

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 LXXXVII • Mayo-Junio 2011 • Núm. 725

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Hipotecas en mano común», por FERNANDO AZOFRA VEGAS, JOSÉ MARÍA OLIVA DOMÍNGUEZ y JOSÉ LUIS ALONSO LAPORTA	1285
«Insolvencia punible y su incidencia en el Registro de la Propiedad», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO	1325
«La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos nulos en la formación de los acuerdos comunitarios», por CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA	1353
«Consortio real y propiedad consorciada», por EMILIO PÉREZ PÉREZ.	1419

DICTÁMENES Y NOTAS

«El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica», por FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ	1477
--	------

DERECHO COMPARADO

«Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile: ¿Un sistema judicial y registral pertinente», por MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN	1493
«La transferencia de bienes muebles registrados en el Perú», por MAX ADOLFO PANAY CUYA	1519

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	1553
--	------

Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

- «Hipoteca inversa y calificación de cláusulas financieras», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE 1571

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1611

1.2. Derecho de familia:

- Constitución de la tutela. Nombramiento, capacidad y causas de inhabilidad del tutor, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 1626
- Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1668

1.3. Derechos reales:

- Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1678

1.4. Sucesiones:

- La disposición del crédito hecha por el testador mediante legado: cláusulas testamentarias y legado de liberación o perdón de una deuda, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 1695

1.5. Obligaciones y contratos:

- La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales, por ROSANA PÉREZ GURREA 1707

	<i>Págs.</i>
1.6. Responsabilidad civil:	
— La responsabilidad civil de los menores: una cuestión para el debate, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	1727
1.7. Concursal civil:	
— Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010), por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS	1738
 2. MERCANTIL	
— La prescripción del agente, por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..	1762
 3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— La ejecución de las sentencias que anulan o declaran nulas licencias de edificación y su calificación registral, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ	1786
 ACTUALIDAD JURÍDICA	
Información legislativa.....	1801
 INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA	
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:	
«El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica», de VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, por FRANCISCO PERTIÑEZ VILCHEZ	1833
 REVISTAS DE REVISTAS	1839

ESTUDIOS

Hipotecas en mano común

por

FERNANDO AZOFRA VEGAS
JOSÉ MARÍA OLIVA DOMÍNGUEZ
JOSÉ LUIS ALONSO LAPORTA
Abogados

«Si estás en el infierno, sigue adelante»
Winston Churchill

SUMARIO

- I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN:
 1. LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN EN DERECHO ESPAÑOL:
 - 1.1. *Doctrina del numerus apertus de derechos reales.*
 - 1.2. *Caracteres de la comunidad germánica o en mano común.*
 - 1.3. *Comunidades germánicas o en mano común reguladas en nuestro ordenamiento:*
 - A) Montes vecinales o en mano común.
 - B) Pastos, leñas y aprovechamientos comunales.
 - C) Comunidad hereditaria.
 - D) Sociedad de gananciales.
 - 1.4. *La comunidad germánica o en mano común de origen convencional.*
 - 1.5. *La tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica o en mano común.*
 2. ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA EN MANO COMÚN.
- II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE EN FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE ACREEDORES, EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES DIFERENTES, CONVENCIONALMENTE ARTICULADA SOBRE UNA COMUNIDAD EN MANO COMÚN:
 1. CARACTERES DE LA HIPOTECA FLOTANTE.
 2. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA HIPOTECA FLOTANTE.
 3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN LA HIPOTECA FLOTANTE.

4. PLURALIDAD DE ACREEDORES:
 - 4.1. *Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos).*
 - 4.2. *Pluralidad de acreedores por créditos distintos.*
5. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.
6. CONCLUSIONES.

Vivimos tiempos convulsos. Muchas de nuestras empresas, y de nuestras entidades de crédito incluso, luchan por superar una de las mayores recesiones conocidas. En este esfuerzo, no ha sido infrecuente en los últimos largos meses el recurso al expediente de la refinanciación (preconcurso) de la deuda de las empresas. En la mayoría de los casos, de la deuda bancaria; en algunos, incluso de la deuda de otros acreedores como los acreedores internos, el fisco, los proveedores y hasta los empleados. Pues bien, ha sido generalizado, en estos escenarios, crear garantías sobre la totalidad o casi la totalidad de los activos aún libres de las empresas deudoras, hipotecas, prendas o, en general, derechos reales de garantía a favor de los acreedores que se avenían a la refinanciación de sus créditos. Respecto de los bienes inmobiliarios, no ha sido en absoluto inusual (más bien al contrario), la utilización de la figura de la hipoteca flotante recogida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria («LH»). Dependiendo del número de acreedores, de la naturaleza de sus créditos, de la prelación entre los mismos, de la significación de los bienes libres respecto de la deuda a refinanciar, de la solidaridad o recelo entre los acreedores y de un sinnúmero de otros factores, se ha recurrido, en algunos casos, al establecimiento de una comunidad en mano común sobre la hipoteca flotante creada sobre los bienes aún libres en favor de los acreedores que aceptan la refinanciación. Es la «hipoteca flotante en mano común» el objeto específico de análisis de estas páginas.

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN

Dos son las objeciones que, de partida, pueden suscitarse frente a una hipoteca flotante en mano común. La primera, de menor calado, se refiere a la falta de determinación de la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, lo que parecería oponerse a lo establecido en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario («RH»). La segunda, de mayor entidad, cuestionaría la propia posibilidad de establecer convencionalmente una propiedad en mano común sobre la hipoteca. Se argumenta que las obligaciones pueden ser solidarias o mancomunadas (art. 1137 CC), pero no «en mano común»; de lo que resulta, por el principio de accesoriedad de la hipoteca (art. 1857.1.º CC y 104 LH), que la hipoteca podría ser solidaria o mancomunada, pero no «en mano común».

Defendemos en las siguientes páginas, por el contrario, la plena validez e inscribibilidad de la hipoteca en mano común sin proceder a la distribución de cuotas.

1. LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN EN DERECHO ESPAÑOL

En apoyo de la objeción fundamental, se alega que, a la luz de los artículos 392 y siguientes del Código Civil («CC»), nuestro ordenamiento solo regula y admite la comunidad romana o por cuotas, sin que los pactos especiales a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 392 permitan configurar en nuestro Derecho una comunidad germánica.

Frente a esto, se presenta el argumento poderoso de los numerosos supuestos de comunidades germánicas o en mano común, tanto de origen legal como convencional, admitidos en nuestro Derecho, así como la plena congruencia de la figura con los principios generales que regulan el estatuto de la propiedad en el ordenamiento español.

1.1. *Doctrina del numerus apertus de derechos reales*

En nuestro Derecho no rige un sistema de *numerus clausus* respecto de los derechos reales. Todo lo contrario. La regulación hipotecaria no es ajena a este principio general, como resulta del artículo 2 LH o del artículo 7 RH. Es verdad, no obstante, que la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») ha reiterado que, en sede de derechos reales, además del respeto a los límites de la autonomía privada en materia de derecho de obligaciones, es preciso un *plus* para aspirar al reconocimiento jurídico-real de ciertos negocios, estipulaciones o derechos. En efecto, declara la DGRN que «*la configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga-omnes del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el numerus apertus reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (confróntense arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del Derecho de Obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas*» (1). En el mismo sentido, Díez-PiCAZO afirma: «*que en nuestro Dere-*

(1) Resolución de 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4835).

cho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del numerus apertus, es algo que no se puede dudar» (2).

