiar, para considerar al deudor situado en el umbral de exclusión social[7] y al disminuir el porcentaje de ingresos que debía absorber la cuota hipotecaria para estar incluido en dicho umbral[8].

La Ley 1/2013 introducía en el Real Decreto-ley 6/2012 un umbral de exclusión amplio, que debía concurrir para poder acceder a la medida de reestructuración viable de la deuda hipotecaria, y un umbral de exclusión más estricto, para poder acceder a las medidas complementarias (quita) o a la dación en pago. La reestructuración viable se configuraba así como una posibilidad generalizada de novación objetiva de la obligación, siempre que la entidad financiera hubiera suscrito el Código de Buenas Prácticas, para familias con ingresos no superiores a tres veces el IPREM, cuya cuota hipotecaria sea superior al 50 por cien de sus ingresos netos, y que en los cuatro años anteriores a la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas, hubieran visto multiplicado su esfuerzo hipotecario por 1,5. Esta configuración ampliaba notablemente el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, y por ende, del Real Decreto-ley 6/2012[9].

Otra importante mejora relativa al ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto-ley 6/2012 consistió en la elevación de los precios de adquisición de las viviendas a efectos de la consideración de tal precio para la aplicación de la reestructuración viable de la deuda hipotecaria y la medida complementaria de quita.

En efecto, de acuerdo con la redacción originaria del Real Decreto-ley 6/2012 (art. 5.2), «la aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal».

Estos valores eran tenidos en cuenta tanto para la aplicación de la reestructuración viable, como de la medida de quita o de dación en pago. Estos valores son conservados por la Ley 1/2013 para el acceso a la medida de dación en pago, *pero para el acceso a la medida de reestructuración viable de la deuda hipotecaria y la medida complementaria de quita, los valores de adquisición se amplían (y por ende, el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012)*. Así el artículo 5.2 Real Decreto-ley pasó a señalar:

«La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;
d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. Asimismo se entenderán por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional[10].

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código [dación en pago] las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;
b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;
c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;
d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

C) Modificaciones en las medidas de reestructuración viable de la deuda hipotecaria

a) Moderación de intereses moratorios

De acuerdo con la redacción originaria del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, esta norma contemplaba dos medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria: la moderación de los intereses moratorios y la aplicación del Código de Buenas Prácticas. En cuanto a la primera medida, poniendo en relación el artículo 1108 del Código Civil con el artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012, resultaba que en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria *en los que el deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acreditase ante la entidad que se encontraba en dicha circunstancia, sería como máximo (hubiese pacto al respecto, o se aplicase, en su defecto, el interés legal del dinero fijado cada año en la Ley de Presupuestos del Estado), el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo (o sea, un 2,5 por 100)*. Para la aplicación de esta medida, en nuestra opinión, no era preciso que la entidad hubiese suscrito el Código de Buenas Prácticas, pues el artículo 4 del Real Decreto-ley no se refería a tal exigencia. Tampoco parecía que fuese preciso que el deudor cumpliese los requisitos del artículo 5.2 Real Decreto-ley relativos a los precios máximos de adquisición de la vivienda familiar. En todo caso, no era de aplicación dicha moderación del interés moratorio a deudores o contratos diversos de los contemplados en el Real Decreto-ley, quedando por tanto excluidos los deudores que no cumplían los requisitos del artículo 3 (umbral de exclusión), los contratos que se celebrasen

a partir del 12 de marzo de 2012, así como los contratos consumados por cumplimiento voluntario o ejecución forzosa a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, pues ya no se encontraban vigentes (arts. 2, 3 y 4 Real Decreto-ley en su redacción originaria). *La medida era aplicable, en todo caso, cualquiera que fuese el momento o trámite de la ejecución, retroactivamente, desde la fecha en que comenzó a devengarse el interés de demora con arreglo al artículo 1100 del Código Civil, con una retroactividad de grado medio (intereses de demora devengados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley y cuyo pago se exige después (art. 1.4, 2.3 y 4.3 y Disposiciones Transitorias del Código Civil).* Esta medida, pues, tenía un ámbito de aplicación mayor que el Código de Buenas Prácticas.

Tras la Ley 1/2013, el artículo 4 del Real Decreto-ley ha pasado a tener diversa redacción[11]. De acuerdo con ella, la medida de moderación del interés moratorio se configura ahora como una medida *complementaria de la aplicación de dicho Código, y no autónoma, debiendo haber sido suscrito el mencionado Código por la entidad financiera y debiendo cumplir el deudor con los requisitos del artículo 5.2.1.º y 2.º del Real Decreto-ley (en cuanto al precio de adquisición de la vivienda).* Si bien entiendo que es posible que la reestructuración de la deuda hipotecaria no resulte viable, el deudor no pueda solicitar la quita o la dación en pago por no reunir los requisitos del artículo 3.2, y tener derecho a la moderación del interés moratorio por encontrarse situado en el umbral de exclusión del artículo 3.1, tanto en la ejecución hipotecaria como en la ejecución ordinaria posterior (pues lo dispuesto en el artículo 579.2 de la LEC ha de entenderse matizado, en el supuesto de aplicarse la medida del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012; por lo que la referencia al interés legal del dinero deberá entenderse hecha a un interés de un 2 por 100, siempre que este resulte inferior a aquel). Por otro lado, también es posible que el deudor tenga derecho exclusivamente a una quita aislada (apartado 2.c) del Anexo), según lo que explicamos después, sumándose a esta medida de reducción de carga financiera, la medida de moderación del interés moratorio[12].

Por lo tanto, en las ejecuciones iniciadas desde el 11 de marzo de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012), hasta el 14 de mayo de 2013 (fecha inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013), *resulta aplicable la antigua redacción del artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012, tal y como lo hemos explicado antes*. Para las ejecuciones iniciadas a partir del 15 de mayo de 2013, *resulta de aplicación la nueva redacción del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012*. En todo caso, teniendo presente el espíritu de la Disp. Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, la moderación del interés moratorio a un 2 por 100 debería aplicarse también a las solicitudes formuladas antes del 15 de mayo de 2013, siempre que los intereses devengados antes de esa fecha no hubieran sido aún abonados. Lo dicho, siempre que en el procedimiento de ejecución hipotecaria no hubiera sido declarada la nulidad de la cláusula de interés moratorio por abusiva, pues en tal caso, procedería, en nuestra opinión, y sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, la eliminación de la misma *sin posibilidad alguna de integración.*

Ahora bien, conforme a la reciente jurisprudencia del TS, se considera abusiva la cláusula de interés moratorio que excede en dos puntos del interés remuneratorio pactado (arg. ex art. 576 LEC), siendo la consecuencia de tal nulidad, la eliminación del exceso sobre el interés remuneratorio (que constituiría el interés moratorio), y la aplicación del interés remuneratorio. Lógicamente, si como consecuencia de esta jurisprudencia, el interés remuneratorio a abonar fuese superior a un 2 por cien, procedería, en aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, su reducción a un 2 por cien. Por el contrario, si el interés remuneratorio a abonar fuese inferior a un 2 por cien, perdería

su sentido la medida de moderación del interés moratorio prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012. Ahora bien, si los intereses moratorios pactados en la escritura de préstamo hipotecario no fueran superiores en dos puntos al interés remuneratorio, esto es, no fueran abusivos según el criterio objetivo fijado por el TS, conservaría su sentido la norma del artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012[13, 14].

b) Código de Buenas Prácticas

En el plan de reestructuración resultante de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en el apartado 1.a) del Anexo del Real Decreto-ley (regulador del Código de Buenas Prácticas), la carencia en la amortización de capital, tras la Ley 1/2013, pasó de *cuatro años a cinco*. Además se introdujo la posibilidad de que el deudor pudiera presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que debería ser analizada por esta. En caso de rechazo, la entidad debería comunicar al deudor los motivos en que se fundamentase el mismo. Por plan de reestructuración inviable se pasa a entender desde la Ley 1/2013, aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual *superior al 50 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar,* frente al 60 por cien establecido en la redacción originaria del Código (Apartado 2.a) 2.º del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012)[15].

Aquellos deudores para los que el plan de reestructuración resultase inviable dada su situación económico-financiera podrían solicitar una *quita* en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en el apartado 2.b) del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, con la novedad desde la Ley 1/2013, de que deberían encontrarse *dentro del umbral de exclusión estricto regulado en el artículo 3.2.* A estos efectos, como hemos señalado, se entiende por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual *superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, frente al 60 por cien establecido en la redacción originaria del Código*[16].

La reestructuración de la deuda y/o la aceptación de quita, en su caso, provocan una novación objetiva de la obligación (arts. 1203.1.º y 1204 del Código Civil) y la terminación del proceso de ejecución en curso, en su caso.

En cuanto a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (dación en pago de la vivienda habitual), las novedades introducidas por la Ley 1/2013 consisten en que puede ser solicitada, caso de reunirse los requisitos indicados en el artículo 3.2 y artículo 5.2.3.º Real Decreto-ley 6/2012[17], tanto por el deudor principal como por el fiador (que ha visto ya embargada su vivienda familiar o que, aun no estando todavía embargada, es el único bien propiedad de la familia, no contándose con otros bienes suficientes para satisfacer la deuda garantizada ni siquiera parcialmente) como por el hipotecante no deudor. En tal caso, al producirse el pago de la deuda principal por el fiador o el hipotecante no deudor, mediante la dación en pago de su vivienda habitual, el fiador o el hipotecante no deudor se subrogan en la posición del acreedor por lo que la obligación antigua subsiste, con la garantía real accesoria, aunque novada modificativamente en sus elementos objetivos (cuantía), la cual se reduce al valor de la vivienda dada en pago en el momento de la dación[18].

Tanto el deudor principal, como el fiador, como el hipotecante no deudor, si así lo solicitan en el momento de pedir la dación en pago, podrán permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda dada en pago, en concepto de arrendatarios, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de

la deuda (aplicada la moderación de los intereses moratorios del artículo 4 del Real Decreto-ley) en el momento de la dación. Durante dicho plazo de dos años el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por 100[19].

2. Reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

A) La inicial reforma del Real Decreto-ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social

El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, entró en vigor el 29 de febrero de 2015. De acuerdo con su E de M (III.4), pretende mejorar el Código de Buenas Prácticas introducido por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. Dicha mejora pasaría por ampliar su ámbito subjetivo de aplicación. En este sentido, el Real Decreto-ley 1/2015 da nueva redacción al artículo 3.1 del Real Decreto-ley (umbral de exclusión amplio), de manera que se incrementaría el límite anual de renta de las familias beneficiarias, *el cual habrá de calcularse necesariamente con base en el IPREM anual de 14 mensualidades, cuestión que no estaba del todo clara en la anterior redacción de la norma (aunque podía interpretarse en el sentido que ahora señala la reforma). Así pues, siempre que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM anual de 14 pagas, el deudor hipotecario, fiador o hipotecante no deudor, se encontrará incluido en el umbral de exclusión amplio del Real Decreto-ley 6/2012*[20]. Por otro lado, a efectos de cumplir con el requisito fijado en el artículo 3.1.b) Real Decreto-ley (que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en término de acceso a la vivienda, *o hayan sobrevenido en dicho periodo circunstancias familiares de especial vulnerabilidad), se considera que se encuentra en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad «el deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número»*[21, 22].

El Real Decreto-ley 1/2015 da también nueva redacción al artículo 5.2 del Real Decreto-ley 6/2012, estableciendo un nuevo método de cálculo del valor máximo de adquisición de los inmuebles tanto para el acceso a la reestructuración viable y la quita (caso en que dicho valor se fija en 300.000 euros) como para el acceso a la dación en pago (caso en que dicho valor se fija en 250.000 euros)[23].

En cuanto a las reformas operadas en el Código de Buenas Prácticas, el Real Decreto-ley 1/2015 introduce un apartado iv en la letra b) del punto 1 del Anexo, previendo que para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria «en todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés [cláusula suelo] previstas en los contratos de préstamo hipotecario». Se configura así una tercera versión del Código de Buenas Prácticas.

A efectos de la adhesión al mismo, la Disp. Adicional 5.ª del Real Decreto-ley 1/2015 señala que «todas las entidades que a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley *se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual»* regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, *de conformidad con las redacciones vigentes en el momento de su adhesión, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en este Real Decreto-ley,* salvo

que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan *mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan*». En los diez días siguientes al transcurso del plazo de un mes, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de entidades adheridas en la sede electrónica de la Secretaria General del Tesoro y Política Financiera y en el *BOE*. Las posteriores comunicaciones [nuevas adhesiones de entidades, no adheridas a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2015] se publicarán trimestralmente en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *BOE* (art. 5.3 Real Decreto-ley 6/2012, en redacción dada por Real Decreto-ley 1/2015 y Disp. Adicional 5.ª.2 Real Decreto-ley 1/2015).

Dado que el Real Decreto-ley 1/2015 no prevé que esta modificación del Real Decreto-ley 6/2012 tenga efectos retroactivos, habrá que entender que el nuevo ámbito de aplicación subjetivo, así como el nuevo método de cálculo de los valores máximos de adquisición de las viviendas rigen para las solicitudes de aplicación del Código de Buenas Prácticas que se formulen a partir del 29 de febrero de 2015, fecha de entrada en vigor del mismo (Disp. Final 3.ª y Disp. Derogatoria única). La aplicación de una u otra de las versiones del Código, que hemos ido explicando, dependerá de lo previsto en la mencionada Disp. Adicional 5.ª del Real Decreto-ley 1/2015.

B) Mantenimiento de la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, que entró en vigor el 30 de julio de 2015 (Disp. Final 21.ª), confirma en el artículo 2 del Título I («Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera»), la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, *manteniendo idéntica la redacción de los artículos 3.1 y 5.2 y 3 del Real Decreto-ley 6/2012, así como el contenido del Código de Buenas Prácticas (apartado 1.b).iv del Anexo del Real Decreto-ley)*.

Su Disp. Adicional 4.ª prevé la creación de un *medidor de solvencia* (*vid*., también Disp. Adicional 4.ª Real Decreto-ley 1/2015) para que los interesados puedan determinar la situación de solvencia en la que se encuentran a los efectos de la aplicación de lo previsto en el Título I de la Ley[24].

III. CONCLUSIONES

I. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, ha tenido tres redacciones sucesivas: la originaria, la procedente de la reforma operada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y la procedente del Real Decreto-ley 1/2015 (confirmada por Ley 25/2015, de 28 de julio), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

II. Consecuencia de estas tres redacciones, se ha ido modificando el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley, así como el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que cuenta, pues, con tres versiones.

III. Las reformas han ido en la línea de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo del Real Decreto-ley, incorporando la Ley 1/2013 un umbral de exclusión amplio (art. 3.1 del Real Decreto-ley) y un umbral de exclusión estricto (art. 3.2 del Real Decreto-ley), en el que debe encontrarse el deudor para poder acceder a las medidas de quita y dación en pago. Igualmente, el ámbito de aplicación subjetivo se extiende desde la Ley 1/2013 a los fiadores e hipotecantes no deudores, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

IV. La Ley 25/2015, de 28 de julio, procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, mantiene la redacción dada por esta norma al artículo 3.1 del Real Decreto-ley 6/2012, según la cual, para estar incluido en el umbral de exclusión amplio, el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no pueden exceder del límite de tres veces el IPREM anual *de catorce pagas*, cuestión que no estaba clara en la redacción dada por Ley 1/2013. Igualmente, considera, como hiciera el Real Decreto-ley 1/2015, que es supuesto de especial vulnerabilidad el que el deudor hipotecario sea mayor de 60 años. E introduce, confirmando lo previsto por el Real Decreto-ley 1/2015, una nueva fórmula de cálculo del límite del precio de adquisición de los bienes inmuebles, a efectos de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Fijándose un límite absoluto de 300.000 euros para el acceso a la reestructuración viable de la deuda hipotecaria y/o quita, así como de 250.000 euros para el acceso a la dación en pago.

V. La última versión del Código de Buenas Prácticas, incorpora como medida adicional para la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, la inaplicación con carácter indefinido de la cláusula suelo prevista en el contrato de préstamo hipotecario.

VI. Finalmente, en relación con la medida de moderación de los intereses moratorios prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, al que dio nueva redacción la Ley 1/2013, exigiendo para su aplicación que la entidad financiera hubiera suscrito el Código de Buenas Prácticas, y que el deudor solicitara la aplicación de este, hay que tener presente los recientes pronunciamientos del TS sobre la abusividad de la cláusula de intereses moratorios y las consecuencias de su apreciación. *Conforme a los mismos, se considera abusiva la cláusula de interés moratorio que exceda en dos puntos del interés remuneratorio pactado, siendo la consecuencia de tal nulidad, la eliminación del exceso sobre el interés remuneratorio y la aplicación de este. Lógicamente, si como consecuencia de esta jurisprudencia, el interés remuneratorio a abonar fuese superior a un 2 por cien, procedería, en aplicación del artículo 4 y concordantes del Real Decreto-ley 6/2012, su reducción a un 2 por cien. Por el contrario, si el interés remuneratorio a abonar fuese inferior a un 2 por cien, perdería su sentido la medida de moderación del interés moratorio prevista en el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012. Ahora bien, si los intereses moratorios pactados en la escritura de préstamo hipotecario no fueran superiores en dos puntos al interés remuneratorio, esto es, no fueran abusivos según el criterio objetivo fijado por el TS, conservaría su sentido la norma del artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012.*

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, de 14 de marzo de 2013
- STJUE, de 21 de enero de 2015
- ATJUE, de 11 de junio de 2015

- ATJUE, de 17 de marzo de 2016
- STS, Sala 1.ª (Pleno), de 22 de abril de 2015
- STS, Sala 1.ª (Pleno), de 23 de diciembre de 2015
- STS, Sala 1.ª, de 18 de febrero de 2016
- STS, Sala 1.ª (Pleno), de 3 de junio de 2016
- SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 16 de septiembre de 2014
- SAP de Alicante (Sección 9.º), de 23 de octubre de 2014
- AAP de Huelva (Sección 2.ª), de 23 de octubre de 2012

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.ª T. (2015). El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho Civil,* vol. 2, núm. 2, 31-67.

COUSO PASCUAL, J. R. (2012). La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 44.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2015). El mercado hipotecario e inmobiliario. En: I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as.* Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 115-162.

— (2016). Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios. En: M. Espejo Lerdo de Tejada (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución.* Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 689-708.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012). Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732, 2387-2425.

— (2013) (1). La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo «anti desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, 3522-3565.

— (2013) (2). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 740, 4253-4279.

— (2016) (1). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 755, 1677-1705.

— (2016) (2). La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 756, 2318-2341.

LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2014). La moderna dación en pago. *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, núm. 3, 89-103.

MUNAR BERNAT, P. A. (2014). Código de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago. En: J. A. Escartín Ipiéns (coord.). *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.* Granada: Editorial Comares, pp. 77-86.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2016). Deudas derivadas de la adquisición de vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho. En: M. Espejo Lerdo de Tejada (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución.* Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.

VILLEY, M. (2003). *Filosofía del Derecho*. Traducción de Evaristo Palomar Maldonado. Barcelona: *Scire* Universitaria.

ZURITA MARTÍN, I. (2015). Reflexiones sobre la ampliación del umbral de exclusión y el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas por medio del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. *Diario La Ley,* núm. 8520.

NOTAS

[1] Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

[2] Ambas figuras fueron introducidas en el ordenamiento jurídico español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Sobre el régimen de segunda oportunidad *vid*.: SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E., 2016 y JIMÉNEZ PARÍS, 2016 (1).

[3] Sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, en su primitiva redacción, *vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2012.

[4] Si observamos la Disp. Transitoria 8.ª de la Ley 1/2013, esta señalaba: «Las entidades comunicarán *su adhesión a las modificaciones introducidas en el Código de Buenas Prácticas por esta Ley* a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En los primeros diez días de los meses de enero, abril, julio y octubre, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, mediante resolución, ordenará la publicación del listado de las entidades adheridas a dichas modificaciones en la sede electrónica de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y en el *BOE*. *Las entidades que se hubieran adherido al Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y no se adhieran a las modificaciones introducidas en el mismo por esta Ley seguirán obligadas en los términos de dicho Real Decreto-ley, en su versión originaria*».