Por tanto, el punto de partida de cualquier análisis sobre si cabe o no en Derecho español una hipoteca flotante en mano común debe ser que, en materia de derechos reales, rige un sistema de *numerus apertus*, si bien la autonomía de la voluntad está parcialmente constreñida por la necesidad de respetar determinadas exigencias estructurales, dada la importancia económico-social y trascendencia *erga omnes* de la propiedad inmobiliaria. Estos son los límites de la autonomía de la voluntad, y nada más allá. Así, para negar el acceso al registro de una determinación convencional en torno a la propiedad o cualquier otro derecho real deberá justificarse qué *exigencia estructural* viola el pacto al que se veda el paso al registro. La regla, en la configuración de los derechos reales (como de los derechos personales) es la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) y no la excepción (3).

Admitimos sin concesiones que la regulación de la comunidad de bienes de los artículos 393 y siguientes del Código Civil responde a los perfiles de la comunidad romana o por cuotas. Esto no supone, sin embargo, una determinación exclusiva y excluyente en nuestro Derecho. Además de los múltiples ejemplos de instituciones que se acogen al modelo de la comunidad germánica, como luego se verá, la autonomía de la voluntad, premisa fundamental de nuestro sistema jurídico, permite articular a través de los moldes de una comunidad germánica o en mano común la titularidad plural sobre cualquier derecho, real o personal. Tal habilitación no resulta solamente de los principios generales de nuestro Derecho (arts. 1.255 CC, 2 de la LH o 7 del RH), sino específicamente en lo que a situaciones de cotitularidad de bienes o derechos se refiere, del párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil, que determina que las disposiciones generales del Código Civil, acerca de la comunidad de bienes, tienen carácter meramente supletorio. Autores como ALBALADEJO o DELGADO ECHEVERRÍA consideran que estas disposiciones generales, aún estando pensadas para la comunidad romana, valen también para las demás formas de comunidad, dejando a salvo lo que convenga entre los partícipes (4).

(2) Díez-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, pág. 321.

(3) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Barcelona, 1974, pág. 26 y sigs.

(4) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Ed. Bosch, 1985, pág. 392. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, 2.ª ed., Ed. Bosch, pág. 463.

1.2. Caracteres de la comunidad germánica o en mano común

La diferencia fundamental entre una comunidad germánica y una romana estriba en que en la primera el derecho (o patrimonio) sobre el que existe una titularidad plural «*pertenece indiviso a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, de tal modo que solo colectivamente están autorizados para ejercitar las potestades jurídicas que les son atribuidas*» (5). Así, mientras que en el condominio romano el titular del derecho está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en la germánica el sujeto es una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados. Como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, la cuota germánica «*nunca significa un derecho concreto del comunero sobre una parte de los bienes de la comunidad, sino que, más exactamente, sirve para indicar la condición, posición o situación del comunero como miembro de la comunidad*» (6). De ahí que «*todos los comuneros constituyen una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes*» (7). La comunidad germánica asume así el rasgo esencial, determinante, de ser un *dominium plurium in solidum* (8), en oposición al carácter romanista por antonomasia: «*Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere*» (Celso, fr. 5 y 15, Digesto 16.6).

Por ello, todo condueño puede gozar y aprovecharse de la cosa común por entero, sin que ello determine la exclusión de los demás, sino antes al contrario, el armónico goce de todos. Nadie puede pretender para sí una cuota o porción exclusiva (9), pues el disfrute es colectivo, orientado a los fines solidarios del grupo. Aunque la ausencia de cuotas se considera por algunos la característica fundamental de la comunidad germánica (10), no es bien así en la relación interna: cada condueño tiene una parte propia en el bien o derecho común (pues si no, no sería dueño), pero ese derecho parcial (*Antieilsrechts*), no puede ser activado de forma independiente. Por eso, la cuota-parte no es antitética con una relación de cotitularidad germánica, sino más bien exigencia institucional de una relación de titularidad plural. Lo que ocurre es que en una comunidad romana la cuota-parte es la síntesis del derecho del condueño, y la cuantía y

(5) GARCÍA-GRANERO, J., «Cotitularidad y comunidad: *Gesammte Hand* o comunidad en mano común», en *RCDI*, 1946, pág. 227.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Naturaleza jurídica de la copropiedad», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 81.

(7) MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, págs. 42-43.

(8) MESSINEO, «La natura...», *op. cit.*, pág. 43. FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1933, pág. 178.

(9) FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Ed. Reus, 1929, pág. 50.

(10) MESSINEO, «La natura...», *op. cit.*, págs. 44-45.

medida del derecho mismo, en tanto que en la comunidad germánica significa tan solo la pertenencia, la propiedad, sin atribuir una porción, siquiera abstracta, del derecho común, ni atribuir una indicación de la medida o proporción del goce, pues el aprovechamiento es colectivo.

Por ello, la gestión y administración del bien o derecho común es también colectivo: como dice SOHM, solo el mancomún puede disponer y decidir, si bien no es extraño que se reúnan las facultades de gestión o disposición del ente colectivo en un órgano de gestión (por ejemplo, un agente de garantías) (11).

Es habitual en la comunidad germánica, por otra parte, la existencia de un vínculo personal entre los condueños (de sangre, familia, cohabitación, vecindad, gremio, etc.). Históricamente, este tipo de comunidad nace en el seno de las relaciones familiares en Derecho alemán; desde allí se extiende a las asociaciones familiares de comercio italianas, las *sociétés taisibles* en el antiguo Derecho francés o las relaciones conyugales, hereditarias o vecinales en el caso del Derecho español. La comunidad germánica, por ello, tiene un fundamento más personal, en tanto que la romana lo tiene más patrimonial o económico.

Por esa misma razón, la comunidad en mano común exige una mayor cohesión social, una mayor confianza en el criterio de los otros condueños para la gestión y el uso de la cosa común, una mayor delegación o cesión de las individualidades en favor de la colectividad, asemejándose así, sin llegar a serlo, a la personalidad jurídica (12).

Este vínculo personal es el que determina otro rasgo fundamental de la comunidad germánica o en mano común: la inexistencia de la *actio communi dividundo*. Mientras que la situación de la comunidad romana o por cuotas se considera antieconómica y temporal (y por eso se concede a cualquiera de los comuneros la posibilidad de pedir en cualquier momento la división de la cosa común), en la comunidad germánica prevalece el vínculo personal y su carácter funcional determina una vocación de permanencia.

Son precisamente estas características de pertenencia familiar o gremial, dilución de la singularidad del derecho individual, sometimiento a la colectividad, etc., las que han determinado, en el devenir histórico, el abrumador éxito de la comunidad romana frente a la comunidad germánica en las sociedades actuales. Pero esta medida de la habitualidad, meramente estadística, no puede llevarnos a rechazar, sin más, la posibilidad de que los integrantes de un grupo, cualquiera que sea el vínculo que determina la pertenencia (por ejemplo, la condición de acreedor del mismo deudor, de propietario del mismo ámbito urbanístico, etc.) determinen, porque así lo quieren y sin hacer daño a otros, que es de esa forma como quieren articular el uso y el disfrute

(11) ROCA SASTRE, R. M., «La comunidad de gananciales: destino de estos en caso de renuncia», en *RCDI*, marzo de 1930, pág. 169.

(12) RDGRN de 2 de diciembre de 1929: la sociedad de gananciales participa de los caracteres de una persona sin personalidad jurídica.

de un bien o derecho común, sea mobiliario o inmobiliario, y sea o no susceptible de inmatriculación en cualquier registro público.

1.3. *Comunidades germánicas o en mano común reguladas en nuestro ordenamiento*

En Derecho español existen varios casos de comunidades germánicas o en mano común reguladas por Ley y supuestos en que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de configurar una comunidad germánica de origen convencional sobre el principio de autonomía de la voluntad.