[5] El 27 de junio de 2013 se publicó en el *BOE* la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el 28 de junio de 2013 (Disp. Final 20.ª). Esta Ley, en su Disp. Final 14.ª, modificó la redacción dada a los artículos 2 y 3 bis del Real Decreto-ley 6/2012, por la Ley 1/2013. En su E de M se señalaba que se pretendía simplemente incluir «meras mejoras técnicas» por lo que había que entender que dicha Disp. Final 14.ª de la Ley 8/2013 tenía necesariamente efectos retroactivos a fecha 15 de mayo de 2013. Discrepa de la interpretación que hemos realizado en cuanto al régimen transitorio la SAP de Alicante (Sección 6.ª), de 23 de octubre de 2014, la cual considera que al encontrarse en trámite el juicio declarativo ordinario seguido por los deudores hipotecarios contra BBVA, en el que solicitaban, al amparo del Real Decreto-ley 6/2012, la condena a la entidad financiera a escriturar la dación en pago de ciertas fincas, con cancelación de la totalidad de la deuda garantizada con la hipoteca, así como de todas las responsabilidades personales y reales de terceros, concretamente de la hipoteca que recae sobre las fincas de los garantes hipotecantes no deudores, *debía estarse a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2012, con las modificaciones introducidas por Ley 1/2013, de conformidad con la Disp. Transitoria 7.ª* sobre aplicación del Código de Buenas Prácticas, al que se adhirió en su nueva redacción la entidad demandada. El Auto considera, aparte de lo anterior, que la interpretación efectuada por el Juzgador de Instancia, que había desestimado la demanda, era correcta, dado que cada uno de los inmuebles hipotecados (del deudor hipotecario y de los hipotecantes no deudores) respondía de parte de la deuda, de manera que no se podía pretender extinguir

toda ella mediante la dación en pago de solo una parte de los inmuebles que la garantizan (los de los deudores hipotecarios). De acuerdo con el nuevo artículo 2.2 del Real Decreto-ley, las mismas medidas y requisitos pueden ser aplicables a los hipotecantes no deudores de solicitarlo estos, incluida la dación en pago, «dación en pago que necesariamente será de la vivienda o inmueble dada por ellos en garantía».

[6] Artículo 2. Ámbito de aplicación. «Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor [11 de marzo de 2012], con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general. Las medidas previstas en este Real Decreto-ley *se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*» (redacción dada por Ley 1/2013). De acuerdo con la redacción dada por Ley 8/2013, que introducía mejoras técnicas, el artículo 2 Real Decreto-ley comentado señalaba: «Ámbito de aplicación. Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general. Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente *a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario*». A partir, pues, del 15 de mayo de 2013, los fiadores que, como consecuencia de haber vinculado su patrimonio personal a la satisfacción de una deuda hipotecaria ajena, vean trabada mediante embargo su vivienda habitual, o los hipotecantes no deudores, que hubiesen hipotecado su vivienda habitual en garantía de una deuda ajena, podrían también hacer uso de las medidas del Real Decreto-ley 6/2012 para evitar una situación de exclusión social, solicitando la aplicación del Código de Buenas Prácticas, en su versión originaria o actual, según la entidad crediticia se haya o no adherido al nuevo Código. Siempre que cumplan con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario; que la deuda garantizada proceda de un contrato vigente a fecha 11 de marzo de 2012 y *que no estuviese aún consumado, por cumplimiento voluntario o forzoso, o por pago del fiador, o del avalista hipotecario.* A esta posibilidad que la ley reconoce expresamente a los fiadores y avalistas se sumó la previsión del artículo 3 bis, también introducido por Ley 1/2013, según la cual «los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores *que se encuentren en el umbral de exclusión* podrán exigir que la entidad *agote el patrimonio del deudor principal,* sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas [*esto es, se encuentre el deudor situado o no en umbral de exclusión*], *antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión*». Con esta medida la ley le otorgaba al fiador y al hipotecante no deudor que se encontrasen en el umbral de exclusión *la facultad de exigir que su responsabilidad personal o real fuese subsidiaria, en defecto de patrimonio que agredir del deudor principal, aun cuando en el contrato hubiesen renunciado al beneficio de excusión. Ello sin perjuicio de la aplicación al deudor del Código de Buenas Prácticas. De manera que si no se aplicó el Código de Buenas Prácticas al deudor principal, por no cumplir los requisitos para ello o, concedido un plan de reestructuración al deudor o/y, en su caso, una quita, no procediera la dación en pago [por ejemplo, por existencia de otras cargas posteriores a la hipoteca a favor de tercero diverso del acreedor hipotecario], sino la exigencia del cumplimiento forzoso del deudor principal, dicho cumplimiento forzoso no podrá hacerse efectivo sobre el patrimonio personal del fiador solidario o sobre el bien hipotecado por el hipotecante no deudor, mientras existan bienes del deudor principal que agredir para su cobro, excluidos los bienes legalmente inembargables. Solo cuando no existan tales bienes el fiador o el hipotecante no deudor quedarían obligados al pago del crédito del deudor principal, en los términos resultantes de la aplicación del Código de Buenas Prácticas (si la entidad crediticia estuviese adherida al mismo, y por lo tanto, les fuese aplicable) o en los términos resultantes del contrato firmado con el acreedor.* Si ya se hubiese iniciado una ejecución forzosa contra el patrimonio del fiador solidario o que renunció al beneficio de excusión, o del hipotecante no deudor, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (y por lo

tanto, de este artículo 3 bis incorporado al Real Decreto-ley 6/2012), existiendo bienes perseguibles en el patrimonio del deudor principal, una vez acreditada la situación de umbral de exclusión ante el Tribunal que conoce de la ejecución, este debería darla por concluida, sin perjuicio de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento (*arg. ex* Disp. Transitoria 4.ª de la Ley 1/2013, según la cual «las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar»).

[7] Inicialmente, el Real Decreto-ley 6/2012, en su artículo 3 (Definición del umbral de exclusión), incluía como circunstancia a), «*Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas…*». Lo que fue sustituido por «*Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples*», límite que se elevaba a cuatro o cinco veces el IPREM en los supuestos del artículo 3.a).2.º, referentes a discapacidad, dependencia o enfermedades que incapacitaban de forma permanente o actual para la realización de una actividad laboral.

[8] En la redacción originaria del Real Decreto-ley 6/2012, la cuota hipotecaria debía absorber más del 60 por cien de los ingresos netos que percibía el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Tras la Ley 1/2013, el artículo 3.c) pasó a señalar «Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a)».

[9] En efecto, de acuerdo con el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 6/2012, en su redacción originaria, «Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: a) *Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas*. A estos efectos se entenderá 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. b) *Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos* que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que *recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma*. e) Que se trate de un crédito o préstamo que *carezca de otras garantías, reales o personales* o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c). f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores». Tras la reforma operada por Ley 1/2013, el Real Decreto-ley distingue en su artículo 3 dos umbrales de exclusión social, amplio (art. 3.1) y estricto (art. 3.2): 1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión [amplio] aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: a) *Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples*. A estos efectos se entenderá 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, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. El límite previsto en el párrafo anterior será de *cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples* en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o *de cinco veces dicho indicador*, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad fí-

sica o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. b) *Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda,* o hayan sobrevenido en dicho periodo circunstancias familiares de especial vulnerabilidad*. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5*; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. 3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral. 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. *c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a)*. A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. *2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos [umbral de exclusión estricto].* a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores». En relación con la prueba de que el deudor se encuentra situado en el umbral de exclusión social, la SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 16 de septiembre de 2014, señala que dicha prueba, que corresponde al deudor (art. 3.3 Real Decreto-ley 6/2012, en redacción dada por Ley 1/2013), «no puede hacerse de forma libre, sino por medio de los documentos establecidos al respecto por el legislador, tal y como se colige del apartado 3 del artículo 3 Real Decreto-ley … La sentencia de primera instancia desestima la pretensión entablada [en juicio ordinario, de que se aplique al actor las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria previstas en dicha norma] al no aportar el demandante la documentación que acabamos de transcribir. Esta argumentación no es desvirtuada en el recurso, que se basa en que la acreditación de la situación conocida como «umbral de exclusión» resulta clara desde el mismo momento en que el apelante ha sido declarado en concurso de acreedores. Sin embargo este razonamiento no es aceptable. La declaración de concurso procede cuando se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos previstos en los artículos 1 y 2 de la Ley… Concursal. Tales presupuestos atienden fundamentalmente a la situación patrimonial del deudor y no tienen por qué coincidir necesariamente con los que determinan la calificación del mismo como incurso en el llamado «umbral de exclusión». Para la determinación de este último resulta relevante no solo la situación patrimonial del deudor, sino también la de su núcleo familiar (art. 3.1.a) Real Decreto-ley 6/2012. Es por ello que el legislador ha adoptado medidas conducentes a probar el número de personas que integran dicho núcleo familiar, caso de existir,… (art. 3.3.b). El actor, sin embargo, no

ha aportado ninguno de estos documentos, necesarios para hacer las operaciones de cálculo previstas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012. Tampoco ha presentado las escrituras de compraventa de la vivienda ni las de constitución de garantía hipotecaria (art. 3.3.c].2.º). Es por ello que no se puede apreciar error en la valoración de la prueba, ya que el juez de Primera Instancia ha apreciado correctamente el defectuoso levantamiento de la carga de la prueba que incumbía al actor (arts. 217.2 LEC y 3.3 Real Decreto-ley 6/2012)».

[10] En este párrafo 5.2 Real Decreto-ley 6/2012, en versión dada por Ley 1/2013, la norma hace mención a una serie de personas, no incluidas en la definición de unidad familiar, pero cuya residencia habitual en la vivienda familiar puede favorecer la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Se trataría de nietos (descendientes que no son hijos, pues estos integran la unidad familiar); ascendientes (padres del deudor o de su cónyuge); pupilos en general (por ejemplo, tía de uno de los cónyuges incapacitada judicialmente y cuyo tutor es el sobrino deudor); guardados de hecho (menor, presunto incapaz o incapacitado, aunque no sea hijo ni descendiente ni ascendiente) y los vinculados por una relación de acogimiento familiar, siempre que aparte de estar empadronados en dicha vivienda familiar hipotecada y residiendo en ella, dependan económicamente del deudor por recibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, al exigirse la dependencia económica del deudor, no sería preciso cumplir el requisito señalado en el artículo 3.3.b).2.º relativo al empadronamiento con referencia, al menos, a los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

[11] Artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012 tras la reforma operada por Ley 1/2013: «1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable *desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente de préstamo.* 2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley».

[12] Artículo 579 LEC: 1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, *incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago*. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el

decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

[13] En todo caso, cabe interpretar que los intereses moratorios se calcularán sobre las cuotas impagadas, no sobre el capital vencido anticipadamente.

[14] En relación con la apreciación de la abusividad de los intereses moratorios, la STJUE de 21 de enero de 2015 dejó una gran libertad al juez nacional en la aplicación de la Ley 1/2013, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, por un lado, no impedía el recálculo de los intereses moratorios previsto por la Disp. Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, pero al mismo tiempo dejaba que el juez nacional, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva 93/13, *y las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato,* entre ellas, *las consecuencias de dicha cláusula en el marco del Derecho aplicable al contrato, considerase que la cláusula de intereses moratorios pactada fue abusiva, extraer todas las consecuencias que de tal declaración se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a la eliminación de la cláusula del contrato.* En la misma línea que la STJUE de 21 de enero de 2015 se pronunció el ATJUE de 11 de junio de 2015, que resolvía la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. Dicho Juzgado había planteado si un juez nacional, cuando aprecia la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio, debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional, como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la Disp. Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 LH (reformado por Ley 1/2013), o el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pudiera haber realizado el profesional conforme a la Disp. Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013. Tras reiterar los principios enunciados en la STJUE de 21 de enero de 2015, el TJUE señaló que «el ámbito de aplicación de la Disp. Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Real Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación *son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios. … Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no imponen que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13, no se opone a la aplicación de tales normas nacionales. De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:* 1.º) *No prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y* 2.º) *no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.* Esta doctrina del TJUE venía a coincidir con la sentada en la STJUE de 21 de enero de 2015 y, en parte al menos, con la interpretación que habíamos propuesto en JIMÉNEZ PARÍS, 2013; pues si bien el TJUE no considera que el solo dato de superar el interés de demora pactado el límite de tres veces el interés legal del dinero (art. 114 LH, en redacción dada por Ley 1/2013) determine la abusividad de la cláusula de intereses moratorios (como nosotros entendíamos), sí que considera que el órgano judicial, incluso de oficio, puede y debe apreciar tal abusividad con arreglo a lo previsto en el artículo 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13, y los criterios sentados en su STJUE de 14 de marzo de 2013, *extrayendo de tal declaración las consecuencias del artículo 6.1 y 7.1 de la misma, esto es, su nulidad y eliminación del contrato sin posibilidad de integración. Existe, pues, una jurisprudencia comunitaria uniforme a este respecto, que impide cualquier integración del contrato* pro predisponente (*vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2016

[1]). Sin embargo, la STS, Sala 1.ª (Pleno) de 23 de diciembre de 2015, *acoge expresamente una interpretación reconstructiva para los efectos derivados de la apreciación de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios a consumidores, que se aparta de la jurisprudencia comunitaria.* La mencionada STS tiene su origen en una acción colectiva mediante la cual se solicita la declaración del carácter abusivo y nulidad de una serie de estipulaciones contenidas en contratos sujetos a condiciones generales de Banco Popular Español y BBVA. Se impugna la cláusula de intereses de demora y de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios de BBVA, siendo dicha impugnación estimada por la Audiencia Provincial, ante lo cual BBVA plantea recurso de casación. El Tribunal Supremo considera que los intereses moratorios fijados en las condiciones generales son efectivamente abusivos, y confirma el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, según el cual, la nulidad de dicha condición general afecta al *exceso respecto del interés remuneratorio pactado.* En efecto, señala el Tribunal Supremo que existe una correlación «*entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no solo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el periodo en que se prolongue la mora*». «… El límite cuantitativo del [art. 114.3 LH]… no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar un criterio para un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las cuales no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal. *Por estas razones el artículo 114.3 LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores*. Además, señala el Alto Tribunal resultaría paradójico, cuando no un motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, «*respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la… sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado*». Esta otra sentencia, también del Pleno del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2015, pero relativa a un préstamo personal, establece igualmente una cierta reconstrucción integradora del contrato, sobre la base de que producido el vencimiento anticipado del préstamo y apreciada la abusividad de la cláusula de interés moratorio, *siempre que exceda en más de dos puntos sobre el interés remuneratorio* (*arg. ex* art. 576 LEC), *dicho exceso debe ser eliminado, pero continuando el Banco percibiendo el interés remuneratorio por entenderse que el presupuesto que lo justifica (entrega del préstamo), sigue presente hasta la completa devolución del mismo.* Recientemente, la STS, Sala 1.ª (Pleno), de 3 de junio de 2016, en relación con los préstamos hipotecarios señala «al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el artículo 114 LH, *ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo*. Se da la coincidencia de que, en el presente caso, la cláusula 6.ª del préstamo hipotecario es la misma respecto de la que se pronunció este tribunal en dos ocasiones sobre su carácter abusivo. Primero en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, con ocasión de una acción colectiva, y luego en la sentencia 79/2016, de 18 de febrero, con ocasión de una acción individual. …*En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el artículo 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios*. …*Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado* (*sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero*). *Pero en los reseñados precedentes no establecimos*

ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado. En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, *y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». …En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el artículo 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales*. Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, *esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual»*. Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta Sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado… En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero. Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, *sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. …En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo»*. Sobre que esta interpretación del TS supone una integración del contrato *pro predisponente vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2016 (1). Sobre el control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios, *vid.*, GÓMEZ GÁLLIGO, 2015 y 2016.

[15] La reestructuración de la deuda hipotecaria es la primera medida contemplada en el Código de Buenas Prácticas y pretende poner fin al procedimiento de ejecución hipotecaria u ordinaria, de haberse ya iniciado, pudiendo ser solicitada a la entidad financiera antes de que termine de anunciarse la subasta. Se trata de lograr la viabilidad de la deuda hipotecaria a medio y largo plazo. Esta medida, tras la Ley 1/2013, es susceptible de aplicarse tanto al deudor hipotecario como al fiador (la ejecución ordinaria puede haberse abierto frente a él y haberse embargado en ella su vivienda familiar) o hipotecante no deudor, siempre que se encuentren inmersos en el umbral de exclusión amplio (art. 3.1 Real Decreto-ley 6/2012) y reúna las circunstancias indicadas en el artículo 5.2.1.º de la dicha norma. Aparte de ampliar el periodo de carencia en la amortización de capital, el apartado 1.a) del Anexo pasó a señalar que «el capital correspondiente a las cuotas de ese periodo [de carencia en la amortización] podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien

prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas». En el plan de reestructuración ofrecido por la entidad (esta debe ofrecerlo en todo caso, una vez formulada la solicitud de reestructuración de la deuda hipotecaria, sin perjuicio de que el deudor pueda ofrecer otro plan) se advertirá, en su caso, del carácter inviable del mismo, o caso de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley (umbral de exclusión estricto), de la posibilidad de solicitar las medidas complementarias de quita (apartado 2 del Anexo). *Apartado 1 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012 en su redacción originaria: 1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.* a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.2 del citado Real Decreto-ley. *No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.* b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de *la aplicación conjunta de las siguientes medidas*: i. *Carencia en la amortización de capital de cuatro años.* ii. *Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo. iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.* Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor. No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración. c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado». *Apartado 1 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, tras la reforma efectuada por Ley 1/2013: 1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.* a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.3 del citado Real Decreto-ley. No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta. b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra. *Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.* i. *Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.* ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo. iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia. Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor. No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración. c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado».

[16] COUSO PASCUAL plantea que la quita es una medida complementaria (no supletoria) para el caso que la cuota resultante de la reestructuración planteada sea superior al 50 por cien de los ingresos conjuntos de la unidad familiar (*Cfr.*, COUSO PASCUAL, 2012, 29). En efecto, esta interpretación es correcta (el propio Código de Buenas Prácticas habla de medida complementaria de la prevista en el apartado 1.b), en el sentido de que cuando se aplique la quita, deberá aplicarse al mismo tiempo las medidas de ampliación del plazo de amortización, carencia en la amortización de capital, etc., previstas en la reestructuración). Esto es, al paso 1 (reestructuración viable), deberá sumarse el paso 2 (quita de parte del capital pendiente de amortización) para lograr la viabilidad financiera del deudor, *salvo que se haya anunciado la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en que solo cabrá la quita asilada.* Así, el apartado 2.c) del Anexo señala que esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores hipotecarios incluidos en el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas (arts. 2, 3.2 5.2.1.º y 2.º y 7 del Real Decreto-ley) que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que *ya se haya producido el anuncio de la subasta.* Como estos deudores no pueden acceder ni a la reestructuración de la deuda (apartado 1 del Anexo) ni a la dación en pago (apartado 3.a] y e] del Anexo), entiendo que, *en todo caso*, deberá aceptarse la quita solicitada (pues de lo contrario estarían excluidos del ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas, lo que no se compagina con el hecho de que el Anexo les tenga presentes) y aplicarse el método de cálculo de la misma (de los señalados en el apartado 2.b) del Anexo) más favorable (*favor debitoris*). La quita también podrá ser solicitada, *estando obligada a concederla la entidad crediticia,* por aquellos deudores que estando incluidos en el umbral de exclusión estricto y en el artículo 5.2.3.º del Real Decreto-ley, no habiendo podido lograr una reestructuración viable de la deuda hipotecaria, y estando o no inmersos en procedimientos de ejecución en los que todavía no se han publicado todos los anuncios para la subasta, *no pueden optar por la dación en pago porque la vivienda está gravada con cargas posteriores (apartado 2.c] y 3.e] del Anexo).* Entiendo que, *en todo caso*, la entidad financiera deberá aceptar la quita solicitada pues, de lo contrario, *personas situadas en el umbral de exclusión quedarían al margen del Código de Buenas Prácticas, lo que no parece ser la voluntad del Real Decreto-ley ni del Código, que tiene como finalidad reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores. En este caso, también debería aplicarse el método de cálculo más favorable (favor debitoris, ya que no es posible acceder a la dación en pago).* Esta interpretación se apoya también en el argumento de que son los apartados 2.a) y b) del Anexo los que se refieren a la «facultad para aceptar o rechazar» y a que la entidad «decida o no conceder dicha quita», mientras que el apartado 2.c) no hace mención a tal facultad, por lo que se puede deducir que, en tal caso, de manera indudable, la quita es forzosa para la entidad si el deudor la solicita. En cuanto a si la aplicación de la quita, en general, es potestativa o no para las entidades financieras, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2012.

[17] El AAP de Huelva (Sección 2.ª), de 23 de octubre de 2012, insiste en la obligatoriedad de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, una vez suscrito por la entidad financiera, señalando que el Real Decreto-ley «otorga una facultad al deudor de exigir a la entidad prestamista que cancele la deuda, dándola por cumplida con la necesaria aceptación del dominio de la finca, mediante dación en pago, siempre que se cumplan las exigencias… [indicadas en el mismo]… Cierto no obstante que esa medida es la última después de haber agotado otras… la misma ha de regir cuando la subasta que no se haya anunciado (que es la referencia temporal para admitir la dación en pago) sea la propia del proceso judicial de cobro hipotecario… Lo contrario significaría reducir esa norma, con rango de Ley … a una mera exposición de recomendaciones sin trascendencia normativa, mientras que entendemos que su forma y contenido *revelan con claridad la voluntad legislativa de superponerse a las reglas propias del préstamo, de la hipoteca y de las formas de extinción por cumplimiento de las obligaciones y de la responsabilidad personal universal, haciendo excepción, en ciertos casos, de los correspondientes artículos del Código Civil, leyes de las que las normas procesales son meramente accesorias como complemento para su eficacia*… De manera que de darse los presupuestos de hecho que motivan la vigencia de la norma, es facultad del deudor solicitar su cumplimiento por lo que se debe, *en la ejecución hipotecaria (y en cualquier proceso de cobro o declarativo) integrar la norma de la LEC con esta posibilidad*».

En el caso resuelto, el deudor hipotecario había planteado oposición a la ejecución hipotecaria, exigiendo la extinción completa de la deuda mediante la dación en pago. Sentado lo anterior, la Audiencia señala que en este caso «el ejecutado no ha acreditado estar en el caso del que parte esa ley, en el umbral de exclusión… ni haberlo solicitado en forma [la aplicación del Código de Buenas Prácticas], *aunque puede hacerlo de no haberse superado el plazo límite fijado, el anuncio de subasta. Lo que entiende la Sala, por lo tanto, es que la fase de negociación y ejecución de alternativas es previa y necesaria a la eventual dación en pago. La solicitud a la entidad acreedora de medidas alternativas a la realización de la garantía real dentro de los plazos en él señalados, es, por ello, causa de suspensión de la tramitación de la ejecución hipotecaria judicial, que quedará en tal estado desde el momento en que acredite el ejecutado apelante que ha solicitado de la parte prestamista la aplicación de tales medidas, y, en caso de fracasar, continuar hasta rematarse por medio de la dación en pago de darse los requisitos materiales exigidos». El Auto, pues, estima en parte la apelación del deudor hipotecario, confirmando la resolución de instancia en cuanto a que no puede aceptarse como causa de oposición la dación en pago (como equivalente al pago ordinario), sin perjuicio de admitir como causa de suspensión de la ejecución hipotecaria la solicitud de aplicación del Código de Buenas Prácticas, de darse antes del anuncio de la subasta.*

[18] Como señala el artículo 1839 del Código Civil, el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado (y por lo tanto, no puede exigir la cantidad total de la deuda [art. 1838.1.º del Código Civil]), pero sí reclamar las cantidades indicadas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1838 del Código Civil, como por ejemplo, gastos de escritura pública de dación en pago. Estos preceptos, por analogía, serían aplicables al hipotecante no deudor o al fiador real. En consecuencia, la previsión del apartado 3.b), relativa a que la dación en pago supondrá la cancelación total (extinción) de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda, solo puede predicarse en caso de dación en pago efectuada por el deudor principal.

[19] En cuanto a los contratos de arrendamiento que se suscribiesen como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibía el bien hipotecado en dación en pago, quedaban sujetos a un régimen especial de aplicación de la LAU de 1994, esto es, se consideraban contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la LAU 1994, en todo, excepto en lo previsto en sus artículos 9 (relativo al plazo mínimo de duración del contrato de arrendamiento de vivienda) y 18 (relativo a la actualización de la renta), con las especialidades detalladas en la Disp. Adicional única del Real Decreto-ley 6/2012. Aprobada la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y que entró en vigor el día 6 de junio de 2013, de acuerdo con la Disp. Transitoria 1.ª, «los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, *celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.* Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley». *Ahora bien, lo contratos de arrendamiento suscritos como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas con la entidad financiera que recibe el bien hipotecado en dación en pago, a partir del 6 de junio de 2013, incluido, parece que quedan sujetos a la Ley 4/2013, de 4 de junio, con las especialidades señaladas en el Real Decreto-ley 6/2012.*

[20] Artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, en redacción dada por Real Decreto-ley 1/2015. Definición del umbral de exclusión. 1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión [amplio] aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: a) *Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas*. A estos efectos se entenderá 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, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento

familiar. *El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas* en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, *o de cinco veces dicho indicador*, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral…».

[21] El artículo 3.1 del Real Decreto-ley 6/2012 señala qué entiende por unidad familiar a efectos de que el deudor hipotecario pueda ser considerado en el umbral de exclusión social. El legislador, como hemos indicado otras veces, insiste en equiparar situaciones no equiparables como el matrimonio y la convivencia *more uxorio*. Los integrantes de la pareja de hecho tienen el estado civil de solteros y jurídicamente son extraños entre sí, habiendo rehusado voluntariamente celebrar el contrato matrimonial y por lo tanto, gozar de los beneficios inherentes a la condición de casado. No existe entre ellos relación jurídica alguna pues falta el negocio jurídico matrimonial que los vincule; faltando, por tanto, la identidad sustancial entre ambos supuestos (matrimonio y unión *more uxorio*), base de la analogía. Además, la potencial protección de los hijos habidos de tales uniones *more uxorio* no se verifica precisamente otorgando beneficios propios de la condición de casado a la pareja de hecho, pues ello, en definitiva, fomenta socialmente la huida del matrimonio y potencia una situación no adecuada al bien común de los hijos, que no gozan de un entorno estable y duradero para su educación, entorno que puede desaparecer en cualquier momento por decisión unilateral de uno de los padres. La verdadera protección a los hijos se verifica potenciando el matrimonio, vínculo entre los progenitores que por Derecho natural (esto es, por exigencias de la condición humana tal como la concibió Dios, Creador del hombre) ha de ser indisoluble para el varón y la mujer, para que quede garantizado el bien de la prole.

[22] Como ya dijimos en otra ocasión (*vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2013 [1]) sorprende que la familia deba ser constantemente definida y redefinida por el legislador a través de normas positivas, en razón de uno u otro efecto jurídico que quiera vincularsele, *en una suerte de nominalismo que huye de la realidad de las cosas para fraguar voluntarísticamente conceptos legislativos*. Como señala VILLEY, «todo el mundo ha oído hablar de la "querella de los universales". Esta controversia nace del análisis del lenguaje. Atendamos, por ejemplo, esta frase: "Sócrates es ciudadano de Atenas". En esta frase distinguiremos (dejando a un lado la cópula *es*), dos tipos de términos, uno *singular (Sócrates)* y otro *universal (ciudadano de Atenas* —la expresión se aplica a *todos los ciudadanos*—). Se pregunta bajo qué título estas palabras *significan la realidad, con qué tipo de realidad se corresponden unos y otros. Para los realistas… a cada uno de estos términos les corresponde una realidad.* A la palabra Sócrates, evidentemente; Sócrates existe, es real. El individuo, dice Aristóteles, es incluso de quien se debe afirmar en primer lugar la existencia distinta, una "sustancia primera". Pero hemos de decir que también las palabras "Atenas" o "ciudadano" [léase, familia] remiten a algo real, *algo diferenciado en la realidad, lo que Aristóteles denomina "sustancia segunda". El mundo no es simplemente un conjunto de cosas singulares, está ordenado: comporta realidades genéricas (como la de «ciudadano») o cuerpos (Atenas [léase, familia]). Está realmente estructurado, y son estas estructuras [léase sociedad familiar]* las que reflejan,… los términos universales. Distinta es la respuesta de los *nominalistas. Sin duda porque son familiares de una literatura religiosa en la que únicamente entran en juego las personas: su universo no comprende más que seres singulares: Sócrates, Pedro o Pablo.* …[para los nominalistas]... a *los términos universales («ciudadano de Atenas» [o familia] no podría decirse que les corresponde un objeto real; que tenga por función designar inmediatamente una cosa. Son [meros] instrumentos lingüísticos que… [servirían]… para connotar (lo que significa abarcar en conjunto —simultáneamente, de un solo golpe—) una pluralidad de objetos que guardan entre sí cierta semejanza.* Así mediante la palabra "ciudadano de Atenas" designo en un momento a Sócrates, Alcibíades, Platón, etc. Es una economía del lenguaje. De ahí se sigue que los "universales" *no tienen* [para los nominalistas] *otra existencia que la mental e instrumental;*

y nosotros los formamos libremente. No les pedimos que sean verdaderos (esto es, adecuados a lo real), sino que… nos permitan operar sobre los fenómenos singulares; solamente, pues, que sean "operativos" como dicen los sabios de hoy». (VILLEY, 2003, 90-91).

[23] Artículo 5.2 y 3, en redacción dada por Real Decreto-ley 1/2015: «2. La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20% del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicada dicho bien, con un límite absoluto de 300.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995. No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicada dicho bien, con un límite absoluto de 250.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995».

[24] Disp. Adicional 4.ª Ley 25/2015, de 28 de julio: «Con el objetivo de facilitar que cualquier interesado pueda tener conocimiento de su situación financiera personal, se habilitará una aplicación informática en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad accesible de forma confidencial, gratuita y telemática a través de la cual se podrá determinar la situación de solvencia en la que se encuentra a los efectos de la aplicación de lo previsto en el Título I de esta Ley».

2. DERECHO MERCANTIL

Demandas de nulidad de cláusulas suelo en contratos entre autónomos o pequeños empresarios y entidades financieras

Nullity demands of floor clause in contracts between freelancers or small entrepreneurs and financial institutions

por

ALBA PAÑOS PÉREZ

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Almería

RESUMEN: La exclusión de la protección frente a cláusulas abusivas cuando nos encontramos con un autónomo o pequeño empresario, actuando fuera de su ámbito profesional y careciendo de la capacidad económica y la fuerza negociadora de las grandes empresas frente a las entidades bancarias que, por ejemplo, solicita un préstamo con garantía hipotecaria para poder ejercer su actividad empresarial y firma un contrato con condiciones abusivas, no tendría justificación legal. Y es que la normativa existente en nuestro Ordenamiento no prohíbe expresamente una interpretación extensiva del control de transparencia (consolidado como comprensibilidad real del clausurado) a la contratación entre empresarios. Por tanto, en aras de la seguridad jurídica y de la protección al adherente que garantiza nuestra legislación, la parte más débil del contrato bajo condiciones generales, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este sector del tráfico jurídico patrimonial, deben erradicarse las cláusulas abusivas en la contratación bajo condiciones generales. En definitiva, defendemos la total legitimidad de autónomos y pequeños empresarios, como meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad financiera, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero.

ABSTRACT: The exclusion of the protection against abusiveness clauses when there is a freelancer or small entrepreneur acting outside of his professional field and lacking his economic capacity, in addition to the strength in negotiation of the large enterprises facing the banks entities, would not have a legal justification. We can find it, for instance, when the freelancer or small entrepreneurs request a loan with mortgage guarantee in order to be able to practice their corporate activities and they sign a contract with abusiveness conditions. The regulation in our legal system do not forbid an extensive interpretation of the transparency control (consolidated as real comprehensibility of the contract's terms) to the contracting between entrepreneurs. There for, in the interest of the juridic security and the adherent protection, that is guaranteed by our legislation (the weakest part of the contract under general

conditions), as well as the defense and balance of every goods and juridic interests concurrent in the sector of patrimonial juridic traffic, the abusiveness clauses should be eradicated in the contracting under general conditions. On balance, we defend the whole legitimacy of freelancers and small entrepreneurs, as adherents in contractual clauses predisposed by the financial institutions to require the judicial protection of their rights agains the financial sector's abuses.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia. Empresario.

KEY WORDS: Mortgage loans. «Floor clause». Transparency control. Entrepreneur.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. DELIMITACIÓN DEL SUJETO PROTEGIDO.—III. APLICACIÓN DEL ACTUAL CONTROL DE TRANSPARENCIA A LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS.—IV. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.—V. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Es una realidad innegable el abuso de una posición dominante por parte de las entidades bancarias frente a todo tipo de consumidores de préstamos, se dediquen estos directamente al consumo o a actividades profesionales. La ineficacia de las cláusulas no transparentes o abusivas debería declararse también en los supuestos en los que el prestatario, aunque consumidor de productos bancarios, no destina el préstamo al consumo o a la adquisición de una vivienda, sino a una actividad profesional o mercantil de pequeña o media envergadura, situación que concurre en infinidad de ciudadanos españoles, que carecen de la fuerza negociadora de las grandes empresas[1].

Cabe señalar que la cláusula a la que dedicamos este estudio, la conocida como «cláusula suelo», tiene enorme trascendencia social y económica, por cuanto se incorpora a los contratos de préstamo hipotecario, que no solo constituyen el medio de financiación mayoritario de la adquisición de una vivienda en España sino también la única vía que autónomos y pequeños empresarios tienen para ejercer su actividad profesional. Esta realidad sociológica implica una mayor necesidad de equilibrar y de asegurar la protección de todo tipo de consumidores frente a las cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales que tienen por objeto bienes e intereses jurídicos especialmente protegidos en este sector del tráfico patrimonial.

También ha de tenerse en consideración la complejidad que para el consumidor medio presenta la comprensión del contenido de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y muy especialmente de la cláusula de limitación en la variación del tipo de interés del préstamo hipotecario. Igualmente complicado resulta para un profesional ajeno al ámbito de la contratación de productos o servicios financieros, al que no puede presuponerse un especial conocimiento del sector ni se le debería exigir una diligencia superior. De manera que lo relevante en este tipo de procedimientos, que actualmente están colapsando nuestros

Tribunales, tanto de lo Mercantil como de Primera Instancia (dejando aparte el tema de la competencia, que rebasaría con creces el objeto de este estudio), es la consideración del carácter abusivo de una cláusula que limita el tipo de interés, pudiendo ser esta perfectamente declarada como abusiva incluso aunque se haya consentido con pleno conocimiento de su existencia y no de manera inadvertida, como suele ocurrir, su inclusión en el contrato.

No tiene justificación legal la exclusión de la protección frente a cláusulas abusivas cuando nos encontramos con un autónomo o pequeño empresario, actuando fuera de su ámbito profesional (sin conocimientos o experiencia profesional destacable en el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros) que, por ejemplo, solicita un préstamo con garantía hipotecaria para poder ejercer su actividad empresarial y firma un contrato con condiciones abusivas. Y es que, como veremos a lo largo de este trabajo, la normativa existente en nuestro Ordenamiento no prohíbe expresamente una interpretación extensiva del control de transparencia (consolidado respecto a los consumidores como comprensibilidad real del clausurado[2]) a la contratación entre empresarios.

Por tanto, en aras de la seguridad jurídica y de la necesaria protección al adherente, la parte más débil del contrato bajo condiciones generales, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este sector del tráfico jurídico patrimonial, deben erradicarse las cláusulas abusivas en la contratación bajo condiciones generales pues, en palabras del magistrado ORDUÑA MORENO[3] «la cláusula abusiva constituye, *per se*, el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial».

II. DELIMITACIÓN DEL SUJETO PROTEGIDO

No podemos afirmar que cualquier profesional, por el mero hecho de serlo, se encuentre en una situación más ventajosa o de superioridad respecto al simple consumidor en razón de conocimientos técnicos y de mercado, de las informaciones de que dispone y de sus capacidades financieras. No es lo mismo una gran empresa, con amplios conocimientos de mercado y a la que se supone un perfecto asesoramiento legal y financiero, que los casos en que el profesional es un autónomo, o un pequeño o mediano empresario, con nula capacidad de presión y negociación frente a una entidad bancaria y que actúa fuera del ámbito de su profesión. En estos supuestos, entendemos que el prestatario profesional requiere protección como mero adherente en un ámbito negocial que excluya la abusividad.

Tal y como expone BOTANA GARCÍA (2016)[4], en esta situación se encontrarían, por ejemplo, el abogado que adquiere un ordenador para su despacho o el empresario que adquiere un programa informático para llevar la contabilidad de su empresa. En el mismo sentido, el magistrado ORDUÑA MORENO[5] ilustra la fundamentación de su Voto Particular con un didáctico ejemplo: «Pensemos, por un momento, que Basilio y Emiliano son hermanos, sin conocimientos o experiencia profesional destacable en el ámbito de la contratación de productos o servicios financieros. Dichos hermanos, en 2008, se plantean solicitar, cada uno de ellos y a título personal, un préstamo bancario para cubrir necesidades principales que afectan a sus respectivos intereses. En el caso de Basilio, para iniciar su actividad profesional, como empresario autónomo, y conseguir financiación para la adquisición e instalación de un kiosco de prensa, por lo que pretende

solicitar un préstamo de 50.000 euros. En el caso de Emiliano, para adquirir su vivienda habitual, por lo que pretende solicitar un préstamo de 200.000 euros. En ambos casos acuden a la misma entidad financiera siendo atendidos por la misma persona y recibiendo idéntica información. Por lo que al final de estos tratos preliminares suscriben sendos contratos de préstamo, que incluyen una cláusula suelo, más la respectiva garantía hipotecaria, y un contrato *swap* para la cobertura de la posible fluctuación de intereses, de los que no reciben una información comprensible por la entidad bancaria. Pues bien, en el plano de las consecuencias prácticas señaladas, la aplicación de la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia de la Sala solamente va a permitir la aplicación del control de transparencia y, por tanto, la protección que se deriva de dicho control, a uno solo de los hermanos, es decir, a Emiliano y, no a Basilio, pese a que asumieron una idéntica posición negocial, esto es, la de ser meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad financiera que finalmente resultó abusiva por falta de la transparencia debida».

Por otra parte, la SJM Santander de 25 de abril de 2016, en un caso en que se estima la devolución de las cantidades indebidamente cobradas durante toda la vida del contrato de préstamo hipotecario por aplicación indebida de la cláusula suelo declarada abusiva, considera que el hecho de que los demandantes fuesen licenciados en empresariales no les confiere un especial conocimiento del sector, puesto que su vida laboral se desarrolla fuera de estos estudios «por lo que no se les puede atribuir una mayor capacidad para comprender las consecuencias de los límites a la variabilidad». Con mayor razón, esta argumentación es perfectamente aplicable a los profesionales que ni siquiera tengan estudios empresariales o financieros, una vez que se pruebe que no recibieron una información suficiente y clara que supere el control de transparencia exigible[6].

Por tanto, en estos casos los profesionales que actúan fuera de la esfera de su competencia son inexpertos, no puede exigírseles más diligencia que a un consumidor medio, y corren el riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad comparable a la del consumidor. Ello ha propiciado que parte de la doctrina reconozca como consumidor a ciertos profesionales cuando actúan fuera de su ámbito profesional[7]. Así, la noción de consumidor se movería entre dos concepciones, una amplia y otra estricta. La primera querría proteger a toda persona que contrata fuera de su profesión, mientras que la segunda no querría extender en exceso la protección de los consumidores y usuarios.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de «clientela», como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente —consumidor o profesional— que emplea la LCGC. Así, existe también entre la jurisprudencia una flexibilización del concepto de consumidor, que se equipara a clientela[8] o cliente minorista, según la normativa MIFID, relativa a los mercados de instrumentos financieros. Es más, tal y como concluye la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014, «cualquier cliente bancario, aunque no sea consumidor, tiene protección a través de las normas, entre otras, de la EHA 2899/2011 y la entidad bancaria tiene igualmente un deber de información para el cliente bancario que no sea consumidor» y «un empresario puede ser considerado consumidor y profesional a la vez reuniendo características de uno y otro y en el ámbito de la banca necesita protección y garantía en defensa de sus derechos».

En definitiva, defendemos la total legitimidad de autónomos y pequeños empresarios, como meros adherentes en una reglamentación predispuesta por

la entidad financiera, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero. Y ello, porque la normativa existente no prohíbe una interpretación extensiva del control de transparencia previsto para consumidores a la contratación entre empresarios en los términos expuestos.

III. APLICACIÓN DEL ACTUAL CONTROL DE TRANSPARENCIA A LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS

Como es de sobra conocido, el Alto Tribunal en su sentencia núm. 241/2013, dictada y adoptada por unanimidad por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo el 9 de mayo de 2013, condenando a las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Cajas Rurales Unidas, SCC y NCG banco SAU, determinó con carácter general la nulidad de este tipo de cláusulas cuando concurren las circunstancias que en ella se describen. Y son ya numerosas las Audiencias Provinciales[9], así como los Juzgados de lo Mercantil[10], que han extendido dicha doctrina también a los supuestos en los que el prestatario, aunque consumidor de productos bancarios, no destina el préstamo al consumo o a la adquisición de una vivienda, sino a una actividad profesional o mercantil de pequeña o media envergadura, condenando a las entidades bancarias demandadas a la nulidad expresa de las cláusulas suelo, por considerarlas expresamente «abusivas», y la devolución de los intereses devengados en demasía en virtud de la misma al demandante, así como la condena en costas.

Respecto a la caracterización del control de transparencia, el mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 8 septiembre de 2014[11], determinó que «en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (arts. 5.5 y 7.b de la LCGC).

Pues bien, conforme a lo establecido en el artículo 5.5 LCGC, «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez», de modo que «no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato […]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles […] (art. 7 LCGC).

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de junio de 2013, en un caso de contratación entre empresarios, señala que las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo en su sentencia de mayo de 2013 (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia —requisito del artículo 5 LCGC—, son aplicables «con independencia de las cualidades personales del adherente», sea este consumidor o no (*vid*., Fundamento de Derecho Segundo), y que las conclusiones obtenidas tras el análisis del control de transparencia no pueden ser diferentes a las resoluciones dictadas por la Sala en cláusulas suscritas con consumidores ya que «la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del

tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad» (*vid*. Fundamento de Derecho Séptimo).