A) Montes vecinales o en mano común

Entre las de origen legal destacan, en primer término, los montes vecinales en mano común regulados en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, que los define como aquellos que *«pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y vengán aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos»* (art. 1). La ley establece abiertamente que su *«titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate»* (art. 2.2).

B) Pastos, leñas y aprovechamientos comunales

Otro supuesto legal son las comunidades de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular que regula el Código Civil en los artículos 600 y siguientes. Aunque su regulación se encuentra inserta en el capítulo relativo a las servidumbres voluntarias, la doctrina reconoce que pueden existir a título de servidumbre o a título de comunidad y que en la práctica habrá que atender, en cada caso concreto, al origen, carácter y extensión para resolver las dificultades que se deriven de la afinidad entre ambas figuras (13).

En el ámbito de los derechos forales, se recogen varios supuestos de comunidades germánicas. Así en Aragón, en sede de comunidad de pastos (o servidumbre de pastos, como ya vimos anteriormente) se recoge la institución de la alera foral y la de los boalares.

Pero donde más variantes se encuentran es en la compilación navarra, que contiene una regulación amplia y minuciosa en cuanto a estas especialidades (Leyes 370 a 392, ambas inclusive) y que se basa, al igual que el Código

(13) CASTÁN, J., «Derecho Civil Español, Común y Foral», T. II, Derecho de cosas, V. I, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 14.^a ed., Madrid, Ed. Reus, 1992.

Civil, en la autonomía privada, considerándose la comunidad romana como aplicable supletoriamente a las comunidades especiales que regula (entre las que se encuentra la comunidad germánica o en mano común).

C) Comunidad hereditaria

Dos figuras jurídicas de enorme relevancia y utilización en nuestro Derecho, como son la comunidad hereditaria y la sociedad de gananciales, han sido igualmente adscritas al modelo de la comunidad germánica.

En la comunidad hereditaria, cuando no hay adjudicación concreta de bienes o de cuotas indivisas de bienes, sino derecho hereditario *in abstracto* (art. 42.6.º LH) existe una comunidad germánica o en mano común. Así lo señalan la sentencia del Tribunal Supremo de 21-7-2008 (RJ 2008/7057) («[...] es la partición la que atribuye la propiedad —en este caso, copropiedad— de los bienes y, antes de ello, se da una comunidad germánica sobre el conjunto de bienes y no sobre bienes concretos [...]») o la de 19-6-1995 (RJ 1995/5320) («por el hecho de no haberse practicado la partición de la herencia cuestionada no existen herederos reales y sí únicamente “aparentes”, y [...] tratándose de una “comunidad” no romana sino germánica, lo que acontece es que los derechos de cada heredero se proyectan sobre la cuota global hereditaria [...]»).

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5-11-2004 (RJ 2004/6780): «La [...] comunidad hereditaria formada por los coherederos del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición [...] implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; [...] Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, [...] de la que sus miembros tienen derechos indeterminados [...] y cuya naturaleza es de comunidad germánica».

En la RDGRN de 16-5-2003 (RJ 2003/4478) se admitió que todos los herederos del titular registral, antes de la partición de la herencia, otorgaran escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal sobre un edificio de la herencia indivisa, con objeto de entregar como legados varios pisos de ese edificio. La DGRN señaló que: «[...] la exigencia formal de titularidad debe cohonestarse con la libertad que tienen los herederos para, primeramente entregar los legados, y dejar para un momento posterior la partición. La dificultad que encuentra el Registrador para realizar las correspondientes inscripciones puede obviarse fácilmente inscribiendo la obra nueva y los pisos no entregados a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial

naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto».

D) Sociedad de gananciales

Lo mismo sucede respecto de la sociedad de gananciales. La sentencia del Tribunal Supremo de 26-2-2004 (RJ 2004/1750) destaca la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común que requiere, lo mismo que la herencia, la adjudicación de bienes concretos al fallecimiento de uno de los cónyuges. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10-6-2004 (RJ 2004/3823) la califica como comunidad germánica mientras viven ambos cónyuges, y de comunidad ordinaria o por cuotas cuando muere uno de ellos, debiendo procederse entonces a la liquidación de la misma. Con idéntica contundencia, la RDGRN de 30-6-1927 (LA LEY 21/1927) («[...] *entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro derecho positivo, la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común [...]*») (14).

Por la misma razón, la RDGRN de 2-6-2009 (RJ 2009/3012) afirma que *«la legislación registral permite la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación, así como la de los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo. Pero esto no supone en modo alguno que quepa también el reflejo tabular de las disposiciones unilaterales solo sobre bienes gananciales concretos».*

Se admite igualmente sin dificultad la inscripción de bienes a nombre de ambos cónyuges, entre los que existe un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, por ejemplo, tratándose de individuos extranjeros sujetos a regímenes matrimoniales propios de cada ordenamiento, y no necesariamente asimilables a las categorías patrias. En tales casos, no se encuentra obstáculo a la inscripción en el hecho de que se trate de una comunidad de bienes en mano común de origen convencional, distinta de las legalmente previstas en nuestro Derecho. Ni tampoco es obstáculo la previsión del artículo 54 RH. A este respecto, y a propósito del artículo 54 RH, la RDGRN de 21-2-2003 (RJ 2003/3941) afirma que: *«[...] Por lo que se refiere a la proporción en que adquieren los compradores, ello solo es así cuando se*

(14) En el mismo sentido, las RRDGRN de 2-2-1983 y 25-11-2004 (RJ 1983/1088 y RJ 2004/8154, respectivamente).

trata de una comunidad romana, pero no cuando se adquiere para un régimen matrimonial de comunidad, pues en éste existe una comunidad germánica, sin cuotas, por lo que no pueden establecerse las mismas. [...] La práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el Reglamento Hipotecario, desde la reforma de 1982 después, entendieron que lo más práctico, en el caso de cónyuges extranjeros, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción, difiriendo el problema para el momento de la enajenación». En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las de 12-2-2003 (RJ 2003/2271), 7-7-2006 (RJ 2006/6074) y 8-10-2008 (RJ 2009/632), refiriéndose, las dos últimas, a matrimonios de colombianos: «[...] no es exigible la determinación de las cuotas que cada uno de ellos adquiere en el bien cuando se adquiere bajo un régimen matrimonial de comunidad y la inscripción puede practicarse a su favor «con sujeción a su régimen matrimonial» con indicación de éste si [...] consta en el título».

Precisamente por ello, la RDGRN de 11-12-1998 (RJ 1998/10484) afirma que la «[...] inexistencia de cuotas sobre los concretos bienes integrantes de la herencia indivisa o de la sociedad de gananciales disuelta no puede ser obstáculo a su inscripción, en función del artículo 54 del Reglamento Hipotecario; es ésta una norma propia del condominio ordinario y, por lo mismo, no rigurosamente aplicable a esas otras formas de cotitularidad que no recaen sobre bienes individuales, sino sobre patrimonios, cotitularidades plenamente reconocidas y, en ocasiones, minuciosamente regulados por el legislador [...] respecto de las cuales, el reflejo registral (indudablemente posible —arts. 1 y 2 de la LH y 7 del RH—) ha de acomodarse a sus específicas características, de modo que en la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que quede debidamente expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la LH y 51 del RH), esto es, practicando el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquél se integra, con especificación de sus respectivas cuotas sobre el todo, y, en su caso, de las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables».