Debemos recordar que la STJUE de 26 de febrero de 2015 y la STS del Pleno de 24 de marzo de 2015, reiteran los criterios de una nueva concepción del control de transparencia, superando la visión tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción a favor de una moderna concepción, que requiere que el cliente comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato financiero. El exigido control de transparencia de las cláusulas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario haría referencia actualmente, por tanto, a un análisis en abstracto respecto a la aptitud de la misma para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte del mismo, pues no existe consentimiento como tal en el ámbito de los contratos de adhesión. Se trata, por tanto, de un control de transparencia objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido, sin llegar a comprenderse las consecuencias económicas de la misma, es porque la cláusula no transmite la información correctamente, no cumpliendo, por tanto, con el deber de transparencia exigible[12].

En efecto, por más que se intente aminorar la relevancia de este cambio, lo cierto es que los criterios establecidos en la normativa aplicable acerca de la «claridad, sencillez y concreción» de las cláusulas predispuestas (art. 4.2 de la Directiva, art. 5.4 LCGC y art. 80.1.a. TRLGDCU), no pueden quedar reconducidos al marco de un mero control formal referenciado en el ámbito de la interpretación del contrato bajo la preferencia de la interpretación literal e inteligibilidad del clausulado. Tal y como señala la reciente SAP León de 13 de abril de 2016 «La eficaz transmisión al consumidor del significado de la carga jurídica y económica que la cláusula suelo conlleva es lo que, como control abstracto, se analiza por la Jurisprudencia para garantizar la debida transparencia (sustantiva) verificando si se comunicó de manera sencilla y destacada todo aquello que influye sustancialmente en la delimitación de las obligaciones principales del contrato y, en particular, de la obligación de pago por el prestatario».

En opinión del magistrado ORDUÑA MORENO, en el Voto Particular que formula en la reciente STS de 3 junio de 2016, «el desenvolvimiento actual del control de transparencia muestra que esta transcendencia del concepto o del ideal de la transparencia ha cobrado ya cuerpo o fisionomía de auténtico principio jurídico. En este sentido, puede afirmarse que el cambio social en este ideal ya se ha producido y se ha instalado en la progresiva evolución jurídica». Esta conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico ya ha sido reconocida tanto en el ámbito de nuestra doctrina jurisprudencial[13], como en la jurisprudencia del TJUE (el régimen de ineficacia que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público económico, conforme al principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13[14]).

En ese sentido, el concepto normativo de la transparencia se proyecta de este modo sistemático tanto con relación a la protección del contratante adherente, como finalidad primordial, pero también con relación a la calidad de negociación y mejor competencia de la contratación seriada entre las empresas, a la cual favorece, así como con relación al valor o principio de la seguridad jurídica en

el que contribuye, innegablemente, al aumentar el nivel de certeza respecto de las cláusulas que no superen el control de transparencia, apartándolas o excluyéndolas del tráfico patrimonial.

El control de transparencia implicaría, por tanto, una comprensión real de las consecuencias económicas que la inclusión de la cláusula debatida supone para el contratante y la práctica habitual es que no se cumplan los deberes de transparencia a que está obligado el Banco, confirmando así la inferioridad de la posición contractual del adherente. Y es que tal falta de información determina que el prestatario no esté prestando un consentimiento efectivo al precio del contrato, de forma que si el este hubiese sido convenientemente informado sobre el verdadero alcance y trascendencia de la cláusula suelo de su hipoteca, lo más probable es que no la hubiera firmado. Por tanto, es necesario que la parte adherente tenga un conocimiento real y razonable de cómo juega en la economía del contrato la cláusula suelo impuesta por la entidad demandada, por ejemplo, mediante la simulación de escenarios posibles, o informado en la «fase de negociación» del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. La entidad debe darle a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de cláusula.

Por otra parte, en cuanto a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información (en base al art. 217 de la vigente LEC), corresponde a quien ofreció esa cláusula y la impuso el demostrar que informó correctamente según la legislación vigente (por ejemplo, con las estadísticas del Euribor de los últimos años), explicando al cliente qué es una cláusula suelo y advirtiéndole del funcionamiento y las consecuencias de la misma; incluso siendo la prestataria una empresa, la diligencia que le es exigible a la entidad no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.

Concluimos, siguiendo la exposición del Voto Particular de la reciente STS de 3 junio de 2016: 1.º) Que el control de incorporación es «único» para todas las cláusulas, bien esenciales o bien accesorias. 2.º) Que en la actualidad, conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 30 de abril de 2014) y la de esta Sala (sentencias de 18 de julio de 2012 y 8 de septiembre de 2014), el control de incorporación no puede aplicarse (escindirse) solo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado. 3.º) Que el control de incorporación tiene su sede natural, conceptualmente hablando, en la LCGC, y no en el Código Civil. 4.º) En lo que más nos interesa aquí, que reconocido el fundamento del control de incorporación en la LCGC, y el similar control de incorporación tanto en el texto refundido de la LGDCU (art. 80), como en la citada LCGC (arts. 5 y 7), no hay inconveniente alguno de aplicar el concepto de transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, para todos los contratos de adhesión entre profesionales, pues su fundamento de aplicación es idéntico: predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente.

IV. NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Una vez constatada la falta de transparencia en la incorporación de la cláusula objeto de análisis y teniendo en cuenta que la declaración de abusividad es una

calificación jurídica diferenciable del enjuiciamiento, propiamente dicho, de la transparencia de la cláusula como cláusula comprensible para el adherente; consideramos que el hecho de que el cliente no ostente la condición de consumidor no es obstáculo alguno para apreciar dicha abusividad.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cáceres, en sentencias de 3 de junio de 2013 y de 26 de febrero de 2014: «se llega a la conclusión de que el examen de la cláusula impugnada por la entidad mercantil ha de hacerse desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Desde este punto de vista, la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC)».

Como ya sabemos, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 8 LCGC, las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho (salvo que se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor. Esta abusividad se concreta en que dichas condiciones generales, contradiciendo las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo. Y dicho equilibrio no hay que entenderlo en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de abstracto[15].

Por otra parte, en el preámbulo de la LCGC se reconoce expresamente la posibilidad de que en las condiciones generales entre profesionales pueda existir abuso de una posición dominante, pero establece que «tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual». Es decir, también judicialmente puede declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Y ello, en base a esta LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto o contrario a derecho y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales. Por tanto, nada impide, al amparo de la normativa existente, la interpretación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales.

Y, en este sentido, la precitada sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de junio de 2013, al declarar que existe una posición dominante de la entidad bancaria sobre una compañía mercantil, comprueba si la información suministrada por la entidad ha permitido «percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»; concluyendo que la cláusula es nula por abusiva, ya que «se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestamista no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo». En este mismo sentido, se

pronuncia la Audiencia Provincial de Huelva en sentencia de 21 de marzo de 2014, declarando la nulidad de la cláusula suelo suscrita en un préstamo con una sociedad mercantil por ser nula debido a un abuso de posición dominante, realiza un juicio de transparencia o el análisis de si ha existido un vicio en el consentimiento por falta de información precontractual al amparo de la LCGC, llegando a la misma conclusión señalada.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que la LCGC advierte en su Exposición de Motivos, a continuación del reconocimiento de la posibilidad de que en las condiciones generales entre profesionales pueda existir abuso de una posición dominante, que «habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas». Y es que, obviamente, tal y como ya hemos argumentado, no se encuentran en la misma situación ni requiere la misma protección un autónomo o un pequeño empresario, al que podríamos asimilar con un consumidor particular, con nula capacidad de negociación frente a la entidad bancaria, que una gran empresa, con sobrados conocimientos financieros y de mercado fruto del mejor asesoramiento jurídico y con posibilidad de ejercer presión sobre el banco por su capacidad económica[16]. Si el empresario actúa fuera de su ámbito profesional no tiene por qué tener más conocimientos técnicos ni puede exigírsele más diligencia que a un consumidor medio, y además, corre el riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad comparable a la este.

El juez, a la hora de valorar la validez de una cláusula contractual abusiva en estos casos, debería realizar una labor hermenéutica que tuviera presente que el Código Civil exige la buena fe para la validez y el cumplimiento del contrato, sin que pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes (tal y como se desprende de los arts. 1258 y 1256 del Código Civil), bajo sanción de nulidad o ineficacia por contrario a la Ley, a la moral, o al orden público (según los arts. 1255, 1265 y 1300 del Código Civil), e imponiendo en materia de interpretación que esta nunca deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado su oscuridad (art. 1288 del Código Civil)[17]. Asimismo, deberá tener en cuenta que la LCGC sienta sus bases en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, además, que justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser contrario a derecho y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales[18]. Bajo estas premisas, si efectivamente se produce un desequilibrio injusto de prestaciones de los contratantes que evidencia una falta absoluta de buena fe por parte de la entidad bancaria, podría declarar la nulidad de aquellas cláusulas impuestas y prerredactadas por esta que efectivamente se aparten de estos principios.

En este sentido, en el caso enjuiciado en la reciente STS de 3 junio de 2016, en que se declaró probado que hubo negociaciones intensas entre las partes que variaron las propuestas u ofertas iniciales en favor de los intereses del cliente que, además, fue advertido del funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo; por lo que se llegó a la conclusión de que el clausulado fue negociado y, por tanto, no predispuesto, pues la entidad bancaria cumplió con su especial deber de ofrecer una información comprensible al cliente (*vid*. Fundamento Sexto, apartado segundo). Así, la Sala entendió que ahí no podía afirmarse que la condición general cuestionada comportase una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente; ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 del Código Civil.

En suma, en este ámbito de control de la abusividad y del justo equilibrio de prestaciones conforme a la buena fe, nuestros Tribunales deben aplicar dicho control con igual fortaleza a los autónomos y pequeños empresarios que, careciendo de la capacidad económica y de la fuerza negociadora de las grandes empresas frente a las entidades bancarias, concurren como meros adherentes y en calidad de consumidores (no negociadores) a la contratación seriada de productos bancarios.

V. CONCLUSIONES

I. A lo largo de este trabajo hemos defendido la legitimidad legal de autónomos y pequeños empresarios que actúen fuera de su ámbito profesional, como meros adherentes en una reglamentación predispuesta por la entidad bancaria, para exigir la protección jurisprudencial de sus derechos frente a los abusos del sector financiero.

II. Consideramos que debe extenderse el control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre este tipo de empresarios, cuando estas resulten abusivas por falta de la transparencia debida. Y ello, en aras de la seguridad jurídica y de la protección frente a abusos que nuestra normativa otorga a la parte más débil del contrato, el prestamista adherente, así como de la defensa y el equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este importante sector del tráfico jurídico patrimonial.

III. En un momento financiero como el actual, en el que tímidamente comienzan a asomar los brotes de la esperada recuperación económica, tras una crisis que se ha ensañado con la clase media y los pequeños empresarios, los jueces no pueden ceder a la impasible contemplación de las prácticas antijurídicas y la mala fe de las entidades financieras. No puede quedar impune el abuso de la posición dominante de los bancos frente a todo tipo de consumidores de préstamos, se dediquen estos directamente al consumo o a actividades profesionales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 6 de octubre de 2009
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 14 de junio de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 26 de febrero de 2015
- STS de 3 junio de 2016
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 13 de mayo de 2014
- TS de 26 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2005
- SAP León de 13 de abril de 2016
- SAP Cáceres de 26 de febrero de 2014
- SAP Huelva de 21 de marzo de 2014

- SAP Jaén de 13 de junio de 2014
- SAP Cáceres de 3 de junio de 2013
- SAP Córdoba de 18 de junio 2013
- SJM Santander de 25 de abril de 2016
- SJM Bilbao de 14 octubre 2014

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (2009). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Bercovitz (coord.). Aranzadi.

ACEDO PENCO, A. (2003). *Nociones de Derecho de Consumo*. Cáceres: Universidad de Extremadura.

ACHÓN BRUÑEL, M. J. (2015). Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras. @*Diario La Ley*. Núm. 8473. La Ley.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015), *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus.

BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del consumidor como cliente bancario, @*Actualidad Civil*. Núm. 5. La Ley.

CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo. @*Diario La Ley*. Núm. 8385. La Ley.

COHEN BENCHETRIT, A. (2014). Cuesiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo. @*Práctica de Tribunales*. Núm. 117. La Ley.

CORDERO, E. (2013). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad. @*Diario La Ley*. Núm. 8098. La Ley.

DÍAZ ALABART, S. (2004). El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo. *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2003). La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. @*Diario La Ley*. Núm. 2. La Ley.

MÉNDEZ TOJO, R. (2015). Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes? @*Diario La Ley*. Núm. 8456. La Ley.

PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. @*Diario La Ley*. Núm. 8547. La Ley.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de trasparencia de las cláusulas predispuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica, en @*Diario La Ley*, Núm. 8591, La Ley.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. @*Diario La Ley*. Núm. 8419. La Ley.

NOTAS

[1] *Vid*. YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada. @*Diario La Ley*. Núm. 8419.

[2] La STJUE de 26 de febrero de 2015 estableció una nueva configuración del control de transparencia, superando la visión tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas que conforman las condiciones generales del contrato, a favor de una moderna concepción, que requiere que el consumidor comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo. *Vid*. PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo. *@Diario La Ley*. Núm. 8547. La Ley.

[3] Voto Particular que formula el Magistrado D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016.

[4] BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del consumidor como cliente bancario, *@Actualidad Civil*. Núm. 5. La Ley.

[5] *Vid*. STS de 3 de junio de 2016.

[6] *Cft*. la SAP León de 13 de abril de 2016, que argumenta lo siguiente: «Por lo tanto, deben de ser anuladas todas las cláusulas que afecten a consumidores, porque el control de abusividad no se proyecta en relación con los conocimientos del prestatario sino en cómo se incorporaron las cláusulas en el contrato de préstamo que le obliga: si se incorporaron como la cláusula analizada, o de manera semejante, la cláusula será nula. Por el contrario, no sería nula la cláusula suelo si se destacó como estipulación separada del tipo de interés variable, si se dejó claro que era una cláusula definitoria de elementos esenciales del contrato, si se suscribió después de haber ofertado otros préstamos a interés variable sin tal cláusula, si no se englobó en una maraña de datos… Pero, y eso es lo importante, la nulidad de la cláusula no se puede condicionar.

[7] *Vid*. por todos, ACEDO PENCO, A. (2003). *Nociones de Derecho de Consumo*. Cáceres: Universidad de Extremadura. p. 69. Además, esta postura se ha visto refrendada por algunas decisiones de los Tribunales como fue el caso de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de octubre de 2002, que dio cobertura a un sindicato y la Audiencia Provincial de Córdoba que consideró como consumidor a una sociedad dedicada a la producción. Para GARCÍA RUBIO, la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo no exige que el consumidor sea el destinatario final del bien, sino que basta con que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional, de donde se deduce a su juicio que, por ello, incluye en su seno a los profesionales que actúan con fines ajenos a su especialidad. *Vid*. GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2003). La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. *@Diario La Ley*. Núm. 2. Por otra parte, para DÍAZ ALABART aunque en puridad el artículo 1 LGDCU debía aplicarse al destinatario final de bienes o servicios, sí tendría sentido brindarles la posibilidad de acceder al sistema arbitral de consumo, lo que supondría proteger a los pequeños empresarios, en esos ámbitos en los que su condición de profesionales queda desdibujada y son la parte débil del contrato. *Vid*. DÍAZ ALABART, S. (2004). El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo. *El arbitraje de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 65. Así en BOTANA GARCÍA, G. (2016). La protección del… *cit*.

[8] SAP Córdoba de 18 de junio 2013.

[9] *Vid*. SAP Córdoba de 18 de junio de 2013; SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 y de 26 de febrero de 2014; SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014.

[10] A modo de ejemplo, SJM Bilbao (Provincia de Vizcaya) de 14 de octubre de 2014.

[11] En el mismo sentido, *cft*. sentencia del TS de 26 de mayo de 2014.

[12] *Vid*. PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control… *cit*.

[13] STS de 8 de septiembre de 2014.

[14] SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011.

[15] *Vid*. SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014.

[16] En este mismo sentido, YAÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y …*cit*. Y, en sentido contrario, como ejemplo, COHEN BENCHETRIT, A. (2014). Cuesiones prácticas que

se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo. @*Práctica de Tribunales*. Núm. 117. La Ley; quien niega la posibilidad de extender el ámbito de control reforzado de transparencia a las cláusulas incorporadas a los contratos celebrados con quien no ostenta la condición de consumidor para, por esa vía, en caso de estimarse que la cláusula no supera el control de transparencia, declarar su abusividad.

[17] *Vid*. YAÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y *…cit*.

[18] *Vid*. Voto Particular que formula el Magistrado D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016.

3. URBANISMO

La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas

Transferring planning use in routine development

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: En el presente comentario se analiza el tratamiento dado en la resolución de 13 de abril de 2016 a la posible transmisión del aprovechamiento urbanístico cuando se plantea respecto de suelos integrados en ámbitos sujetos a procesos reparcelatorios o actuaciones sistemáticas, supuesto en el cual se considera que no cabe decantarse por una aceptación abierta sino, más exactamente, tan solo en aquellos casos en los que, por aplicación del propio ordenamiento, concurren las condiciones en las que con carácter previo cabe admitir la existencia del aprovechamiento urbanístico separado del suelo con plena virtualidad jurídica, entendiendo, en los restantes, que la transmisión del aprovechamiento va inseparablemente unida a la del suelo del que dimana.

ABSTRACT: This commentary analyses how the decision of 13 April 2016 addresses the possibility of transferring a planning use when the land under consideration is part of an area subject to a plot redivision process or routine development. In such cases, open acceptance is not considered an option; or, more accurately, acceptance is an option only in those cases where, under the applicable legislation itself, the conditions are met for accepting ex ante that the planning use exists separately from the land, with full legal effect. In all other cases, a transfer of planning use is understood to be joined inseparably to the transfer of the land on which that planning use is derived.

PALABRAS CLAVE: Aprovechamiento urbanístico. Transferencia. Transmisión. Actuación sistemática. Actuación asistemática.

KEY WORDS: Planning use. Transfer. Transfer. Routine development. Non-routine development.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES.—II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 13 DE ABRIL DE 2016: 1. Sobre los Hechos. 2. Sobre los Fundamentos de Derecho.—III. SOBRE LA TRANSMISIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LAS ACTUACIONES SISTEMÁTICAS.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2016 da pie para ocuparse nuevamente[1] del aprovechamiento urbanístico y su acceso al Registro de la propiedad, en este caso, a diferencia del anterior comentario, para destacar la cuestión relevante que se suscita ante su posible enajenación en el caso de las denominadas actuaciones sistemáticas.

Se advierte así una novedad relevante precisamente al permitir, en una interpretación que atañe estrictamente a sus presupuestos urbanísticos, la posible disposición del aprovechamiento antes de la aprobación del instrumente reparcelatorio sobre la base de lo dispuesto en la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, planteamiento que más allá de dejar de lado algún aspecto relevante según tendrá oportunidad de apuntarse, no resulta compartido cuando, como parece, se admite de modo plenamente abierto.

Así se hace en la resolución a partir de la acertada distinción en ella reflejada según la cual «*hay que diferenciar las transferencias de aprovechamiento con fines urbanísticos de las transmisiones de aprovechamiento subjetivo entendido como un derecho susceptible de negociación independiente*», pero también con la desacertada confusión que sin embargo luego trasluce cuando, como refleja su Fundamento de Derecho 5, apela simultánea e implícitamente a los conceptos de transmisión y transferencia de aprovechamiento en las actuaciones sistemáticas con antelación a la aprobación de la reparcelación.

II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 13 DE ABRIL DE 2016

1. Sobre los Hechos

Los datos de partida sobre los que versa la resolución son los siguientes:

«*— En escritura otorgada en Marbella, ante el notario don Filiberto Carrillo de Albornoz Fisac, el día 4 de junio de 2015, protocolo 1418, la entidad "Hermcapital, S.L.", vende a "Promanque, S.L." 3.806,66 unidades de aprovechamiento.*

— La finca de origen es la registral 3187, que se describe en el Registro como una finca de naturaleza rústica, y que según el título será aportada al sistema de ejecución del Plan Parcial del sector UR-1B-2, correspondiéndole un total de 12.680,82 unidades de aprovechamiento.

— La finca de destino es la registral 5017, que igualmente se describe en el Registro como rústica, si bien en la escritura se define como urbana, que según el título será aportada en parte al sistema de ejecución del Plan Parcial del sector UR-1B-2, con unas unidades de aprovechamiento de 4.446,33 en un techo edificable de 5557,91 metros cuadrados y que tras la compraventa ascenderán a 8.252,99 correspondientes a 10.316,14 metros cuadrados de techo edificable de uso comercial que se adjudicaran a la sociedad "Promanque, S.L.", en el proceso de reparcelación en parte de la parcela C1, del plano P1 del Plan Parcial del citado Sector».

Se hace saber también en la resolución que si bien en la escritura se expresó que el Plan Parcial del Sector UR-1B-2 fue objeto de aprobación provisional el 18 de julio de 2014, según informe del Ayuntamiento de Cártama de 15 de octubre de 2015 tal aprobación provisional no tuvo lugar hasta el 6 de agosto de 2015, lo que evidencia que la definitiva, si es que se produjo, en ningún caso se habría alcanzado con carácter previo a la fecha del otorgamiento de la escritura.

En su nota de calificación el registrador «*entiende que no se identifican plenamente las parcelas, no se acredita la existencia, en relación con la parcela origen de la transmisión, de un excedente entre el aprovechamiento lucrativo correspondiente al titular de la misma y el aprovechamiento objetivo o patrimonializable sobre la misma parcela y el correlativo déficit en la parcela de destino. Por el mismo motivo tampoco se acredita, ni puede comprobarse, la equivalencia de valor urbanístico entre el aprovechamiento urbanístico que se transmite y el aprovechamiento objetivo atribuido por razón del mismo a la finca de destino. No consta la cesión gratuita al municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que trae causa el aprovechamiento subjetivo objeto de transferencia y no se acredita la autorización del municipio para la transferencia de aprovechamiento que se pretende, con la consiguiente inscripción de dicha transferencia en el Registro de transferencias de aprovechamiento. En definitiva no se han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía*».

Por fin, el recurrente considera incorrecta la aplicación del citado artículo 62 al entender «*que el aprovechamiento urbanístico como bien jurídico de contenido patrimonial independiente del suelo puede transmitirse libremente entre los particulares, ya que la regulación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se refiere a las transferencias de aprovechamientos en actuaciones asistemáticas donde el planeamiento prevé transferencias de suelos excedentarios a deficitarios de aprovechamiento subjetivo con el fin de obtener dotaciones o compensar el defecto del aprovechamiento susceptible de apropiación de un propietario*».

2. Sobre los Fundamentos de derecho

La resolución expone inicialmente una serie de consideraciones sobre el régimen general de las transferencias de aprovechamiento tomando como punto de partida el que identifica como «*esfuerzo doctrinal*» realizado fundamentalmente a partir de la Ley del Suelo de 1976 y el apoyo jurisprudencial brindado por el Tribunal Supremo primero en sus sentencias de 22 de junio de 1981 y 4 de mayo de 1982 sobre las Normas Subsidiarias de Ibi y Petrel y sucesivamente en las de 6 y 15 de marzo de 1993 referidas a instrumentos de planeamiento previos a la Ley 8/1990, de 25 de julio, texto legal que, como se recuerda, extendió la técnica del aprovechamiento tipo al suelo urbano tomando como modelo la del aprovechamiento medio prevista para el suelo urbanizable en la Ley de 1976.

A partir de tales consideraciones de orden general de las que ya nos hicimos eco en un anterior comentario a la resolución de 14 de junio de 2011 que igualmente versó sobre la inscripción del aprovechamiento urbanístico en el Registro de la propiedad, lo que interesa destacar de la resolución de 13 de abril de 2016 es lo siguiente:

a) «En las actuaciones sistemáticas (…) las transferencias se producirán en el periodo transitorio en que se adjudiquen o transmitan unidades de aprovechamiento de la unidad de ejecución a las empresas urbanizadoras o agente urbanizador, cuando se admita el pago a estos por esta vía, o incluso a terceros no intervinientes en la actuación y hasta la aprobación definitiva de esta».

b) Se dice seguidamente, después de esgrimir el principio de igualdad como fundamento de las operaciones de transferencia, que «*el ajuste entre el aprovechamiento real definido por el planeamiento y el susceptible de apropiación por el titular del terreno (aprovechamiento subjetivo) ha de procurarse no solo cuando*

se actúe a través de unidades de actuación, es decir, no solo cuando se trate de actuaciones sistemáticas, sino también al margen de ellas, es decir, cuando se produzcan actuaciones aisladas».

c) Reproduciendo lo ya dicho en la resolución de 14 de junio de 2011, reitera la resolución comentada que «*el aprovechamiento subjetivo a que tenga derecho el dueño del terreno, como parte que es de las facultades que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede 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 de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados (v. gr. derecho de superficie o de aprovechamiento especial)*», añadiendo acto seguido la nueva resolución que «*los aprovechamientos urbanísticos, por lo tanto, son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples «derechos expectantes» que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada*».

d) En este sentido, dice la resolución, «*siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, cabe la celebración de un negocio cuyo objeto sea la transferencia de aprovechamiento entre fincas distintas, de forma que quede disminuido el aprovechamiento urbanístico de una finca, en favor de otra, la finca de destino, que acrece su contenido de aprovechamiento en la misma medida en que la de origen lo disminuye, de manera estructuralmente parecida a lo que sucede cuando por medio de una agregación se reduce la superficie de una finca y se aumenta la de otra*».

e) Se destaca igualmente, ya en relación con el supuesto tratado, que «*nos encontramos ante una actuación sistemática que afecta tanto a la finca de origen de las unidades de aprovechamiento transmitidas como a la finca destinataria de las mismas y en la que quedan reflejados los aprovechamientos objetivo y subjetivo del sector*», a lo cual se añade, de un lado, citando el informe del Registrador, que el régimen legal sobre áreas de reparto y aprovechamiento previsto en la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía resulta de aplicación por igual tanto a las actuaciones sistemáticas como a las actuaciones asistemáticas, conclusión a la que se llega por ser de aplicación las áreas de reparto por igual al suelo urbano no consolidado y al suelo urbanizable sectorizado y ordenado «*como es el caso, y en el que por definición no caben actuaciones asistemáticas*», y, de otro, que «*por ello es indispensable que el planeamiento prevea la posibilidad de efectuar transferencias y que la fijación del aprovechamiento subjetivo sea el correcto, para lo que debe partirse del tipo fijado en el Plan debidamente aprobado*».

f) A su vez, en orden a la inscripción de las transferencias de aprovechamiento, destaca la resolución que «*resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no solo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino, de forma que el aprovechamiento cedido o transferido desde la finca de origen a la de destino pueda ser identificado no solo por su contenido concreto, medido en número de unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la ubicación concreta en que ese aprovechamiento podrá ser materializado identificando inequívocamente la finca de destino*».

g) Ante ello, igual que quedó ya dicho anteriormente, se reitera que «*la transmisión del aprovechamiento atribuible al propietario por razón de la titularidad de las fincas afectadas por la ejecución del plan se efectúa con anterioridad a la aprobación definitiva del instrumento de desarrollo y a su ejecución, por lo que la referencia a finca de origen y destino de la transferencia se realiza respecto de las fincas afectadas por el plan, que registralmente son aun fincas rústicas sin que conste en el Registro su aportación, total o parcial, al sistema de ejecución, ni la exactitud de la superficie que consta en el Registro a efectos de la determinación de los metros aportados y en consecuencia de la existencia del aprovechamiento subjetivo atribuido en los términos que constan en la escritura*», determinación con la que «*sería posible su transmisión como facultad que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular*» y que, con base en el artículo 37 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, «*no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma, sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico circunstancias que solo podrán acreditarse mediante la intervención de la Administración actuante*».

g) A tal fin, se sigue diciendo, la inscripción de la transferencia requiere «*que la legislación urbanística aplicable admita o prevea esta posibilidad (cfr. art. 33 del Real Decreto 1093/1997) y, además, que cuando dicha legislación exija una autorización previa o la obtención de una licencia específica o la inscripción en un registro administrativo, dicha autorización, licencia o inscripción en el correspondiente registro administrativo se hayan obtenido previamente*», pues las mismas constituyen «*requisito de acceso al Registro de la propiedad de la transmisión o distribución*» del aprovechamiento urbanístico.

h) Para terminar, concluye la resolución afirmando que «*si la Administración autoriza la transferencia por entender correctos, conforme a la legislación aplicable, tanto los aprovechamientos atribuidos a las fincas como su transmisión, no habría inconveniente en abrir folio independiente de conformidad con el artículo 39.4 y 43 del Real Decreto 1093/1997, si bien, la consolidación de los derechos transmisibles quedará condicionada a la efectiva aprobación de la reparcelación con asignación de los metros y aprovechamiento subjetivo pactado. En caso contrario lo procedente sería la transmisión de una cuota en proindiviso de la finca originaria lo que permitiría al adquirente de dicha cuota intervenir en el procedimiento para conseguir la adjudicación de la finca resultante de la actuación*».

III. SOBRE LA TRANSMISIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LAS ACTUACIONES SISTEMÁTICAS

La razón última que permite configurar el aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho susceptible de intervenir en el tráfico jurídico pasa necesariamente por la premisa no ya de que sea posible su identificación autónoma, lo cual por definición siempre cabe por aplicación de las determinaciones detalladas del planeamiento sobre el suelo objeto de ordenación, sino, más bien, de que junto a tal identificación se admita de modo separado o desgajado del suelo hasta el punto de atribuirle la citada condición de objeto de derecho.

El modelo típico que refleja la situación de autonomía del aprovechamiento es, en el caso del suelo urbano consolidado, el de aquellas parcelas en las que el aprovechamiento subjetivo de su titular exceda del objetivo previsto por el plan, supuesto en el cual el exceso en cuestión o bien participa directamente en un procedimiento de transferencia de aprovechamiento finalmente recayente sobre

una parcela de destino en situación inversa o bien, con carácter previo, es objeto de transmisión a favor de un tercero bien entendido que siempre sujeto a un posterior procedimiento de transferencia como exigencia impuesta por el deber legal de ejecutar el planeamiento.

Frente a ello, sin embargo, lo que resulta más difícil aceptar, fuera de los supuestos en los que se tratara de suelos ya edificados pero con un exceso de aprovechamiento objetivo permitido por el plan y no llegado a consumir, es que el propietario de un solar pudiera transmitir un aprovechamiento llamado a consolidarse sobre el mismo en su integridad.

Este es, precisamente, el modelo del que partía la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y es también el modelo del que parte el artículo 62 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía al referir las transferencias al caso concreto de un aprovechamiento subjetivo que los propietarios «*no puedan materializar*» sobre su finca o parcela. De ahí que en caso de ausencia de desequilibrio entre aprovechamiento subjetivo y objetivo lo correcto fuera o bien la enajenación del solar en su totalidad o bien de una cuota indivisa.

A su vez, en cuanto se refiere a los suelos sujetos a actuaciones sistemáticas la admisión aludida, esto es, la de la existencia autónoma del aprovechamiento urbanístico y la posibilidad sucesiva de intervenir en el tráfico jurídico tiene lugar cuando, según prevé primero el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se está en presencia de «*sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente*», lo que queda nuevamente reflejado en el sucesivo artículo 43.

Es decir, en el caso de las denominadas actuaciones sistemáticas la configuración del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho pasa por su vinculación a sistemas de actuación en los que la urbanización haya de ser ejecutada por los propietarios, supuesto en el cual la adjudicación de aprovechamiento a una empresa urbanizadora o a un tercero antes siempre de la aprobación del instrumento reparcelatorio responde al caso concreto de una adjudicación en pago de la ejecución de la urbanización, a la que se destina el producto de la venta.

A lo cual cabría añadir el supuesto contemplado en el apartado 2 del citado artículo 39 en cuanto estuviera igualmente ligado, como es lo propio en la utilización de la técnica de la ocupación directa prevista para la obtención de los suelos afectos a redes públicas, al desarrollo de procesos reparcelatorios, esto es, cuando la obtención anticipada de tales suelos no va acompañada de la correspondiente indemnización sino del reconocimiento a favor del propietario del aprovechamiento que le corresponde materializar una vez se adjudiquen las parcelas de resultado en correspondencia con el mismo.

Pues bien, en cuanto se refiere a las actuaciones sistemáticas, fuera de los dos supuestos mencionados y siguiendo el modelo del suelo urbano consolidado, no se comparte la posibilidad ofrecida por la resolución de 13 de abril de 2016 de admitir la transmisión de aprovechamientos urbanísticos desligados del suelo no solo una vez alcanzada la aprobación del proyecto reparcelatorio, lo que resulta evidente pues a partir de tal acto necesariamente se actúa sobre las fincas de resultado, sino antes de tal aprobación.

Y es que, en efecto, en las actuaciones sistemáticas no puede hablarse en rigor de fincas de origen y fincas de destino de una supuesta transferencia de

aprovechamiento pues el cumplimiento del principio de equidistribución se alcanza de manera conjunta para todo el ámbito a través de la aprobación del proyecto de reparcelación en el que, por aplicación del principio de subrogación real, las fincas aportadas son sustituidas por las fincas adjudicadas. Ello significa que, en contra de lo expresado en la resolución, en este orden no hay indeterminación susceptible de ser superada para, a partir de tal superación, dar vía libre a transferencia alguna de aprovechamiento entre suelos pertenecientes a un mismo ámbito.

De igual modo, más allá de los casos señalados en los que resulta posible la existencia autónoma del aprovechamiento urbanístico en ámbitos sujetos a procesos reparcelatorios y con ello su transmisión, no caben tampoco actos de esta naturaleza pues este no puede existir de modo autónomo desgajado del suelo[2], lo que hace extensiva a este supuesto la afirmación contenida en la resolución cuando, por referencia a los casos en que no se obtuviera autorización administrativa para una transferencia, termina por sostener que «*lo procedente sería la transmisión de una cuota en proindiviso de la finca originaria lo que permitiría al adquirente de dicha cuota intervenir en el procedimiento para conseguir la adjudicación de la finca resultante de la actuación*».

Por lo demás, hay una última consideración que debe efectuarse y que solo muy tangencialmente quedó tratada en la resolución cuando en realidad constituía un obstáculo de fondo de primer orden por sí solo suficiente para haber rechazado de plano la inscripción de la venta de aprovechamiento.

Nos referimos al hecho expuesto en la resolución según el cual a la fecha de otorgamiento de la escritura de venta de las unidades de aprovechamiento no se había alcanzado ni siquiera la aprobación provisional del Plan Parcial, instrumento de planeamiento que justo por tener legalmente encomendada la definición de la ordenación detallada en ámbitos sujetos a procesos reparcelatorios ha de ser aprobado definitivamente como condición necesaria para poder tomar pleno conocimiento del conjunto de determinaciones urbanísticas del suelo ordenado.

No es materialmente posible saber la diferencia entre el aprovechamiento objetivo de un suelo y el subjetivo correspondiente a su propietario si el primero no está plenamente cerrado, lo cual únicamente es posible cuando el planeamiento al que le corresponde establecer la ordenación pormenorizada, en este caso el Plan Parcial, ha sido objeto de aprobación definitiva.

Es más, en ámbitos sujetos a procesos reparcelatorios en los que la obligación de urbanizar corresponde a los propietarios de suelo, según es el caso del sistema de compensación, cualquier acto de disposición de aprovechamiento debería quedar sujeto al inicio de la fase de gestión mediante la constitución de la correspondiente Junta de Compensación, momento a partir del cual confluye la voluntad de los propietarios a fin de asumir el conjunto de deberes inherentes al sistema.

CONCLUSIONES

I. La resolución de 13 de abril de 2016 diferencia con acierto entre aquellos supuestos de transferencia de aprovechamiento con fines urbanísticos y aquellos otros en los que de lo que se trata es de la transmisión del aprovechamiento subjetivo según su consideración como derecho susceptible de negociación independiente.

II. Situados en el segundo supuesto, el de la transmisión de aprovechamientos, su reconocimiento generalizado en el caso de las denominadas actuaciones sistemáticas resulta sin embargo discutible en aquellos casos en los que el ordenamiento no contempla de modo expreso su posible existencia autónoma, premisa que se presenta como condición previa necesaria.

III. Así, la posible existencia autónoma del aprovechamiento urbanístico como condición previa para su transmisión cabe apreciarla en el caso de la empresa urbanizadora que en pago de la obra de urbanización a cuya ejecución se compromete se le reconoce un concreto aprovechamiento de valor equivalente, en el del propietario inicial del suelo afecto a redes públicas obtenido por ocupación directa al que se le reconoce el aprovechamiento generado por el mismo o, entre otros, en el de la Administración como titular de suelos demaniales cuyo aprovechamiento es objeto de desafectación.

IV. Fuera de los anteriores supuestos, carece de sentido que el titular de un suelo aportado a un proceso reparcelatorio enajene todo o parte de su aprovechamiento pues en tal caso lo lógico sería la transmisión de la finca en su totalidad o una cuota indivisa de ella, titularidad plena o cotitularidad que permite la actuación sucesiva en el proceso reparcelatorio.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de febrero de 1991
- STS de 22 de junio de 1981
- STS de 4 de mayo de 1982
- STS de 6 de marzo de 1993
- STS de 15 de marzo de 1993
- RDGRN de 14 de junio de 2011
- RDGRN de 13 de abril de 2016

BIBLIOGRAFÍA

LASO BAEZA, V., La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la resolución de 14 de junio de 2011, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 733, 2012, 3027 a 3025.

LANZAS MARTÍN, E., en Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, 2015, 1681 a 1693.

NOTAS

[1] LASO BAEZA, V., La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la resolución de 14 de junio de 2011, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 733, 2012, 3027 a 3025.

[2] Un supuesto adicional en el que la transmisión si sería posible es el derivado de la previa desafectación del aprovechamiento derivado de bienes demaniales a que se refiere el artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuestión de la que se ha ocupado LANZAS MARTÍN, E., en Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, 2015, 1681 a 1693.

4. DERECHO BANCARIO

El caso «Valores Santander». A la espera de la casación tras la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (II)

The Santander securities case. Waiting for the Supreme Court after the contradictory doctrine of provincial appellate courts (II)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: Dentro de la clara doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en el caso «Valores Santander», existe cierta «jurisprudencia menor» que ha sostenido la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido», existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

ABSTRACT: Provincial appellate courts have established a clear contradictory doctrine in the Santander securities case, but within that doctrine there is a certain thread of «minor jurisprudence» holding that there is no vice-of-consent error. The argument is that the records sufficiently show that there was a stylised, pre-drafted subscription request in which the signatory declared that he knew how the investment worked and what risks were involved, and that an informative triptych was supposedly delivered, and there is even reference to a securities note and an issuer registration document that the investor could consult should he wish. In our opinion, this argument falls to the floor when faced with controls over the inclusion and transparency of general contract terms and conditions. The concepts of «unfair terms» and «error caused from without» apply in cases such as this, where the duty of information has not been discharged properly and an information asymmetry situation clearly exists.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Orden de suscripción estereotipada. Transparencia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: Contract law. Stylised subscription request. Transparency of general contract terms and conditions. Unfair terms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DOCUMENTAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—III. DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES.—IV. DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. —V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior nos limitábamos a efectuar una exposición del debate en relación a uno de los instrumentos financieros litigiosos, sobre los cuales existe una clara doctrina contradictoria al respecto de nuestras Audiencias Provinciales, es el conocido como «Valores Santander», respecto del que señalábamos que nuestro Tribunal Supremo ya ha procedido a admitir recursos de casación por *interés casacional* en razón de la cuantía (inferior a los 600.000 euros), ante la acción de anulabilidad planteada, mediante las siguientes resoluciones:

i) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 28664)

ii) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 29273)

iii) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 4 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 81770)

En relación con el carácter complejo del producto financiero «Valores Santander», este fue destinado a clientes para obtener recursos destinados a la compra del Banco Holandés ABN Amro a través de una OPA, emitiendo un producto cuyas condiciones dependían del éxito de la OPA, de manera que si no se llevaba a efecto, los «Valores Santander» serían una inversión de renta fija con vencimiento a un año. Pero si la OPA se llevaba a cabo, dichos Valores se convertían en Obligaciones Necesariamente Convertibles en acciones Santander, de manera optativa en los periodos anuales establecidos en las condiciones de emisión y obligatoriamente el último año, con un límite de duración de cinco años.

Se estableció un precio de suscripción por cada Valor que en el momento de su conversión en acciones se cambiaría por acciones que se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción durante los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, o, «Valores Santander», que era la denominación con que se comercializaron, con lo que la operativa no era la de una simple compra de acciones, puesto que existían otras particularidades que complicaban la aleatoriedad del producto y con ello su comprensión, pues incluso al final del operativo, con la consumación del contrato, la obligación de convertir los Valores en acciones al final del término, se hacía por un precio del 116% de cotización Santander a

17 de septiembre de 2007, con unas variables en relación con la remuneración, no asegurada, que revelaban el carácter complejo y de riesgo que presentaba el producto.

En las sentencias de las Audiencias Provinciales que han negado la apreciación del error vicio en la contratación de los «Valores Santander», se han venido calificando a los mismos, de forma sorprendente, como un producto financiero exento de riesgo y merecedor de una información completa y trasparente, asimilándolo a la contratación de acciones cotizadas. Además, esta «jurisprudencia menor» ha sostenido igualmente la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido» al que antes hacía referencia, existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

Para un mejor entendimiento del caso, hemos de poner de manifiesto que en las sentencias de apelación que niegan la existencia del error vicio del consentimiento y en relación con el contenido de la Orden de Valores, se expone que:

> «el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) está a su disposición».