No se advierten diferencias significativas con la comunidad que se conforma en favor de los acreedores hipotecarios en los procesos de refinanciación a los que hacemos referencia. También aquí hay una comunidad o sindicato sobre un conjunto de bienes, con un fin claro y legítimo, en el que se integran los acreedores hipotecarios precisamente en su condición de refinanciadores del deudor, sin que se vea por qué habrían de limitarse o excluirse la validez de las reglas libremente aceptadas por las partes (el deudor, los hipotecantes no deudores y los propios acreedores hipotecarios) en torno a la articulación de dicha comunidad, el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones.

1.4. *La comunidad germánica o en mano común de origen convencional*

El Código Civil no contiene reglas específicas sobre la constitución de la comunidad. Y esta omisión se explica porque no hay modos específicos de constitución de la comunidad, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos (15). Por tanto, la génesis de una comunidad (romana o no) está en la ejecución de un acto o negocio jurídico atributivo en favor de varios titulares (ya originario, ya derivativo). En caso de que el origen sea un negocio consensual (una escritura de hipoteca en favor de varios acreedores, por ejemplo), pueden perfectamente las partes articular convencionalmente dicha comunidad bajo los moldes de una cotitularidad en mano común.

La posibilidad de configurar convencionalmente una comunidad distinta de la romana o por cuotas ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN. La sentencia del Tribunal Supremo de 9-6-1995 (RJ 1995/4911) acepta la constitución convencional sobre una zona aledaña a cinco fincas propiedad de otros tantos propietarios, «[...] *de una comunidad en mano común, no sometida en su regulación a las normas del Título III del Libro II del Código Civil que tratan “de la comunidad de bienes”, sino por la voluntad de los comuneros y caracterizada por la indivisibilidad del objeto y la inexistencia de cuotas de participación (ello, no obstante haberse establecido una contribución por quintas partes a los gastos) y la inexistencia de la acción de división*».

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1988 (RJ 1988/3233), admite con toda generosidad que la cotitularidad de los propietarios de unos terrenos integrados en una unidad de actuación pueda ser romana o germánica, puesto que tanto en uno como en otro caso, la legislación urbanística [art. 166 e) del Reglamento de Gestión Urbanística, RD 3288/1978, de 25 de agosto] exige la responsabilidad solidaria de los condueños: «*Por tanto, si los responsables de una finca o derecho responden solidariamente frente a la Junta de cuantas obligaciones dimanen de su condición en verdad que ninguno de dichos titulares le puede oponer a la Junta, ni al Ayunta-*

(15) PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones a ENNECERUS: *Tratado de Derecho Civil*, II.2. 2.º, pág. 752: «[...] *en rigor, no cabe hablar de “causas de nacimiento” de la comunidad. Las mismas causas que determinan la adquisición de un derecho real determinan la situación de comunidad cuando tal adquisición se opera en favor de una pluralidad de personas*». Idem, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pág. 32: «*no contiene el Código ningún precepto que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos [...]. Es claro que no se pretenderá confundir una venta con un contrato de sociedad o con un pretendido contrato de comunidad. Cada uno [...] de los contratos, venta donación, permuta, sociedad, es causa de atribución patrimonial, es uno de los “ciertos contratos” del artículo 609, aunque la donación se mencione aparte*».

miento, ni a la Jurisdicción, cuestiones civiles internas de la Comunidad, pues tanto si la misma es romana como si es germánica, como si subsiste o no la Comunidad misma, lo indudable es que cada cotitular de ella responde solidariamente frente a la Junta de Compensación, por lo que en el caso de comunidad de bienes, no podría hablarse frente a la Junta ni de Comunidad romana ni de germánica, sino que se trataría, en tal caso y frente a ella, de una Comunidad solidaria».

Más allá del supuesto específico de la comunidad germánica, el amplísimo alcance de la regulación convencional de la comunidad queda ilustrado por las Resoluciones de la DGRN de 18-5-1983 y 27-5-1983 (*RJ* 1983/6969 y *RJ* 1983/6972) que aceptaron un régimen jurídico especial de comunidad funcional, organizada y permanente, en el que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros.

1.5. La tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica o en mano común

Se ha invocado, para rechazar la posibilidad de admitir una comunidad germánica en nuestro Derecho, la RDGRN de 8 de julio de 1933, en la que, *«después de decir que la comunidad de tipo romano es por cuotas ideales a favor de cada uno de los condóminos y que pueden ejercitar en todo momento la acción de división y que la comunidad germánica es aquella en que no corresponde ninguna cuota ideal de facultad de ejercitar (sic) la actio comuni dividundo, excluye la inscripción de una escritura en que se formalizaba una copropiedad consuetudinaria sin cuotas»* (16). Pero la cita de esta resolución, en apoyo de la tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica de origen convencional en nuestro Derecho es doblemente tendenciosa. Por una parte, porque la Dirección General estima en esa resolución el recurso del notario declarando: *«[...] que la escritura de 28 de julio de 1931 y su adicional de 25 de junio de 1932, autorizadas por el Notario de Macotera [...] se hallan extendidas con sujeción a las formalidades y prescripciones legales, en cuanto se refiere al defecto motivo de este recurso»*. Y por otra, porque el aspecto fundamental de discusión en el recurso no era si cabe o no cabe una comunidad germánica en Derecho español, sino si tenían o no los aportantes de unos inmuebles a una sociedad anónima capacidad para efectuar el correspondiente acto dispositivo sin encontrarse plenamente autorizados para ello por los demás socios o comuneros. Y es que sobre los terrenos objeto de la aportación social existía una seria confusión de titularidades y derechos, como se reconoce en la propia escritura objeto de inscrip-

(16) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, núm. 718, pág. 624, invocando la opinión de GARCÍA GARCÍA.

ción al afirmar que sobre los mismos «[...] se había creado de hecho una copropiedad consuetudinaria más que legal, que ha encontrado en el desenvolvimiento de su vida una infinidad de dificultades de todos los órdenes, ya naturales, debidas al antieconómico estado de indivisión, ya debidas al enorme número de poseedores, presuntos dueños, en aumento constante de las transmisiones sucesivas y por la defectuosísima titulación o carencia absoluta de ella». La Dirección General inicia su razonamiento admitiendo las dos formas de comunidad: «[...] la técnica civil moderna ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano —condominium iuris romani—, en que parece inspirarse nuestro Código Civil [...] y la copropiedad de tipo germánico —condominium iuris germanici—, según la cual los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la actio communi dividundo». Pero, a la vista del monumental lío existente sobre los terrenos, «[...] se pone de relieve la dificultad de encajar la situación real en la que se encuentran los derechos sobre las fincas Valles y Egidos en los dos tipos de comunidad antes señalados [ni en uno, ni en otro apuntillamos nosotros] ya que ni la circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal, entre otros, ni tampoco el carácter de subsidiarias que reconoce el Código civil a las normas del Título III del Libro II, pueden estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad [en este caso, añadimos nosotros], básica en la discusión, mientras que los Tribunales no hayan fijado con claridad el alcance de las expectativas y los derechos que existan a favor de los vecinos interesados».

GARCÍA GARCÍA se pronuncia abiertamente en contra de la posibilidad de admitir una comunidad en mano común en nuestro Derecho, fuera de los casos de cotitularidades germánicas sobre bienes, derechos o patrimonios legalmente reconocidos: «la comunidad germánica es excepcional; tan solo se admite en los supuestos expresamente previstos legalmente (sociedad de gananciales, comunidad de pastos y leñas y montes vecinales en mano común) y sobre la base de la habilitación legal, sin que quepa la autonomía de la voluntad en el ámbito de la inscripción de los derechos» (17). El concepto de cuota es, para él, «un concepto institucional, definitorio y de orden público, de la comunidad de bienes y derechos, sin que puedan existir comunidades sin cuota». Se sitúa por ello en contra de la posibilidad de que accedan al registro cotitularidades sin cuotas, «[...] pues, en otro caso, los futuros embargantes o adquirentes no sabrían qué embargar, ni qué

(17) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca...», *op. cit.*, pág. 624.

adquirir, dificultándose el tráfico, que es la finalidad de la legislación hipotecaria» (18).

Pero la base del argumento es débil, en nuestra opinión, porque el registro no crea derechos, ni los mejora, sino solamente los publicita y los pone a cubierto de determinadas acciones o excepciones. Tampoco los acreedores de un acreedor hipotecario solidario conocen la cuota que corresponde a su deudor en un crédito hipotecario sobre la base del registro. Ni los acreedores de un acreedor hipotecario solidario que embarguen el derecho de su deudor trabajarán más derecho o mejor derecho que el que tiene su deudor. Y habrán de soportar la cancelación de la hipoteca consentida por otro co-acreedor solidario, o la ejecución de la hipoteca efectuada por otro co-acreedor solidario. Del mismo modo, los cesionarios, embargantes o acreedores subhipotecarios de un acreedor hipotecario cotitular de un crédito hipotecario en mano común subentran (o subentrarán) en la posición jurídica de su cedente, deudor embargado o subhipotecante, ni más, ni menos. Y si el crédito hipotecario objeto de cualquiera de dichos negocios de cesión, embargo o subhipoteca está sometido a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH), o la propia hipoteca está sometida a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH, Resoluciones de la DGRN de 2-9-2005 y 3-9-2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de junio de 2008 —*JUR* 2008/265700—) o la hipoteca se ha constituido sobre bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia (art. 107.7.º LH), pues todas esas vicisitudes, limitaciones o potenciales carencias del crédito o de la hipoteca se trasladarán naturalmente al cesionario, embargante o acreedor subhipotecario.

Y del mismo modo, aunque tampoco los acreedores de un coheredero conocen la porción que corresponde a sus deudores sobre el patrimonio hereditario o sobre un bien concreto integrado en este, ninguna duda cabe que tanto uno como otro son patrimonios en mano común (en el segundo caso, porque así lo quisieron los condueños, obviamente sin necesidad de preguntar ni obtener el consentimiento previo de los acreedores de cualquiera de los esposos).

Tampoco se puede compartir el argumento, si se hiciera, de que la constancia de las cuotas resulta esencial para defender el interés de los terceros, sean titulares de cualesquiera derechos sobre la finca hipotecada o el crédito hipotecario, sean ajenos al registro (los acreedores del hipotecante o de los acreedores hipotecarios), porque la falta de constancia reduce, limita o perjudica la garantía patrimonial universal con la que cuentan los acreedores en el artículo 1.911 del Código Civil. Y no se puede compartir porque, como afirman DÍEZ PICAZO y GULLÓN (para defender la eficacia de una prohibición de disponer pese a que lesione la garantía patrimonial universal) aunque

(18) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Thomson-Civitas (5.ª ed.), Cizur Menor, 2006, pág. 454.

es cierto «*que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores (art. 1.911), [...] no lo es menos que esa garantía comprende los bienes tal y como se encuentran en ese patrimonio*» (19).

Por tanto, los terceros (registrales o no) no tienen un interés, protegible por el ordenamiento, en que se haga constar la cuota que corresponde a sus deudores en un bien o derecho ostentado en mano común.

Otro de los autores que rechaza la posibilidad ha sido BELTRÁN DE HEREDIA al afirmar que «*en el ordenamiento jurídico español, influido por los individualistas de la época de la Codificación Civil, no se recogió la forma de la comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico. [...] Existen, ciertamente, algunos casos especiales de comunidad en nuestro Derecho [...] que presentan particularidades de un cierto parecido, más o menos lejano, con el tipo de comunidad en mano común, pero en modo alguno pueden considerarse como especies de ésta, ni en cuanto a la justificación de la especialidad, ni en cuanto a la regulación positiva en concreto. Los intentos de acercamiento con la comunidad germánica son, en nuestra legislación, forzados en la mayoría de los casos*» (20).

Esta afirmación, sin embargo, se ve contrariada no solo por el vasto número de supuestos expresamente recogidos legalmente, en atención a la singularidad del objeto en común (montes, leñas, pastos...) o de los sujetos (cónyuges, herederos...), sino porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la naturaleza jurídica de comunidad germánica o en mano común de tales figuras y, también la ha admitido en situaciones ajenas a los supuestos expresamente reconocidos legalmente. Amén de no aportar un solo argumento de Derecho positivo, limitándose a ser una afirmación dogmática, en nuestra modestísima opinión.

2. ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

La comunidad en mano común se fundamenta, como se ha indicado, en que el ejercicio y el alcance del derecho del cotitular no está limitado o definido por referencia a una cuota. Existe una dilución de la individualidad en favor de la colectividad, una atribución del bien o derecho en comunidad y del ejercicio de las acciones o facultades inherentes a la globalidad de los condueños. Cualquiera se podría preguntar por la razón económica, lógica si se quiere, por la que los condueños de un bien o derecho (por ejemplo, los

(19) DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, 5.^a ed. (1990), vol. III, págs. 65-66.

(20) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 111.

acreedores de créditos asegurados con hipoteca) pueden estar interesados en renunciar a la patrimonialización del derecho (en el alcance de la cuota) que presupone una comunidad romana sobre la hipoteca y referir al «sujeto» colectivo, a la globalidad de los cotitulares, el ejercicio de tales derechos. Es decir, ¿por qué los acreedores hipotecarios pueden preferir una comunidad germánica a una romana?

Los objetivos que pueden justificar una hipoteca en mano común otorgada en un escenario de refinanciación global de la deuda de una compañía son variados, pero todos ellos completamente razonables y fácilmente entendibles. La existencia de una situación de crisis empresarial puede exigir de los acreedores un mayor compromiso de actuación conjunta (hasta el punto de llegar a la unanimidad) que en un contexto de, digamos, menor «estrés» financiero. Sin ese riesgo de colapso que atenaza al deudor, los acreedores podrían estar en condiciones de admitir actuaciones aisladas por parte de esos acreedores, ejercicios individualizados de los derechos y garantías que el deudor está dispuesto a ofrecer. Por otra parte, la consideración de los activos hipotecados como los de mayor trascendencia para la viabilidad del deudor puede hacer comprensible que cualquier decisión sobre el destino de estos (la oportunidad del momento de la ejecución, la conveniencia o inconveniencia de una ejecución conjunta de varios bienes —por ejemplo, comprensivos de una rama de actividad o de una unidad productiva autónoma, el sometimiento de la venta a la autorización de los acreedores, etc.)— se sujete a decisión unánime con el fin de que ninguno de los acreedores pierda garantía de su crédito, o vea perjudicada la calidad de su garantía, por decisiones del resto de entidades.

Que se establezca una hipoteca en mano común en garantía de un crédito con el mismo carácter no ofrece dificultad alguna, y ello pese a que el Código Civil no contemple expresamente la situación de co-titularidad en mano común sobre el crédito, como acertadamente nos recuerda ROCA SASTRE. En efecto, habiendo pluralidad de sujetos en la parte activa de la obligación, podemos tener tres tipos de obligaciones: mancomunadas, solidarias y en mano común. Sin embargo, afirma que esta denominación procede de la necesidad de adaptarse al tecnicismo del Código Civil, y que lo apropiado sería hablar de obligaciones *parciarias* (que el Código denomina mancomunadas), *solidarias* y *mancomunadas o en mano común*. La obligación o crédito en mano común, afirma, «*es silenciada por el Código, si bien su régimen preside en general las obligaciones mancomunadas cuando la prestación es indivisible*». Y la posibilidad de que el crédito se configure en mano común por la determinación convencional de las partes, porque las partes así lo quieren, tampoco le parece imposible: «*No obstante, el crédito en mano común puede surgir de la voluntad de los interesados, constituyéndolo con tal carácter, al igual que lo permite dicho artículo 1137 respecto del crédito*

solidario. Obligación o crédito en mano común será [por ejemplo] el que pertenezca a una comunidad de bienes matrimoniales» (21).