Y en relación con el resto del contenido de la propia Orden de Valores, se observa lo siguiente:

> «Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla «Importe Solicitado».
>
> El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia. Reconoce igualmente que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y de las vigentes normas sobre fechas de valoración y autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible en la indicada para atender su liquidación y, en último extremo, a la enajenación de valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite, así como a reclamar la cantidad adeudada, o la parte de la misma que quede pendiente después de realizar la venta, y sus intereses al tipo publicado por la entidad en cada momento para los descubiertos en cuenta».

Pues bien, al hilo de esta introducción recordatoria, las cuestiones que dejamos planteadas en relación con este caso fueron las siguientes:

i) Si procede la no incorporación (nulidad) del contenido de la orden de valores en cuanto a la declaración del predisponente de que el *Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor)* está a disposición del inversor, por lo que no podría tomarse en consideración ningún elemento de cognoscibilidad por la contratante de cualquier información referida en dicho Resumen y Folleto completo.

ii) Si el hecho de que en la orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, implica que la financiera ofreciese una real información de los valores y que la misma se produjera con la antelación suficiente.

iii) Si se impone, en definitiva y en este caso, la presunción de error invalidante que se deriva del incumplimiento por la entidad bancaria del deber de información, razón por la que ha de hablarse de «*error heteroinducido*» por la falta de puesta de manifiesto al cliente del riesgo real de la operación.

II. DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DOCUMENTAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Hemos de expresar como antecedente, los siguientes pronunciamientos de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre la apreciación de oficio de la nulidad imperativa de cláusulas abusivas, que expresamente prevén lo siguiente:

110. En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010 (RJ 2010, 6554), RC 2010, 1762, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, DUARTE HUEROS, C-32/12, punto 46, a las empresas no les «trae cuenta» intentar utilizarlas, ya que «de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 (LCEur 1993, 1071) y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera». Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de Abogado General, por ejemplo:

STJUE de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299) (asunto C-168/05, caso MOSTAZA CLARO), «27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002 [TJCE 2002, 345], Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)».

111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que «[…] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones

de la Directiva el carácter de norma «imperativa», de «orden público económico», que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales». Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155)*, Pannon, apartado 23, según la cual «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».*

112. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155)*, Pannon, apartado 32, según la cual «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva», para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que «el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello»* (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46]*, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23,* 14 de junio de 2012 [TJCE 2012, 143]*, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).*

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido, ya que «semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin» (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 24).

114. En definitiva, como ha reiterado el TJUE «el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual» (SSTJUE de 6 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 309]*, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23).*

115. A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión.

(…)

123. No obstante, este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio quod nullum est nullum effectum producit *(lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la* STS 88/2010, de 10 de marzo *(RJ* 2010, 2337*) (RC 2005, 2492) «esa operatividad* ipso iure *es una de las características de la nulidad absoluta».*

124. Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero de 2013 C-32/12, DUARTE HUEROS, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y «de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida», ya que, si

bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas «no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)».

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación para que una condición general quede incorporada al contrato, se requiere por parte del adherente la aceptación de la misma en base a la claridad, carácter completo y legibilidad, así como la entrega de un ejemplar de las condiciones generales de la contratación, debiéndose completar el análisis o control con la cognoscibilidad.

Por otro lado, el artículo 80.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, exige en cuanto a la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas que conformen el contenido de contratos celebrados con consumidores que han de cumplir con los requisitos de «*accesibilidad* (…)*, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*», por lo tanto si el consumidor adherente no ha tenido posibilidad de conocer esas cláusulas no negociadas no puede considerarse cumplido el requisito de incorporación al contrato.

Además, para los contratos celebrados por escrito, el artículo 80.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias prevé que las cláusulas no negociadas deben tener «*posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual*», lo cual incide en que al consumidor adherente ha de habérsele proporcionado un ejemplar del condicionado general, para que así forme parte del contrato y se entienda cumplido el requisito de incorporación previsto en el artículo 5.1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, debiéndose eliminar pues la validez de las conocidas como «*cláusulas de referencia*»; siendo que la no incorporación ha de llevar a la nulidad de la correspondiente condición general, ya que gozan del mismo régimen jurídico de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, que prevé lo siguiente: «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*».

En conclusión, entendemos que en el caso analizado procede la no incorporación (nulidad) del contenido de la orden de valores en cuanto a la declaración del predisponente de que el *Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor)* está a disposición del inversor, no pudiendo tomarse en consideración ningún elemento de cognoscibilidad por consumidor adherente de cualquier información referida en dicho Resumen y Folleto completo.

Por otro lado, respecto de los requisitos de las condiciones generales del artículo 1 Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, hemos de traer a colación la STS de 9 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 3088) recurso 485/2012:

«137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. 138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor —la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores».

Asimismo, como señala la *STS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015, 2042)* recurso 1072/2013:

«Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente», aunque el que las condiciones generales vengan impuestas por la contratación en masa, no implica su ilicitud, pues como señala la ya citada STS 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 «166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio *(RJ* 2012, 8857), *RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico 'modo de contratar', diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la* STS 99/2009, de 4 de marzo *(RJ* 2009, 1626), *RC*

535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión […] no provoca por ello mismo su nulidad".

Sin que pueda excluirse la aplicación de la Ley 7/1998 porque se trate de condiciones generales referidas al objeto principal o se trate de cláusulas delimitadoras del riesgo, pues como señala la ya citada STS de 9 de mayo de 2013 «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo».

Por lo tanto, al encontrarnos ante condiciones generales de la contratación predispuestas o impuestas al consumidor, sin posibilidad de negociación, se deberá efectuar el primer control de transparencia documental (de incorporación o de inclusión), pues como señala la *sentencia núm. 138/2015 del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015* (RJ *2015, 845),* Rec. 1765/2013:

«*La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al* artículo 4.2 *y* 5 *de la Directiva 93/13/CEE*».

De lo que se deriva que el primer control de las condiciones generales (presupuesto el de legalidad que en el presente supuesto no es controvertido) es el de transparencia documental, a tenor de los preceptos que se reseñan en la sentencia trascrita.

De igual modo, este primer control de transparencia documental (de incorporación o inclusión) se reitera por la *STS de 23 de diciembre de 2015* (RJ *2015, 5714)* recurso 2658/2013, en sus distintos fundamentos:

«*Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical […] Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación —en adelante, LCGC) […] 3. Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión* (arts. 5.5 y 7 LCGC), *en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al* artículo 4.2 *y* 5 *de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensi-*

bles, las eventuales modificaciones del coste» […] 4. En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar —artículos 5 y 7)…».

En relación a un contrato de crédito al consumo, la STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 ha declarado que:

«*la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*».

Es decir, el requisito de la transparencia implica no solo que las cláusulas sean claras sino también comprensibles.

Así pues, resulta abusiva la cláusula de asunción de riesgos, que se considera ficticia. El artículo 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece que, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Es interesante, sobre esta concreta cuestión, la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012), que señala que:

> «*en la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades «(…) explica que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación— no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción* "iuris et de iure" *de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información». Distingue a continuación dos contenidos diferentes de los contratos, estrechamente vinculados porque «las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna expresada en la correspondiente declaración».*

— Las manifestaciones de voluntad, como:

> «*exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando estos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de voluntad*».

— La declaración de ciencia, que está dirigida a:

> «dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que esta produzca efectos jurídicos». Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que esta última, contiene una referencia a la realidad que la primera no precisa: «una declaración de ciencia es, en efecto, una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos».

Y continúa la sentencia que se analiza:

> *«esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia, tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo».*

En conclusión de lo expuesto relativo al control de transparencia, todo ello conduce a considerar que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o «ficticios».

Por lo tanto, y en resumen la «*declaración de ciencia*» que se efectúa en la propia Orden de Valores acerca de las *complejidades y riesgos* de la inversión puede considerarse nula al consistir en una cláusula abusiva, no solo, por falta de información precontractual, en su caso, de la entidad de crédito comercializadora y por causarle error en la contratación al consumidor contratante, sino porque se trata de una declaración de conformidad sobre un hecho ficticio o inexistente (o al menos no probado en determinados casos analizados), a saber, el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual por parte de la entidad comercializadora sobre los valores de riesgo litigiosos, de ahí que la apreciación de tal «*declaración de ciencia*» por parte de determinadas sentencias desestimatorias de las pretensiones del consumidor adherente hacen que incurran en infracción del artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y por tanto en «*validar*» una cláusula abusiva, que por normativa imperativa y de Orden Público es nula de pleno derecho.

III. DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES

El hecho de que en la Orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, ello no implica por sí solo que la financiera ofreciese una real información de los valores, puesto que de lo contrario supondría una vulneración de la Jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo, concretamente la establecida en la sentencia núm. 460/2014 de 10 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5304)

acerca de los requisitos para la apreciación de la nulidad en supuestos conocidos como «pre-MIFID», que aprecia la nulidad de contrato de inversión por vicios del consentimiento, al apreciarse que el incumplimiento por la demandada del nivel de información exigible supone la excusabilidad del error.

> «El artículo 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados […]».
>
> Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo (LCEur 1993, 1706), sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los artículos 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su artículo 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados […]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes», establece en su artículo 12:
>
> «La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo […]».
>
> El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo *(RCL* 1993, 1560), aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos […]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación

> y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».
>
> La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 *(RCL* 1995, 3013), que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su artículo 9: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, entre otras, se refiere a la relevancia del deber de información, estableciendo que:

> «Según se declaró en la STS núm. 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS núm. 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso núm. 1979/2011, en la que —aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID— se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015, señala que:

> «… hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, que con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

Es decir, la empresa de servicios de inversión ha de informar sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales del producto de inversión contratado.

De hecho, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, expresamente se pronuncia al respecto del siguiente tenor literal (FD 6.º):

> «Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida.»

Además, la empresa de servicios de inversión no cumple con haber puesto a disposición la documentación relativa a la inversión del producto financiero complejo contratado, ya que la obligación es de carácter activo, o sea de información real y no mera disponibilidad.

De hecho, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, expresamente se pronuncia al respecto del siguiente tenor literal (FD 7.º):

> «La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad».

Se hace preciso recordar que la carga de la prueba, ante la negativa del cliente, corresponde a la parte demandada, pues es el Banco quien tiene la obligación legal de informar a su cliente y por tanto quien tiene la necesidad de probar el cumplimiento de la normativa vigente y el alcance de la información facilitada, es decir, corresponde a la entidad demandada probar que facilitó una información completa y necesaria para que el cliente pudiera prestar su consentimiento sobre el producto que iba a contratar (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *[RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001, 1892] y en especial el principio de facilidad probatoria, apartado 7 de dicho artículo), toda vez que es la entidad quien tiene mayores posibilidades de acreditar el alcance y contenido de la información facilitada a la actora, mediante la exhibición y aportación al proceso de los documentos que hubiera empleado a tal fin, en sus manos tiene acreditar haber suministrado una información precontractual fiable.

Por tanto la presumible infracción de la normativa del Mercado de Valores, nos lleva a la doctrina de la STS de 20 de enero de 2014 en el sentido de que «*la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo*».

IV. DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Lejos de repetir los clásicos requisitos del error vicio del consentimiento, la reciente Jurisprudencia recaída en supuestos de contratación de instrumentos financieros, ha perfilado la idea de la «*excusabilidad*» del error.

En la STS de 20 de enero de 2014 se expresa que:

> «*si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma compren-*

> *sible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente*».

Por tanto, el incumplimiento de los deberes de información está íntimamente ligado al requisito de la excusabilidad del error.

STS de 20 de enero de 2014:

> «Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del *swap*». Reitera esta consideración expresamente la STS de 10 de septiembre de 2014.

STS de 20 de enero de 2014:

> «Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el artículo 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información».

Según la STS de 20 de enero de 2014:

> «Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad. En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de ase-

> soramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el *swap,* como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de *swap,* no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio».

STS de 20 de enero de 2014:

> «si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Como expone VALPUESTA GASTEMINZA[1], en relación con el análisis jurisprudencial que realiza: «Todo este cúmulo de resoluciones sobre situaciones PreMiFID, además, ha servido para añadir varias precisiones a la formulación inicial de la doctrina del Tribunal Supremo (las cuales también se utilizan en sentencias relativas a contratos realizados vigente y a la normativa MiFID). De ellas, destacaría las siguientes. En primer lugar, se desarrolla un poco más la idea de la «excusabilidad» del error. En la STS de 20 de enero de 2014 se había manifestado que «si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente». Como antes señalé, me parece una forma muy poco razonada de obviar, o presuponer, el requisito de la excusabilidad. Pues bien, la jurisprudencia posterior ha desarrollado un poco más la idea, alegando que en estos casos el error ha sido «heteroinducido» por la empresa de inversión, por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, por lo cual «no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues […] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad» (STS de 15 de octubre de 2015, que se apoya para este aspecto en la STS de 26 de febrero de 2015). La STS de Pleno 30 de junio de 2015 afirma que «El incumplimiento por las demandadas del estándar de información […] determina que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido

el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba». Me parece que la crítica que realicé sigue sin resolverse. Si la empresa informa bien, y pese a ello el cliente no quiere comprender el producto («no hace caso»), el error es inexcusable. En esto nos hallamos de acuerdo (y por eso, entre otras muchas razones, es bueno informar). Pero el no informar no «induce» necesariamente al error. Si el cliente conoce perfectamente el producto no estará equivocado, pese a la falta de información.

Cuestión distinta es que el cliente «confíe» en la información dada por la entidad (que debe ser completa), y por eso esté justificado que no emplee una diligencia especial en indagar por su cuenta sobre la naturaleza del producto. Pero eso, *per se*, no hace el error excusable, pues todo depende del tipo de producto, de su complejidad, de la formación previa del cliente, etc. Y, por último, también constituye otro problema que la empresa de inversión falsee la información, u oculte información relevante cuando supuestamente informa de todas las características del producto: ahí sí puede coadyuvar al error, pero eso es más bien un dolo y una falsedad, que resulta algo bien distinto, con sus requisitos propios»

Pues bien, la jurisprudencia ha elaborado la categoría del error «*heteroinducido*» por la empresa de inversión, cuando no se informa al inversor de los riesgos de la operación, en cuyo caso «*no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues […] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad*» (SSTS de 15 de octubre de 2015, y 26 de febrero de 2015).

La STS de Pleno 30 junio 2015 afirma que:

> «*El incumplimiento por las demandadas del estándar de información […] determina que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba*».

Asimismo, destaca la STS de 10 de noviembre de 2015, en cuanto a la excusabilidad del error, razona que:

> «Y como expresamos, igualmente, en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes —que no son profesionales del mercado financiero y de inversión— quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

> «El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero».

Por tanto, el error se apreciará claramente, en la medida en que no quede probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos, incumbiéndole la carga de la prueba a la entidad comercializadora del instrumento financiero en cuestión.

Además, como ya se aclaró en la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014:

> «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

En este caso, en cuanto a las generales circunstancias personales del contratante determinadas sentencias de apelación aprecian que esta, si bien no reunían los requisitos que la legislación actual exige para ser considerados clientes profesionales, estaban familiarizados con la contratación bancaria y no eran totalmente ajenos a los contratos parabancarios o servicios de inversión, aunque no consta la información que se le proporcionase sobre la naturaleza y riesgos de dichos productos, debiendo concluirse que el consentimiento de la demandante se encontraba viciado por falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo debido al incumplimiento —no acreditado normalmente, de contrario— de los deberes de información que le imponía a la entidad comercializadora la normativa del mercado de valores, en el contexto de las relaciones de confianza que venían manteniendo y que, pese a ello y en todo caso supondrían la necesidad o conveniencia de acudir a un asesoramiento o indagación complementarios, teniendo en cuenta que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015 con referencia a lo afirmado en su sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de «*error heteroinducido*» por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

Además, el hecho que comúnmente se alega de contrario relativo a que el adquirente de los valores litigiosos tenía también otras inversiones, como dice

la reciente sentencia del TS de 12 de enero de 2015, no le convierte en experto, puesto que —en la generalidad de los casos analizados— no se ha probado que se les diera información adecuada para su contratación.

No probando la entidad bancaria que se le dio al inversor la información exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

La misma sentencia del TS recoge:

> «el hecho alegado por el Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones, no la convierte en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para conocer el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.»

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 31/2016 de 4 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 223), «*son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable*», al pronunciarse del siguiente tenor literal:

> «Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre *(RJ* 2015, 5600), 633/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 4973), y 651/2015, de 20 de noviembre (RJ 2015, 5629), entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa (ni siquiera los de quien tiene estudios de comercio o de economía, lo que no es el caso puesto que los administradores de CDA eran un odontólogo y su esposa, ambos de avanzada edad), pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre [RJ 2015, 5466])».

De esta forma, la obligación de probar el cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad de crédito comercializadora se antepone necesariamente a la obligación de prueba por el consumidor e inversor minorista del error padecido en la contratación del instrumento financiero complejo, tal y como expresan correctamente las sentencias de las Audiencias Provinciales que han estimado la existencia de un error vicio del consentimiento en la adquisición de «Valores Santander», sobre la base del seguimiento de la moderna y correcta jurisprudencia del Tribunal Supremo que analiza en relación con el caso concreto de adquisición de instrumentos financieros complejos los requisitos del error vicio del consentimiento al amparo del cumplimiento de los deberes de información contractual que pesan sobre la empresa de servicios de inversión.

Cabe hablar por tanto en este caso de la existencia de una presunción de error invalidante que se deriva del incumplimiento por la entidad comercializadora del deber de información, lo que nos hace entrar dentro de la categoría del «*error heteroinducido*» al no informarse debidamente al cliente de los riesgos reales de la operación de contratación del instrumento financiero en cuestión. No se trata en el caso de un error de carácter inexcusable —carente de eficacia invalidante— pues como declaró la Sala en la STS de Pleno núm. 244/2013, de 18 de abril *(RJ* 2013, 3387), recurso núm. 1979/2011, la obligación de información

que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad, sin que haya quedado acreditado en muchos de los casos analizados la experiencia previa del inversor en instrumentos financieros complejos.

V. BIBLIOGRAFÍA

VALPUESTA GASTEMINZA. Incumplimiento de normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: Consecuencias en el ámbito contractual según la Jurisprudencia española. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 271-299.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 28664)
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 29273)
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 4 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 81770)
- STS de 9 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 3088)
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 10 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 5304)
- STJ de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 29 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2042)
- STS de 24 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 845)
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 10 de noviembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5714)
- STS de 4 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 223)
- SAP de Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2012, 2185)

NOTAS

[1] VALPUESTA GASTEMINZA. Incumplimiento de normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: Consecuencias en el ámbito contractual según la Jurisprudencia española. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 271-299.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 20 de septiembre de 2016, se celebró en Sevilla la JORNADA *EDIFICACIONES DE USO RESIDENCIAL EN PARCELACIONES URBANÍSTICAS EN TERRENO NO URBANIZABLE. LA PRESCRIPCIÓN EN EL NUEVO RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 185 DE LA LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA*, organizada por el Decanato Territorial de Andalucía del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Exponen:
D. Rafael MÁRQUEZ BERRAL, Secretario General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana.
Dña. Virginia PÉREZ PINO, Inspectora de Urbanismo.
Dña. Yolanda ORTÍZ MALLOL, Fiscal de Medio Ambiente.
D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director de Servicio de Estudios y Registrador de la propiedad de Sevilla n. 17.
Dña. Rocío MARTÍN FAÑANAS, Letrada de la Junta de Andalucía.
D. Francisco Javier RUIZ BURSÓN, Inspector de Urbanismo.

ARAGÓN

El día 5 de mayo de 2016, la fundación Manuel GIMÉNEZ ABAD en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro de su programa de actividades, organizó la JORNADA *MÉXICO Y ESPAÑA: UNA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL*, con el siguiente programa:

Inauguración:
A cargo de don Antonio COSCULLUELA BERGUA, Presidente de las Cortes de Aragón.

El Parlamento y la formación de gobierno:
«Gobierno en funciones y función legislativa», por Piedad GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, Letrada de las Cortes Generales, Exsecretaria General del Congreso de los Diputados, Catedrática de Derecho Constitucional (UCM).
«Control y Parlamento con el Gobierno en funciones», por Manuel ALBA NAVARRO, Letrado de las Cortes Generales, Exsecretario General del Congreso de los Diputados y del Senado.
«La posición del Bundestag ante un gobierno en funciones», por Mario KÖLLING, Investigador de la Fundación Manuel GIMÉNEZ ABAD.

Reforma constitucional en España. Reforma de la Constitución y gobiernos de coalición en México.
«El ámbito de la reforma constitucional en España. Una reflexión general», por Javier GARCÍA ROCA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Exdirector del Instituto de Derecho Parlamentario.
«El Gobierno de coalición en México. La reforma de la Constitución mexicana», por Daniel BARCELÓ ROJAS, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
«Reforma constitucional y organización territorial», por José TUDELA ARANDA, Letrado de las Cortes de Aragón. Secretario General de la Fundación Manuel GIMÉNEZ ABAD.
«Gobiernos de coalición. Desarrollo y perspectivas en México», por Luis MENDOZA CRUZ, Investigador parlamentario y Catedrático de la UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.