Por tanto, si el crédito garantizado por una hipoteca es «en mano común», los acreedores hipotecarios formarán una comunidad germánica sobre la hipoteca. Y en tal caso, no puede ser exigible, al practicar la inscripción, hacer constar la cuota que corresponde a cada uno en el derecho, pues, como ya se ha expuesto, la titularidad en mano común se caracteriza precisamente por la inexistencia de cuotas.

BLASCO GASCÓ, al igual que ROCA SASTRE, reconoce tres criterios de ordenación de la relación obligatoria: parciariedad, solidaridad y mancomunidad (en mano común) (22), pero va más lejos al considerar que mediante pacto entre los acreedores se puede configurar la relación jurídico-hipotecaria de manera distinta a como lo esté la relación jurídico-obligatoria.

Se invoca en contrario el artículo 54 RH, que exige la determinación de la cuota de cada uno de los acreedores hipotecarios. Sin embargo, el artículo 54 RH solo resulta aplicable a aquellos casos en los que la finca o el derecho se encuentran divididos en porciones ideales o participaciones indivisas, lo que no sucede en los supuestos de comunidad germánica o en mano común.

En efecto, ROCA SASTRE señala que si el crédito hipotecario pluripersonal es mancomunado, *«deberá precisarse la parte del crédito correspondiente a cada acreedor y, por ende, la parte que cada uno tenga en la hipoteca. Debe cumplirse, pues, lo dispuesto en el artículo 54 RH [...] según las Resoluciones de 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciembre de 1912, 24 de noviembre de 1913 y otras y más recientemente las Resoluciones de 1 y 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999. [...] En cambio, cuando, por excepción, el crédito hipotecario pluripersonal sea solidario o en mano común, debe estimarse que no es preciso dicho requisito, con base en que en estos casos no existen cuotas o porciones ideales, a las que se refiere el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, y de que las citadas Resoluciones se produjeron frente a supuestos de obligaciones mancomunadas simples. De forma expresa, la no necesidad de fijación de cuotas en el crédito solidario viene reconocida en las Resoluciones de [...] 10 de febrero de 2003 y 9 de febrero y 15 de octubre de 2005» (23).*

Efectivamente, las RRDGRN de 15-2-2000 y 10-2-2003 (RJ 2000/495 y RJ 2003/2607) señalan que: *«la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código*

(21) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo IX, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 310.

(22) BLASCO GASCÓ, F., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 92.

(23) ROCA SASTRE, R. M., «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo IX, pág. 321.

Civil, lo que excluye, en principio, la admisión de titularidades dominicales solidarias, tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. art. 54.1 del RH). Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. arts. 1861 del CC y 105 de la LH), la convierte en accesoria del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999)».

Para GARCÍA GARCÍA, la Resolución de 23-3-1994 (RJ 1994/2028): «[...] merece una crítica muy negativa en cuanto alude a que en caso de acreedores solidarios no se necesita determinar la participación correspondiente a cada uno, bastando la expresión de la solidaridad. Con esta doctrina sobre los acreedores solidarios se confunde [...] la obligación con el derecho real de hipoteca; se desconoce que el crédito solidario garantizado con hipoteca es susceptible de tráfico, y concretamente de transmisión, herencia, hipoteca o embargo, pues en tales supuestos no sabría el adquirente qué es lo que ha adquirido o embargado en contra del principio de determinación; y se parte, al parecer, de que es indiferente el destino de la parte del dinero correspondiente al otro acreedor solidario que no insta la ejecución hipotecaria, dejándole en absoluta indefensión, pues si no existen partes, no se sabrá cuál es la cantidad que le corresponde en caso de ejecución, y se da vía libre a la tesis de la cancelación total de la hipoteca por actuación de un solo acreedor, lo cual es inadmisibile, existiendo un titularidad real hipotecaria» (24).

En contra de lo anterior, BLASCO GASCÓ señala que «si la comunidad es ordinaria o romana, se deberá indicar la cuota o participación de cada uno de los comuneros en el crédito garantizado (ex arts. 9-2 LH y 51 RH)» pues, como señala anteriormente, «debe entenderse que hay tantas hipotecas distintas e independientes como acreedores hipotecarios». Por el contrario, «si el crédito es mancomunado (en mano común), solo hay una hipoteca, como solo

(24) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 117.

hay un crédito» y en este caso, «no parece haber inconveniente en que se pacte un ejercicio de las facultades y acciones hipotecarias de carácter solidario [entendemos que debería decir colectivo]» (25).

En la misma línea se pronuncia CORDERO LOBATO: «si el crédito se configura como solidario, es irrelevante determinar la cuota que a cada acreedor solidario corresponde en la relación interna, que no tiene por qué constar en la inscripción, pues ello resulta indiferente para el deudor y los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. En cualquier caso, la constitución de hipoteca a favor de varios acreedores requerirá que la inscripción exprese bien el carácter solidario del crédito, bien la participación que en el crédito parciario garantizado corresponde a cada acreedor (cfr. art. 54 RH) sin que, a estos efectos, baste la presunción de igualdad de cuotas derivada de los artículos 393 y 1138 del Código Civil» (26).

En consecuencia, resulta indiscutible la necesidad de la individualización de las cuotas que corresponden a los acreedores parciarios para la inscripción de la hipoteca. Y así, entre muchas otras, la RDGRN de 1-3-1994 (RJ 1994/2017) establece que en los casos de acreedores mancomunados, es necesaria la determinación de cuotas de la hipoteca, salvo que el régimen previsto para los avalistas posteriores sea claro respecto a las vicisitudes ulteriores. En el mismo sentido se expresan varias resoluciones, al no considerar suficiente la presunción de igualdad de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, pues, dado su carácter, no definen la extensión del derecho (todo ello, por exigencias del principio de especialidad): 23-3-1994 (RJ 1994/2028), 6-11-1996 (RJ 1996/7928), 28-4-1999 (RJ 1999/2223). También se exige la constancia de las cuotas de titularidad en la propiedad especial de «engalabernos» de porciones de fincas empotradas, aun cuando no existan elementos comunes (RDGRN de 20-7-1998, RJ 1998/5975) u, obviamente, cuando existe una comunidad romana (que es precisamente el supuesto de hecho del art. 54 RH) (RDGRN de 22-12-1949, RJ 1949/336).

Pero mientras que la constancia de las cuotas del artículo 54 RH es exigible cuando la cotitularidad sobre el derecho se asienta en una comunidad ordinaria, romana o por cuotas («Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho [...]» reza el art. 54 RH, precisamente para hacer aplicable el mandato legal de constancia de las cuotas que contiene a ese caso, pero solo a ese caso), no es así cuando no existen cuotas en la relación externa a los condueños, como ocurre en las titularidades solidarias o en mano común.

La Resolución de la DGRN de 17-3-1966 (LA LEY 5/1966) declara que el artículo 54 RH no es aplicable respecto de los derechos de fideicomisario condicional del Derecho catalán en el que existe una indeterminación consus-

(25) BLASCO GASCÓ, F., «La hipoteca inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 93.

(26) CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 531.

tancial del propio derecho del fideicomisario: «[...] *que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional, la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario que al establecer la regla general solo puede imponer una determinación con datos matemáticos, en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca [...].*»

La Resolución de la DGRN, de 22-5-2000 (RJ 2000/7323) considera inaplicable el artículo 54 RH a la constitución de un usufructo vitalicio a favor de tres personas, con carácter simultáneo y sucesivo, por aplicación del derecho de acrecer que se establece en el artículo 521 (para el usufructo en favor de varios usufructuarios) y el artículo 982.1 del Código Civil (para la sucesión). La consignación del carácter «simultáneo» es suficiente para delimitar el derecho de cada uno de los usufructuarios, pues (a diferencia de los usufructos conjuntos con fijación específica de cuota, o de los usufructos simultáneos sobre un mismo bien pero concretando cada uno de ellos a una cuota determinada del bien que se grava, como señaló posteriormente la RDGRN de 22-4-2003, RJ 2003/4141) en este caso «*todos quedan llamados al todo (con las consecuencias que ello implica en la relación frente al nudo propietario) y tal concurrencia de derechos de idéntico contenido sobre el mismo objeto que determina, por sí sola, la igualdad en aquel reparto o, en caso de fallecimiento de uno de los usufructuarios, el acrecimiento previsto en el artículo 521 y 982-1 del Código Civil*».

Las RRDGRN de 31-3-1997 (RJ 1997/2049) y 11-12-1997 (RJ 1997/8822) señalan que «*el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse en favor de todos los socios, si bien al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la LH y 51 del RH, sentencias de 12 de julio de 1996 y Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1993)*». Aunque la RDGRN de 14-2-2001 (RJ 2002/2154) varió el criterio en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles no inscritas, la doctrina de las resoluciones citadas continúa siendo válida para aquellos supuestos de cotitularidad donde no existe personificación.

Efectivamente, la Resolución de 25-3-1993 (RJ 1993/2365) reconoce que, además de la comunidad ordinaria por cuotas indivisas, caben otras formas de comunidad en que la cotitularidad no recae sobre un bien, sino sobre un conjunto patrimonial. Por eso, cabe el acceso al registro del régimen especial derivado de las UTEs, siempre que se hagan constar en la inscripción, «[...] las circunstancias necesarias para que quede expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. art. 9.º de la LH y 51 del RH) tal como resulte de la realidad sustantiva acreditada por la titulación presentada al Registro».

Mientras las Resoluciones de la DGRN de 13-4-2000 (RJ 2000/2750) y 3-2-2004 (RJ 2004/911) aplican el artículo 54 RH respecto de la necesidad de determinación ideal de las cuotas sobre el bien adjudicado en operaciones divisorias aprobadas judicialmente, las de 30-1-2003 y 10-9-2009 (RJ 2003/2602 y RJ 2009/4569) admiten las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en procedimientos de quiebra a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin individualización de cuotas, a pesar de carecer de personalidad jurídica por «[...] la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter “en mano común” de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores [...]», y ello porque aunque estos sindicatos de acreedores no estén perfectamente identificados, sí están «[...] plenamente articulados para su funcionamiento, sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral».

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE EN FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE ACREEDORES, EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES DIFERENTES, CONVENCIONALMENTE ARTICULADA SOBRE UNA COMUNIDAD EN MANO COMÚN

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que es posible articular una titularidad activa plural del derecho real de hipoteca en la forma de comunidad germánica o en mano común en los casos en los que sea tal la comunidad existente sobre el crédito garantizado. Procede ahora estudiar ahora con mayor detenimiento la aplicación de esa titularidad germánica al supuesto concreto de una hipoteca flotante.

Es perfectamente posible, y hasta frecuente en el caso de creación de hipotecas flotantes en el contexto de procesos de refinanciación, que la hipoteca se cree en garantía de muy diversas obligaciones: algunas de carácter

mancomunado (derivadas, por ejemplo, de créditos sindicados), otras derivadas de relaciones bilaterales con un único acreedor, otras, en fin, de carácter solidario (mucho más excepcionales).

En torno a este punto, debe enfatizarse que uno de los elementos más propio y más diferenciador de la hipoteca flotante es su potencial utilización en garantía de varias obligaciones, aun con causa diferente, quebrando así lo que se tenía, incorrectamente en nuestra opinión, como axioma insoslayable del Derecho Hipotecario: «una obligación-una hipoteca» (27). Esta característica matiza (sin derogar en modo alguno) ciertos principios registrales como el de accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación garantizada. Como señala su Preámbulo, la Ley 41/2007: *«flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes” [en tanto que] la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras»*. Así sucede en relación con los supuestos de pluralidad de acreedores. Como ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO (28), la reforma de la Ley Hipotecaria de 2007 se hace contra los principios de accesoriedad y especialidad o, mejor, contra la rígida aplicación que de los mismos se había venido haciendo.

1. CARACTERES DE LA HIPOTECA FLOTANTE

En efecto, la hipoteca flotante viene a colmar la vieja aspiración de permitir la utilización de la hipoteca para la cobertura de varias obligaciones, incluso no perfectamente determinadas al tiempo de la constitución, superándose así una interpretación rígida de los principios de especialidad y determinación. En virtud del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (la «Ley 41/2007») es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación. Vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, a su entera discreción, realizar el bien para satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de solo una parte de

(27) Sobre los argumentos que permitían defender, ya antes del reconocimiento legal de la hipoteca flotante, que el axioma «una obligación-una hipoteca» no era corolario esencial de nuestro Derecho Hipotecario, véase AZOFRA VEGAS, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, mayo-junio, pág. 1182.

(28) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, pág. 1659 y sigs.

ella(s) (*facultas electionis*). El elemento esencial de la hipoteca flotante es, así, la *indiferenciabilidad* de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas. No existe, necesariamente, una parte de la responsabilidad hipotecaria que quede afecta a la seguridad de una de las obligaciones garantizadas, sino que cualquiera de ellas puede desencadenar, ante su vencimiento, la ejecución de la hipoteca y por la totalidad de la responsabilidad.

Otra gran utilidad que las hipotecas flotantes ofrecen es la de servir de garantía de una pluralidad de obligaciones no completamente determinadas, bastando con hacer constar la «*descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*» (art 153 bis LH).

Las ventajas de la figura son evidentes. El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación, pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (*estirando* el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos o de todos ellos, a su opción, sin necesidad de renunciar a las garantías específicas de los créditos garantizados (que sería el efecto de la novación extintiva de la refundición en una única cuenta de crédito o corriente que la DGRN venía exigiendo para admitir la hipoteca semi-flotante con anterioridad a la Ley 41/2007, vid. RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, *RJ* 1987/9722; de 26 de noviembre de 1990, *RJ* 1990/9333; de 24 de julio de 1998, *RJ* 1998/5979; de 27 de septiembre de 2000, *RJ* 2000/10206; de 3 de noviembre de 2000, *RJ* 2000/10239; de 21 de junio de 2001, *RJ* 2001/5684; de 10 de julio de 2001, *RJ* 2001/5910, y de 27 de septiembre de 2001, *RJ* 2001/10245). Y otro enorme provecho es que permite asegurar un conjunto variopinto de obligaciones, de muy diversos acreedores, de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, desde el primer céntimo de euro, permitiendo la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad (o de aquellos que se avienen a refinanciar su deuda, a seguir facilitando el crédito que evita su colapso financiero), lo que, en las actuales circunstancias de crisis generalizada, puede fácilmente entenderse que es tremendamente ventajoso para la economía nacional. La hipoteca flotante ha venido por eso siendo enormemente utilizada en el contexto de las múltiples operaciones de refinanciación empresarial que se han venido sucediendo, lamentablemente para todos, en los últimos meses y años. Y la figura ha rea-

lizado una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales, con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo y, en general, de daño mayúsculo a la economía del país.