EXTREMADURA

El día 5 de julio de 2016, el Ilustre Colegio Notarial de Extremadura organizó la JORNADA SOBRE *COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO, NOTARIADO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.*

Apertura: Ilmo. Sr. D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Ponencias:
«Visión práctica registral de la Ley 13/2015», por D. Pedro FANDOS, Registrador de la propiedad.
«La intervención notarial con relación a la concordancia entre Registro de la propiedad, Catastro y realidad física», por D. José Guillermo PEÑA, Notario.

«Los servicios de Información del Catastro para la coordinación con el Registro», por D. Pablo PUYAL SANZ, Adjunto a la Directora General del Catastro.

Mesa redonda con la participación de los ponentes.
Clausura de la Jornada:
Dña. Belén NAVARRO HERAS, Directora General del Catastro.

MADRID

El 12 de julio de 2016 tuvo lugar en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, el ENCUENTRO *UNA JUSTICIA DE FUTURO 2ª EDICIÓN* en una Mesa Redonda con el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Reciben:
D. Fernando SAAVEDRA, Jefe de Protocolo de la UIMP.
Dña. Loreto BACARIZA CEBREROS, Asesora del Ministro de Justicia y Directora del Encuentro.
Mesa presidencial:
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.
Ilma. Sra. Dña. Angelina TRIGO PORTELA, Directora de la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración del Ministerio de la Presidencia (CORA).
Ilmo. Sr. D. César BELDA CASANOVA, Decano del Colegio Notarial de Valencia, miembro de la Comisión Permanente del Consejo del Notariado y Consejero Delegado de ANCERT.
Sr. D. Luis Antonio GALLEGO FERNÁNDEZ, Vocal de la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Registradores de España y Director del Servicio de Sistemas de Información del ICRE.
Sra. Dña. Pilar CIRIA MOTILLA, Secretaria Judicial con destino en el Registro Civil de Madrid.

Desarrollo: Moderó el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO y realizó una breve presentación de cada ponente (8) y al finalizar cedió la palabra a:
Ilma. Sra. Dña. Angelina TRIGO PORTELA.
Ilmo. Sr. D. César BELDA CASANOVA.
Sr. D. Luis Antonio GALLEGO FERNÁNDEZ.
Sra. Dña. Pilar CIRIA MOTILLA.
El público tuvo la oportunidad de participar en el debate.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Giuseppe Grisi (a cura di), *La obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli: Jovene Editore, 2014. 319 págs. ISBN: 978-88-243-2302-4

por

ELENA SÁNCHEZ COLLADO
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos

Somos conscientes de que este libro, en gran medida, es más un libro de historia del Derecho que de Derecho privado vigente, habida cuenta de la velocidad vertiginosa con que se producen los desarrollos legislativos en los últimos tiempos, a la medida de las exigencias de reformas y adaptaciones que la crisis económica que venimos arrastrando desde 2008 impone. Sin embargo, los temas abordados en este volumen, y sobre todo la perspectiva binacional que ofrece, pueden resultar de un interés más general que desborde las limitaciones temporales que los procesos de edición, lectura y análisis del material reclaman. De ahí que, a nuestro juicio, una lectura de una obra de estas características no aporte solamente informaciones detalladas sobre el *iter* legislativo, jurisprudencial y doctrinal que diversos instrumentos de abordaje de los problemas sociojurídicos derivados de la crisis económica han seguido tanto en Italia como en España en los últimos años, sino también interesantes puntos de reflexión dogmática en clave comparativa a la hora de valorar críticamente la consideración de los nuevos problemas jurídicos aparecidos como consecuencia de la crisis, o incluso ciertas figuras ya presentes con anterioridad pero de difícil encaje en nuestros sistemas jurídico-privados nacidos en el siglo XIX.

El libro es resultado de un proyecto de colaboración entre diversas Universidades italianas y españolas (Roma III, Zaragoza, Burgos y Valladolid) dedicado a las perspectivas del Derecho contractual europeo en Italia y en España, al que fueron dedicados diversos encuentros científicos, fruto de uno de los cuales, desarrollado en la Universidad de Roma III en la jornada de 10 de mayo de 2013, es el presente volumen, que recoge una decena de colaboraciones realizadas por diversos miembros del grupo de investigación. En ellas se abordan diversos problemas derivados del impacto de la crisis económica en los ordenamientos jurídico-privados de ambos países (experiencias que, en realidad, son, *mutatis mutandis*, trasladables a los demás Estados de Europa, sobre todo a los países del sur de Europa o Irlanda, que han sufrido con más hondura las consecuencias de la crisis), y sus inevitables consecuencias sociales, como es la cuestión de los impagos generalizados (DI MAJO, GRISI, PARRA, SERRANO), las cláusulas abusivas y las relaciones contractuales asimétricas con los consumidores (ROS-

SI CARLEO, DE CASTRO VÍTORES, RABITTI) o las crisis de insolvencia en el ámbito empresarial (SPOTO, ANDRÉS SANTOS).

El volumen viene encabezado por una relación inicial de carácter comprensivo a cargo de Salvatore MAZZAMUTO («Introducción al Derecho privado europeo», pp. 1-21), quien señala que la propuesta inicial de construcción de un Derecho privado europeo surgió en el ambiente romanístico, enlazando con una antigua tradición de pensamiento, cual es la de recurrir al derecho romano en la construcción del edificio común europeo, con la finalidad de explicar planteamientos e incongruencias presentes en los códigos, buscando su origen en las fuentes romanas y en la reflexión de la ciencia del derecho, construida sobre estas. Pero, a diferencia de REINHARD ZIMMERMANN —quien, retomando la tradición del *ius commune*, predica una especie de neopandectismo y teoriza sobre la funcionalidad del Derecho romano en la construcción del Derecho privado de la Unión Europea—, para el autor la época de oro de la dogmática de base romanística ya no va a regresar y, si bien es verdad que los modernos juristas positivos a menudo no disponen de los instrumentos cognoscitivos adecuados para captar en profundidad qué es lo que une a los sistemas jurídicos de Europa y qué es lo que los divide, el *mainstream* de la innovación jurídica europea no está ciertamente representado por el Derecho romano, sino por el modo en que los diversos sistemas nacionales están reaccionando al impacto del Derecho de fuente comunitaria.

El autor destaca que el último episodio digno de mención en el movimiento pendular para la edificación del derecho privado europeo viene constituido por el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) que, no obstante, vino a tropezar con el muro de la Comisión, la cual en 2010 optaría *expressis verbis* por un Derecho europeo de contratos de carácter facultativo, culminando este proceso con la «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*» de 11 de octubre de 2011, que introduciría un instrumento opcional a disposición de los contratantes en las ventas transfronterizas entre profesionales y consumidores y que consiente a los contratantes derogar consensualmente el Derecho internacional privado y adoptar en su lugar una disciplina uniforme con un sentido protector de la parte débil. Instrumento que —añadimos nosotros— también ha acabado fracasando en el tráfago de la legislación comunitaria y la celosa competencia de los Estados-miembro de la UE a finales de 2014.

A juicio del autor, el Derecho comunitario tiene un carácter más «remedial» que tutorial, de modo que el Derecho privado europeo como resultado del grado de uniformación del derecho de los Países Miembros de la Unión Europea encuentra su legitimación formal en los artículos 340 y 6.3 del Tratado de la UE, que respectivamente hacen mención a los principios comunes relativos a los derechos y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto que principios generales del derecho comunitario. De ahí concluye el autor proponiendo unas bases metodológicas y estilos de tratamiento diferenciados para el estudio del Derecho privado europeo, entre los que incluye la comparación en sentido clásico, la reconstrucción sistemática, la exégesis, la reconceptualización, la comparación con función normativa y el enfoque evaluativo de matriz ético-política.

A continuación, el profesor Adolfo DI MAJO («Debito e patrimonio nell'obbligazione», pp. 23-39), en un trabajo dogmáticamente muy denso y pleno de agudas reflexiones, analiza el papel de la relación del débito y la responsabilidad del deudor en el caso de las situaciones de crisis económicas que impiden

al deudor hacerse cargo de sus obligaciones pecuniarias. El autor se aparta en su enfoque de la posición clásica dominante en la descripción de la historia de las obligaciones en cuanto a la relación de débito y responsabilidad (*Schuld und Haftung*), dictada por la dogmática alemana del siglo XIX. Para él, la relación entre débito y responsabilidad patrimonial del deudor no es genética, sino funcional, en el sentido de que solo cuando la obligación no viene satisfecha es cuando opera el vínculo de responsabilidad que implica al patrimonio del deudor (según el art. 2740 del Código Civil italiano, o el art. 1911 del Código Civil); es decir, que el deudor no responde del «débito» con los «medios» de su patrimonio, sino exclusivamente con su «*agire* diligente» (*ex* art. 1176 del Código Civil it.; cfr. art. 1104, párrafo segundo, del Código Civil), y la responsabilidad patrimonial solo entra en juego justamente en el caso del *incumplimiento*. Esto es válido, a su juicio, también en el caso de las obligaciones dinerarias, porque en esa hipótesis el dinero opera como objeto de la obligación (o más bien de la prestación de dar) y no interviene como una medida de la responsabilidad del deudor. Toda esta reflexión inicial —ciertamente muy compleja y probablemente discutible— le sirve al autor de preámbulo para indagar sobre las consecuencias jurídicas que deben derivarse de la inmisión de las crisis económicas en las circunstancias de los contratos. DI MAJO pone en cuestión que haya una correlación exacta entre insolvencia del deudor derivada de una crisis económica y excesiva onerosidad de la prestación: en realidad, la insolvencia está más vinculada a la imposibilidad de la prestación. Pero, si se trata de crisis económicas generales, y especialmente en el caso de las deudas dinerarias, no es claro que la insolvencia del deudor implique exoneración de la obligación, sino más bien todo lo contrario, a la vista de las reglas generales del Código Civil. Sin embargo, la solución del problema puede ser perfectamente otra, si se parte de una lectura subjetiva, y no naturalística, de la imposibilidad de la prestación. Y en eso, justamente, es donde desempeña un papel esencial la concepción de la responsabilidad del deudor en cuanto al cumplimiento de la obligación no como una responsabilidad patrimonial ilimitada, sino como una responsabilidad personal concretada en el «*agere* diligente». La irrupción de una crisis económica y financiera puede entenderse, pues, como una circunstancia que provoque una imposibilidad de cumplimiento «non imputabile» al deudor, siempre que este haya actuado con plena diligencia y conforme a la buena fe. La explicación que da para esto es que una regla de estructura de la relación obligatoria (como es la de la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida, que en el caso de la obligación dineraria no se verifica por el hecho de acontecer una crisis económica grave) no puede hacer inoperante una regla de comportamiento (como es la de la responsabilidad del deudor por cumplimiento de la prestación con plena diligencia). Esto se observa particularmente en el supuesto de los deudores débiles, como son los casos de los pequeños emprendedores o los consumidores, para los cuales el autor aboga por una solución legislativa que evite el casuismo de la aplicación judicial de las reglas generales, que establezca una relación entre débito y patrimonio distinta de la que sostiene el ordenamiento general para los deudores comunes. En este sentido, el autor se muestra favorable, por un lado, a las nuevas reglas concursales introducidas recientemente en el Derecho italiano, que permiten una interpretación en clave negocial de las crisis de empresa a favor de procedimientos alternativos a la quiebra empresarial, y, por otro, a la nueva disciplina del sobreendeudamiento de las personas físicas, no susceptibles de procedimientos concursales (introducida por la ley 3/2012, de 27 de enero, modificada posteriormente) que permite el *discharge* y el *fresh start* de los deudores comunes y las pequeñas

empresas en casos de insolvencia sin culpa del deudor. Como consecuencia de la introducción de estas normas, derivadas de la irrupción de la crisis económica de 2008 en adelante, se produce, a juicio del autor un cambio de paradigma en la relación débito-patrimonio con respecto a la existente en la normativa general del *Codice civile*, en la medida en que deja de considerar estos dos elementos como dos «*fratelli separati*» para pasar a tener en cuenta el interés del deudor en resolver sus crisis de insolvencia mediante la reestructuración de su deuda a través del acuerdo con los acreedores o, en última instancia, con la liquidación de su patrimonio. Se trata, en nuestra opinión, del trabajo más profundo y, seguramente, más controvertido de todo el volumen, que probablemente necesitaría de un comentario específico que afrontara tanto la legitimidad de la compleja tesis de fondo que está en la base como los numerosos extremos analizados y las polémicas conclusiones que el autor deriva de aquella.

El tercer trabajo corre a cargo de María Ángeles PARRA («Contratación y vivienda en la crisis económica», pp. 41-66). Destaca la autora que el legislador español deliberadamente ha optado por no incentivar el procedimiento concursal como una solución para los consumidores. Esto no fue ningún olvido cuando se aprobó la ley concursal en el año 2003: el planteamiento del legislador español era que el concurso interesa cuando es «económicamente rentable» porque existe un patrimonio de cierta entidad y hay un interés social en la actividad económica del deudor. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que llevó a cabo una reforma de la LC, que incide en la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, tampoco llegó a introducir una regulación específica para el sobreendeudamiento del consumidor (tema que viene abordado asimismo en la siguiente aportación del libro)[1].

La crisis económica y su traducción en el endeudamiento de los consumidores han llevado a exigir una revisión del principio legal de responsabilidad patrimonial (art. 1911 del Código Civil) que en nuestro Derecho vigente es aplicable íntegramente tanto en las ejecuciones individuales como en los procedimientos colectivos (procedimientos concursales). Se propone introducir una limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor de adjudicación del inmueble. Se reclama en definitiva, que se admita la «dación en pago», la extinción de la deuda con la entrega del inmueble al acreedor, propuesta que ha sido rechazada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, aunque en la misma se introducen medidas para paliar la situación de los deudores sin recursos, así como algunas puntuales en materia de ejecución hipotecaria.

La autora disiente, sin embargo, del criterio manifestado en algunas decisiones judiciales de admitir las daciones en pago en ejecuciones hipotecarias por cuanto que estima, coincidiendo con el parecer de los expertos, que limitar la responsabilidad hipotecaria al inmueble que se ofrece como garantía de la devolución del préstamo implica un encarecimiento del crédito y una disminución de las hipotecas concedidas. Y alude al necesario desarrollo del concepto de crédito responsable, que implica una evaluación de la solvencia del deudor por parte de las entidades de crédito, tal y como se contempla entre otras disposiciones en la Ley 6/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. La autora reflexiona sobre la conveniencia de que el desistimiento contractual reconocido a los consumidores en algunos sectores, conforme a esta última disposición citada y que permite a estos reflexionar sobre la conveniencia de vincularse definitivamente al contrato, se reconozca también en el ámbito del crédito inmobiliario, posibilidad esta explícitamente rechazada por el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio.

La autora asimismo destaca que la jurisprudencia no es muy clara y que el Tribunal Supremo ha relativizado en ocasiones la obligación del vendedor de lograr la subrogación en el préstamo hipotecario, destacando que se trata de una obligación de medios, no de resultado, pues depende de la entidad de crédito el concederla o no (así *v. gr.* en STS de 1 de octubre de 2012), y concluye con una reflexión sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de vivienda —reforma de la LAU de 1994—, que refleja la idea de que el modelo de acceso a la propiedad-mercado hipotecario está agotado y trata de incentivar que se ofrezcan viviendas en alquiler, fomentando la autonomía de la voluntad en el contrato de arrendamiento, como una alternativa que solucione los problemas actuales[2].

Abundando en el mismo punto de la legislación concursal española aparece el cuarto artículo, firmado por Francisco J. ANDRÉS SANTOS («La reforma del derecho concursal y el concurso de los consumidores en España en tiempo de crisis», pp. 67-113), donde se traza de manera didáctica, descriptiva y crítica el *iter* legislativo seguido por el Derecho concursal español a raíz del impacto de la crisis económica y financiera desencadenada sobre todo a partir de 2009, con la cascada de situaciones de insolvencia empresarial (y de personas físicas) producida a raíz del hundimiento de la burbuja inmobiliaria. Tras su modernización en 2003 mediante la Ley Concursal (L. 22/2003, de 9 de julio, complementada por la LO 8/2003, de 9 de julio), el Derecho español sobre insolvencia experimentó inicialmente dos importantes reformas, acaecidas como consecuencia directa de las sacudidas producidas en la economía española por la crisis financiera internacional, que pronto tuvo una repercusión especialmente acusada en España por las debilidades intrínsecas de su modelo de crecimiento en los años posteriores a la entrada en funcionamiento del euro; pero también indirectamente las reformas se debieron a las propias insuficiencias de la legislación de 2003, que, a pesar de introducir un sistema concursal unitario y moderno respecto al obsoleto sistema anterior, también presentaba graves defectos técnicos y ciertas disfunciones. La crisis económica sirvió, pues, de pretexto para reformar una regulación que, según muchos especialistas, distaba de ser técnicamente óptima. El texto analiza brevemente el contenido de ambas reformas, la de 2009 (Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo) y de 2011 (L. 38/2011, de 10 de octubre) y, sobre todo, se hace eco de las numerosas críticas recibidas por una y otra, que se centran tanto en cuestiones de orden estructural (ya que tales reformas vienen justificadas por las exigencias derivadas de la crisis económica, para lo que, a juicio de parte de la doctrina, la sede adecuada no es una norma de carácter vertebrador del sistema jurídico, como es la LC), como de orden técnico (como son el excesivo peso dado a los «institutos paraconsursales», su incapacidad para dar mayor celeridad al procedimiento, la falsa mejora de la protección de los trabajadores de las empresas concursadas, los inconvenientes de la regla del administrador único del concurso o la especial protección atribuida a las sociedades deportivas) y también, sobre todo, económico (por entender que no es capaz de dar una respuesta adecuada a los verdaderos problemas derivados de la crisis). En relación con este último punto, el artículo aborda justamente el problema de la falta de atención de esas reformas a uno de los sectores más duramente afectados por la crisis, como son los deudores-consumidores sobreendeudados, y subraya cómo la LC, aun cuando contempla también la hipótesis de la insolvencia de la persona física, era y ha seguido siendo un instrumento inadecuado para acometer esa problemática social, y destaca la falta de determinación del legislador español para afrontar seriamente el problema y la necesidad perentoria de introducir

también en nuestro sistema, como en otros países (incluido Italia) mecanismos de *discharge* y *fresh start* de los consumidores sobreendeudados sin culpa suya como consecuencia de los efectos devastadores de una crisis de carácter sistémico[3].

También relacionada con cuestiones mercantiles se encuentra la siguiente aportación, a cargo de Giuseppe SPOTO («La disciplina *di contrasto ai ritardi nei pagamenti commerciali*», pp. 115-147). En ella el autor estudia las cuestiones derivadas de la transposición de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (a través de un Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2002, núm. 231), modificada después por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011 (recibida en Italia a través del Decreto Legislativo de 9 de noviembre de 2012, núm. 192, mientras que en España solo ha sido transpuesta, agotando prácticamente los plazos establecidos para ello, por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo). En el artículo se analiza el ámbito de aplicación de las normas en cuestión (solo las relaciones comerciales entre empresas —incluidos los autónomos— y las relaciones entre empresas y las Administraciones Públicas) y algunos aspectos particulares de esa normativa, como son, por ejemplo, los del cómputo de los intereses moratorios, el tipo de interés aplicable (y en particular el problema de la antinomia entre las disciplina penal represiva de actividades usurarias y la disciplina civil derivada de la nueva regulación europea), la cuestión de la nulidad de las cláusulas contractuales relativas a los términos de pago, el tipo de los intereses de demora o el resarcimiento por los costes de obtención del pago causados al acreedor (siempre que dichas cláusulas resulten gravemente lesivas para los intereses del acreedor), también los puntos oscuros que afectan a la regulación de las deudas de las Administraciones Públicas o, finalmente, el reconocimiento de la legitimación de las asociaciones presentes en el Consiglio Nazionale Economico del Lavoro (CNEL, un órgano equivalente a nuestro Consejo Económico y Social) para actuar en defensa de los intereses colectivos de las pequeñas y medianas empresas en caso de grave iniquidad de las cláusulas contractuales indicadas anteriormente. Las conclusiones más relevantes a las que llega el A. en su trabajo son las siguientes. Por una parte, la segunda Directiva (2012) ha introducido, a su juicio, numerosas aclaraciones y mejoras respecto a lo establecido en la primera que han contribuido a resolver numerosos problemas prácticos y dudas doctrinales suscitados por la primera; sin embargo, ha dejado subsistentes otros, como por ejemplo la cuestión de la plena eficacia probatoria de la factura como título justificativo de la exigibilidad de un crédito pecuniario frente a las Administraciones Públicas, cuando en realidad las facturas son documentos de formación por una sola parte y, por tanto, no pueden considerarse pruebas plenas del crédito. Por otro lado, el problema de la concurrencia entre normas (penales) antiusura y la nueva regulación (civil) que introducen las Directivas, que impone unos intereses moratorios muy elevados, que rozan el límite de lo usurario: el autor se inclina por una aplicación prioritaria de la normativa europea en virtud del principio de jerarquía normativa, pero también señala que, en caso de intereses pactados por las partes de tipo superior al legal, habrán de adoptarse medidas de protección del deudor que se encuentre en posición de desventaja, lo cual viene amparado por la normativa civil vigente en Italia. También destaca las dificultades de encaje dogmático de la legitimación activa de las entidades colectivas para reclamar una actuación judicial moderadora de las cláusulas gravemente lesivas para las empresas representadas por ellas (con algunos ejemplos interesantes tomados del Derecho comparado, particu-

larmente angloamericano y alemán). Destaca el autor asimismo cómo la nueva disciplina introduce una gran novedad en el ordenamiento italiano, como es la consideración de la responsabilidad del deudor respecto del retraso en el pago de sus deudas, en el sentido de poder liberarse del pago de intereses moratorios si demuestra que el retraso se produjo por causa no imputable a él (*ex* art. 3.1 b) de la Directiva 2011/7/UE), frente a la disciplina general del artículo 1224 del Código Civil, que impone el resarcimiento del acreedor en todo caso si se produce la *mora debitoris* (al igual que en el art. 1101 del Código Civil español, en conexión con el art. 1108).

En definitiva, el autor concluye que la regulación europea del problema de los retrasos en los pagos de operaciones comerciales (agudizado como consecuencia de la crisis económica desencadenada desde 2008), a pesar de haber introducido importantes mejoras en 2011, dista de ofrecer aún un marco regulatorio óptimo al respecto, y prevé la pronta necesidad de nuevas intervenciones reformistas de las autoridades comunitarias en el futuro.

El sexto trabajo corresponde a Ignacio SERRANO GARCÍA («El drama social de los desahucios: soluciones en Derecho español», pp. 149-190), donde el autor comienza indicando que para tratar de paliar las consecuencias de los incumplimientos en la devolución de préstamos garantizados con hipoteca se dictaron los Reales Decretos-ley de 8/2011, de 1 de julio, el RD-L 6/2012, de 9 de marzo y finalmente, el RD-L 27/2012, de 15 de noviembre. A todos ellos ha seguido la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya primera medida adoptada en su artículo 1 fue la de acordar la suspensión durante dos años de los lanzamientos, que pondrían fin al desahucio. El expresado precepto ha quedado modificado por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que ampliaría a cuatro años el anterior plazo requerido de dos para la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en dicho artículo.

Otra de las medidas adoptadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo consiste según el autor en la modificación de los artículos 21 LH, relativo a la necesaria constancia en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda en su caso carácter habitual de la misma, presumiéndose, salvo prueba en contrario, dicho carácter habitual; del artículo 114 LH que impone que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, prohibiéndose el pacto de anatocismo y del artículo 129 LH relativo a la ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria.

La LRMH (Ley 2/1981, de 25 de marzo) resulta asimismo modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con la pretensión de que las entidades de tasación sean independientes de los Bancos que conceden el préstamo y que por tanto no puedan superar de forma directa o indirecta, el 10 por ciento del capital o de los derechos de la entidad, introduciéndose asimismo la cautela de que «en la contratación de préstamos hipotecarios se exija que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato», prevención respecto de la cual estima el autor que la postura que está a su juicio

prevaleciendo aquí equivocadamente, es la de que el control se haga exclusivamente por el poder judicial, sin considerar la función preventiva que cumplen Notarios y Registradores, consistente en un buen funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de Contratación, y que sería muy beneficiosa para los consumidores.

Además, indica el autor que tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo modificativa de algunos preceptos de la LEC, el actual artículo 557 apartado 1.º, añadiría una nueva causa (la 7.ª) de oposición a la ejecución en el procedimiento ejecutivo, consistente en que el título contenga cláusulas abusivas[4] y el artículo 579 LEC, posibilitaría en determinadas condiciones una quita en materia de ejecución de vivienda habitual, para el caso de que con el remate no se logre satisfacer la totalidad de la deuda, introduciendo asimismo la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo modificaciones en las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 6/2012 comprensivo del Código de Buenas Prácticas (CBP), que a su vez recibirían nueva redacción por virtud de la Ley 8/2013, de 26 de junio y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Concluye el autor que el CBP alude finalmente a la *datio in solutum*, vieja institución de derecho civil, en virtud de la cual, llegado el vencimiento de una obligación, el deudor ofrece y el acreedor acepta recibir una prestación distinta de la originariamente debida, figura en que es de esencia el consentimiento del acreedor y respecto de la cual el autor, al igual que M.ª Ángeles PARRA, muestra su escepticismo: si la llamada dación en pago no existía en el momento de concertar el préstamo, no se puede imponer con posterioridad. La dación en pago con efectos retroactivos es inconstitucional.

El siguiente trabajo vuelve a las cuestiones mercantiles, abriendo una sección dedicada particularmente a los problemas de los contratos de adhesión. El artículo corre a cargo de Maddalena RABITTI («*La relazione banca-clientela nel tempo della crisi economica: la "spinta gentile" dell'ABF*», pp. 191-216). La autora parte de la necesidad, puesta de manifiesto por la reciente crisis económica (sobre todo de origen financiero), de dar una nueva regulación al problema de los fallos «patológicos» del mercado, entendidos como aquellos que se producen de forma extraordinaria y excepcional con motivo de *shocks* económicos muchas veces imprevisibles, para los cuales las reglas ordinarias del ordenamiento jurídico son notoriamente insuficientes. En este trabajo, la autora propone la experiencia de la actividad del *Arbitro Bancario Finanziario* (ABF) italiano, un organismo de mediación entre clientes y bancos u otros intermediarios financieros introducido en 2009 a través del artículo 128-bis del Tratado de Unión Bancaria (TUB), cuya función es tratar de canalizar los conflictos existentes en el sector financiero, sobre todo los casos de impagos e insolvencias motivados por la emergencia de la grave crisis económica de estos años, que a su juicio supone un buen ejemplo del desarrollo de una «*spinta gentile*» (lo que podríamos traducir libremente como un «empujón suave») sobre el sistema financiero, con el fin de conseguir un equilibrio de las posiciones de las partes y una mayor justicia contractual, sin tener que recurrir forzosamente a la intervención de la autoridad administrativa del Banco de Italia (con una entidad similar al Servicio de Reclamaciones del Banco de España en nuestro país), ni producir normas específicas «*ad personam*» creadoras de nuevos sujetos jurídicos dotados de una regulación especial. La autora describe en su artículo el ámbito de actuación de este organismo de arbitraje (en particular con relación a los problemas derivados de la renegociación de contratos de financiación en casos de crisis de liquidez de empresas y

particulares, a las cuestiones de facilidad de acceso al crédito y cumplimiento de condiciones para ello, o de protección de los clientes de servicios financieros con relación a su inscripción de las listas de las *Centrali Rischi Finanziarie*, es decir, entidades privadas de registros de clientes morosos), así como sus criterios de actuación, basados no tanto en una aplicación rigurosa de las normas comunes del ordenamiento (que, como se decía al inicio, resultan inadecuadas en contextos de crisis sistémicas como la actual), sino más bien de reglas derivadas de cláusulas generales, como el «principio de *correttezza*», el principio de buena fe y los códigos deontológicos de buenas prácticas, lo que ha generado en estos años una auténtica «jurisprudencia» especializada capaz de orientar tanto la actividad de vigilancia del Banco central sobre las actividades de las entidades financieras, como de los jueces llamados a decidir en última instancia las controversias de este orden que pudieran suscitarse en sede jurisdiccional. Las conclusiones del artículo son enormemente positivas para este sistema (sin entrar en valoraciones críticas), y su lectura puede ser un interesante revulsivo para contribuir al debate en torno a la necesidad de introducir organismos similares en nuestro país, que ha sido repetidamente demandado sobre todo para las cuestiones referidas a los desahucios en caso de impago de créditos hipotecarios (cfr. p. ej. el art. de A. VALL RIUS, «La intermediación en problemáticas hipotecarias», *Mundomediación. Revista digital*, núm. 8, 2012, descargable en http://www.mundomediacion.es/revista-11-edicion-8/2-la-experiencia-en-mediacion/20-la-intermediacion-en-problematicas-hipotecarias; o P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Mecanismos 'alternativos' frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista Jurídica de la Universidad de Léon*, núm. 2, 2015, pp. 3-69; entre otros muchos trabajos al respecto) y, más en general, se ha previsto en el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo (17 de abril de 2015) —de transposición la Directiva 2013/11/UE—, aplicable también a los servicios financieros, finalmente no puesto en vigor (cfr. críticamente al respecto A. I. BLANCO GARCÍA, «El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo y su encaje en el sector financiero», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015).

En el siguiente trabajo, suscrito por Germán DE CASTRO VÍTORES, se aborda de manera más densa y específica el problema de las cláusulas abusivas en los contratos («Notas sobre asimetría contractual y noticias en tema de cláusulas abusivas en España», pp. 217-251). Parte el autor de la cuestión general de hasta qué punto debe llegar la protección del contratante débil en las relaciones contractuales, sobre todo en el marco de la armonización jurídica europea, y en general de las contradicciones que surgen entre la nueva lógica de la asimetría contractual en las relaciones económicas y la lógica contractual «clásica» que aún está en la base de nuestros ordenamientos jurídico-civiles. Trata el autor de ofrecer algunas reflexiones en torno a estas cuestiones sobre la base de algunos problemas puntuales derivados de la jurisprudencia española y europea con respecto a la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. En concreto analiza las consecuencias derivadas de la famosa STJUE de 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11, Caso Aziz), que introduce la exigencia de que los tribunales nacionales controlen de oficio la posible abusividad de las cláusulas incluidas en los títulos ejecutivos, lo que ha tenido como efecto la reforma de la LEC y la LH, lo que el autor encuentra coherente con la necesidad de incrementar la seguridad jurídica preventiva en la lógica de la protección del contratante más débil y a las exigencias de la *loyauté* en la contratación estandarizada. En segundo lugar, presta atención a la STS 241/2013, de 9 de mayo, referida a la

nulidad de las cláusulas suelo en los créditos hipotecarios cuando estas incurran en «abusividad por falta de transparencia», lo que ha supuesto la introducción en nuestro Derecho de un control de contenido de los contratos cuando tales cláusulas no estén redactadas con suficiente claridad y comprensibilidad; el autor defiende la compatibilidad de esta interpretación con el contenido de la Directiva 13/93, frente a las críticas que la sentencia (que el autor califica de «prudente» y «salomónica») ha recibido de parte de la doctrina española, aunque también reconoce que la mencionada sentencia no extrae todo el potencial que la regulación de dicha Directiva brindaba para imponer unas mayores dosis de exigencia de información clara y veraz a los agentes económicos en el mercado (sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que la propia sentencia declaró la irretroactividad de su disposición, de modo que no tendrían que devolver las entidades financieras a sus clientes las cantidades cobradas en ejercicio de esas cláusulas abusivas). Por fin, estudia el autor la controvertida cuestión de los intereses moratorios abusivos como una suerte de cláusula penal encubierta en el contrato, y su posible anulación por los tribunales, sustituyéndose por la indemnización ordinaria, según marca la STJUE de 14 de junio de 2012 (As. C-518/10); para determinar esta, a juicio del autor, en nuestro sistema se abre un amplio espacio indemnizatorio, que va desde el interés legal hasta el retributivo, en que puede moverse el juez; con todo, entiende que las reformas legislativas y en las líneas jurisprudenciales y doctrinales españolas no acaba de penetrar suficientemente en este terreno la lógica del control del contenido en la contratación con consumidores.

En definitiva, del análisis de esas tres esferas de actuación jurisprudencial reciente, el autor acaba concluyendo que, a pesar de que se vienen dando pasos en la buena dirección, hay aún un amplio espacio por recorrer para vencer los obstáculos que la práctica impone para la adecuada valoración del impacto que la lógica de la asimetría contractual está produciendo en nuestros ordenamientos jurídico-privado «clásicos», y que, en ese terreno, los progresos en la armonización jurídica en el marco del mercado interior han de jugar un papel esencial.

Incidiendo igualmente sobre esta problemática de las cláusulas abusivas, pero desde el lado italiano, se encuentra el artículo de Liliana ROSSI CARLEO (*«Oltre il consumatore nel tempo della crisi: le nuove competenze dell'AGMC»,* pp. 253-280), en el cual la autora aborda la cuestión de las nuevas competencias de control sobre dicho tipo de cláusulas en los contratos de adhesión conferidas a la *Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato* (AGDC) —un organismo similar a nuestra Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)—, tras la introducción del nuevo artículo 37 bis del *Codice del consumo* en 2012. La autora defiende que esta tutela administrativa que proporciona este organismo a los consumidores no se solapa con la tutela judicial que atribuye la legislación general sobre el consumo, puesto que la tutela de la AGDC se basa en un tipo de control de carácter preventivo (el procedimiento de *interpello* que pueden poner en marcha las empresas para determinar *ex ante* el carácter abusivo o no de un cláusula incorporada a un contrato-tipo, junto con la acción de *accertamento* ejercitable por los consumidores que permite declarar explícitamente una cláusula como abusiva y, por tanto, posibilitar su anulación por parte de los tribunales), frente al control de carácter sucesivo (de oficio o de denuncia) que llevan a cabo los tribunales de justicia en caso de acción de los perjudicados por la aplicación de tales cláusulas. A esos controles sobre las cláusulas abusivas se añade también un tipo de «autorreglamentación» que viene desarrollado por las Cámaras de Comercio en representación de las empresas. Tras un examen detallado y riguroso de la nueva regulación de la figura, la autora llega a la conclusión de que la

actuación de este organismo en estos supuestos no es solamente un mecanismo de protección de los consumidores, sino también particularmente un instrumento de tutela de los propios mercados, a fin de garantizar unas condiciones de competencia correctas. La autora destaca las aportaciones que esta nueva facultad ha hecho en el tiempo de su funcionamiento para favorecer el desarrollo de prácticas comerciales no desleales o poner de manifiesto la existencia de abusos de posición dominante; sin embargo, al mismo tiempo, también señala algunas dudas que suscita el uso de esos nuevos procedimientos desde un punto de vista subjetivo, en la medida en que se ha permitido su uso a sujetos que difícilmente pueden catalogarse de verdaderos consumidores (como *v. gr.* las comunidades de propietarios de casas por pisos). Con todo, a su juicio, el balance es positivo y subraya el carácter sistémico que ostenta esta forma de actuación como mecanismo de defensa del mercado en sentido objetivo y en condiciones de justicia.

Por fin, el último trabajo del conjunto corresponde al editor de la obra, G. GRISI («*L'inadempimento di necessità*», pp. 281-318), que aborda el que es probablemente el problema central que subyace a todo el volumen, es decir, el del incumplimiento de la obligación por parte del deudor no por causa imputable a él, sino a una cuestión sistémica, como es una crisis económica como la que en los últimos años ha sacudido a nuestros países. Después de hacer una descripción tan dramática como atinada de lo que son las consecuencias socioeconómicas derivadas de la depresión económica desencadenada desde 2008, particularmente en Italia (pero extensibles con crudeza aún mayor a nuestro país), el autor pasa a abordar el problema de la solución jurídica que merece el caso, ampliamente extendido como consecuencia de la crisis, de los impagados de obligaciones, fundamentalmente pecuniarias (un tema que, como se analiza detalladamente en los trabajos de M.ª Ángeles PARRA e Ignacio SERRANO en este volumen, ha estado especialmente presente en nuestro país a raíz del estallido de la burbuja inmobiliaria, asociado al *shock* financiero a escala internacional). De acuerdo con las normas generales del *Codice civile* de 1942 —pensado, como todos los códigos liberales, más bien para garantizar la efectividad del crédito, dejando en segundo plano los intereses de los deudores—, el deudor que incumple su prestación solo puede liberarse de responsabilidad si prueba que ese incumplimiento se debe a causa imprevisible y no imputable a él (art. 1218, y art. 1256, párrafo 1.º del Código Civil). Esto no puede predicarse exactamente en caso de incumplimiento debido a una causa subjetiva como es la falta de liquidez momentánea del deudor, motivada tal vez por la pérdida del empleo o por la falta de pago a su vez de sus deudores en caso de pequeños empresarios, aun cuando esas causas del incumplimiento se hayan debido, en realidad, al impacto producido por una crisis económica más general. Frente a esas situaciones, ha habido algunas reacciones legislativas protectoras de ciertos tipos de sujetos (*v. gr.* el caso de deudores hipotecarios o de arrendatarios de viviendas), así como algunas actuaciones judiciales en materia penal (*v. gr.* eximiendo a los incumplidores de deudas tributarias cuando el pago de las mismas podía poner en cuestión la supervivencia de sus empresas), pero no se ha dado una solución más general capaz de hacer frente al problema en su totalidad. El autor aboga por la aportación que pueden hacer a este respecto los intérpretes del Derecho; particularmente se inclina en favor de una interpretación creativa del artículo 1218 en relación con el artículo 1256, párrafo 2.º del Código Civil, que permite una exención de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento tardío de la prestación cuando este se deba a causa sobrevenida no imputable a él que sea de carácter temporal, e incluso una liberación definitiva cuando tal imposi-

bilidad de cumplir se perpetúe excesivamente en el tiempo, o bien el acreedor pierda interés en su cumplimiento. A través de esta interpretación —fundada, a su juicio, tanto en las previsiones constitucionales sobre el Estado social de Derecho como en las exigencias de la Carta Europea de Derechos fundamentales (art. 34)—, sería posible permitir un incumplimiento temporal de la obligación sin responsabilidad del deudor y una renegociación de los términos de la deuda con los acreedores sin necesidad de acudir a normas específicas de protección de ciertos tipos de deudores, que nunca pueden cubrir el abanico completo de los damnificados por una crisis económica de grandes dimensiones como la que ha asolado nuestras sociedades en los últimos años. Naturalmente, para la actuación de este tipo de interpretación es esencial la colaboración de los jueces a la hora de apreciar cuándo la causa del incumplimiento sea debida verdaderamente a la presencia de esos factores económicos externos, de acuerdo con la regla de la corrección en el comportamiento y el necesario concurso de la buena fe objetiva del deudor, lo cual es coherente a su vez con la regulación en materia de control de cláusulas abusivas en los contratos-tipo o de ejecución prolongada, según se puede ver en otros trabajos de este volumen.

En definitiva, y para concluir, como puede verse se trata de un libro denso, de gran diversidad de temas y notable altura científica en todos sus trabajos, que, aunque en cierto modo ya se encuentra superado por los acontecimientos, con todo consideramos digno de ser tenido en cuenta y leído con atención con relación a cada uno de los problemas abordados. La única pega que tal vez podríamos destacar aquí es que, tratándose del fruto de un proyecto de colaboración científica entre universitarios italianos y españoles, hubiera sido deseable un mayor enfoque comparatista de los temas analizados: se observa tal vez una excesiva concentración de cada uno de los trabajos en los desarrollos de su propio ordenamiento, sin prestar apenas atención a la experiencia internacional al respecto (con excepción, naturalmente, de la normativa comunitaria, que no deja de formar parte en todo caso también del ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembro). Hubiera sido aconsejable, tal vez, una mayor especificación de los temas tratados, y un abordaje paralelo italiano-español de esos mismos temas, a fin de que el lector hubiera podido extraer más fácilmente unas conclusiones al respecto. Con todo, la cercanía de los diversos extremos analizados permite al lector formarse de todos modos un cuadro de situación suficientemente comprensivo como para extraer provechosas lecciones de la lectura de esta obra.

NOTAS

[1] Esto ha sido parcialmente modificado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que ha introducido en nuestro sistema, al igual que en otros Estados europeos y americanos, un modelo de *fresh start* para personas físicas y pequeños empresarios, que permite la exoneración de responsabilidad por el pasivo pendiente en caso de grave insolvencia no culpable del deudor; ley que, por cierto, ha tenido una escasa incidencia en nuestro sistema, a causa de las deficiencias de su regulación (cfr. al respecto, *v. gr.* P. J. RUBIO VICENTE, «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 24, 2016, pp. 99-131).

[2] La indicada LAU de 1994 ha quedado parcialmente modificada de nuevo en materia de actualización de la renta y régimen de las viviendas de protección oficial en arrendamiento por virtud de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (*BOE* de 31 de marzo), con vigencia a partir del 1 de abril de 2015.

[3] En este punto el artículo ha quedado pronto desfasado, sobrepasado por los acontecimientos, porque después de la redacción del trabajo ha habido diversas reformas posteriores de la LC que han tratado de corregir algunos de los defectos señalados en el texto, incluido el problema del sobreendeudamiento de particulares, sobre todo a través de la Ley 14/2007, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y la Ley 28/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Sobre los resultados de todas estas reformas más recientes, *vid.* ahora las conclusiones del IV Congreso Internacional «La Reforma del Derecho Concursal, Balance» (celebrado en Madrid, 25 y 26 de noviembre de 2015), publicadas en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, pp. 23 y sigs.

[4] Por su parte el artículo 695.1 LEC nuevamente redactado por la disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal dispone que «En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4.ª: El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. 4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización**.**

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

  Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita*.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444
9 770210 044002

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014