Y todo ello porque en la hipoteca flotante: *a)* no existe condicionamiento en cuanto a la naturaleza de las obligaciones garantizadas (*de cualquier clase*, reza el art. 153 bis LH); *b)* ni en cuanto al número de las que pueden garantizarse (*varias*); *c)* ni en cuanto a su existencia al tiempo de constitución de la garantía, o a la posibilidad de combinarlas (*presentes y/o futuras*); *d)* ni respecto de la exigencia de constatación circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas, sin que se imponga, tampoco, la existencia, al tiempo de constitución de la garantía, de las relaciones jurídicas de las que resultarán los créditos garantizados y admitiéndose la mera *descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*. Tampoco se impone ninguna circunstancia subjetiva a las partes de la relación hipotecaria (con la salvedad de que el acreedor sea una entidad financiera o una administración pública), lo cual permite, desde luego, la existencia de pluralidad de partes en la posición de deudor, de acreedor y de hipotecante no deudor. Cabe por eso que se constituya una hipoteca flotante en favor de varios acreedores, cualquiera que sea la relación en el crédito existente entre ellos (e incluso aunque no exista ninguna relación en el crédito entre ellos), de la misma forma que puede constituirse una hipoteca flotante en seguridad de las obligaciones de varios deudores (exista, o no, una relación o vinculación en el crédito entre ellos). La flexibilidad es, por tanto, notabilísima.

2. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA HIPOTECA FLOTANTE

Pese a dicha flexibilidad, la hipoteca flotante continúa siendo accesoria de las obligaciones garantizadas (arts. 1857, 1212 y 1528 CC; 104 y 105 LH), indivisible (arts. 1860 CC, 122 y 123 LH), causal y no abstracta (art. 1277 CC, 19 y 80 LH, 51 RH), absoluta o con eficacia *erga omnes* tras su inscripción (arts. 1858, 1875 y 1876 CC; 13 y 32 LH), produce legitimación registral del beneficiario presumiéndose válido el contenido del registro tras su inscripción (arts. 38, 91 y 1.3.º LH), se beneficia de los efectos de fe pública registral (art. 34 LH), prioridad registral (art. 17 LH), asentados en los principios de legalidad (art. 18 LH), tracto sucesivo registral (art. 20 LH) y especialidad o determinación (art. 9 LH, 51 RH).

3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN LA HIPOTECA FLOTANTE

Como elemento esencial de la hipoteca flotante, se exige la determinación de la cantidad máxima de que responde la finca (29). No es un elemento específico de la hipoteca flotante (de hecho, se exige con carácter general en los arts. 12 LH o 219.1 RH). La determinación de la responsabilidad máxima hipotecaria tiene carácter esencial para cualquier hipoteca, singularmente las de máximo (30), sin que el establecimiento de una responsabilidad hipotecaria por debajo de la obligación permita hablar de dos obligaciones, una hipotecaria y otra no. La responsabilidad máxima hipotecaria determina el riesgo máximo que soportan los terceros (como el tercer poseedor y el hipotecante no deudor que podrán, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca abonando dicha cifra) (31).

El artículo 153 bis no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados (superándose también en este punto la tesis más restrictiva anterior de la DGRN en relación con la hipoteca semiflotante, vid. RRDGRN de 1-6-2006, 17-3-2008, 18-03-2008 y 25-4-2008). Ello parece absolutamente lógico en la hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras (pues lo contrario privaría a la flotante de una de sus mayores potencialidades, que es la de servir como campo fértil para la generación de crédito futuro, al imponer a las partes estimar las condiciones de relaciones jurídicas aún siquiera planteadas preliminarmente) (32).

Pero incluso en caso de que se garanticen solamente obligaciones presentes, y no futuras, puede interesar a las partes que no se distribuya la responsabilidad hipotecaria máxima entre cada obligación, sino por el contrario, que todos y cada uno de los créditos garantizados lo estén hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria fijada. Se quiere con esta opción, entre otras cosas, que en caso de amortización o extinción de cualquiera de los créditos garantizados por la hipoteca, se mantengan los restantes créditos garantizados hasta el total de la responsabilidad máxima inicial. Si se distribuyera la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, nos encontraríamos en una situación muy próxima (sino igual) a la de coexistencia de varias hipotecas con el mismo rango hipotecario sobre el mismo bien: la amortización o extinción de cualquiera de ellos podría llevar naturalmente aparejada la cancelación parcial de la hipoteca en lo tocante a la parte de la responsabi-

(29) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «La hipoteca global», en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pág. 231.

(30) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo VIII, pág. 359.

(31) RDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996/584).

(32) CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tratado...», *op. cit.*, pág. 572.

lidad máxima hipotecaria inicialmente asignada al crédito amortizado o extinguido (*ex art. 1857.1.º CC*), sin que los restantes acreedores hipotecarios «acrezcan» o se beneficien de la responsabilidad hipotecaria extinguida.

Aunque la posibilidad de existencia de varias hipotecas del mismo rango solo está prevista expresamente en nuestro Derecho en relación con la ejecución hipotecaria (*art. 227 RH*), existe consenso absoluto sobre la posible coexistencia de varias hipotecas del mismo rango en un mismo bien, sea por constitución e inscripción simultánea, sea a consecuencia de un negocio sobre el rango de hipotecas inicialmente de distinto rango. La constitución de una pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien en garantía de créditos de diferentes acreedores aventaja a la hipoteca flotante en que evita de raíz cualquier debate sobre las titularidades compartidas (por ejemplo, para el ejercicio de la acción de devastación), y que atribuye a cada acreedor hipotecario señorío absoluto sobre su propia hipoteca. Pero comporta la desventaja de la necesidad de individualizar la responsabilidad máxima a que está sujeto el bien en relación con cada obligación, lo que en última instancia limita el derecho de agresión de cada acreedor frente al bien. Y en el contexto de las operaciones de refinanciación tan frecuentes actualmente, en las que es habitual que se exija como condición de la refinanciación la constitución de nuevas garantías sobre la práctica totalidad de los bienes libres de los deudores refinanciados, de forma que se cree una comunidad de los acreedores que aceptan la refinanciación sobre dichas garantías, esta individualización es contraria al principio de «colectivización» de los esfuerzos y las garantías.

En estos procesos de refinanciación se presenta, en ocasiones, una disyuntiva inicial: o bien se establecen hipotecas simultáneas del mismo rango sobre los bienes libres del deudor refinanciado, cada una de ellas en garantía de las distintas obligaciones refinanciadas (atribuyéndose a cada una de dichas hipotecas una fracción de la responsabilidad máxima hipotecaria allí establecida proporcional al peso relativo de cada obligación en el sumatorio de las obligaciones aseguradas), o bien se establece una hipoteca flotante en garantía de todos esos créditos sin individualizar la porción de la responsabilidad máxima hipotecaria que asegura cada obligación, de forma que cada una de ellas quede garantizada por el máximo de la responsabilidad hipotecaria allí establecida. Con esta segunda opción, las partes aspiran —ni que decir tiene que legítimamente— a que cualquier vicisitud que afecte a cualquiera de las obligaciones garantizadas (extinción, pago, etc.) no reduzca el derecho de agresión de los restantes acreedores sobre los bienes hipotecados. Y ello es especialmente entendible en los casos, tristemente habituales en las refinanciaciones, en los que la responsabilidad hipotecaria asegurada en la hipoteca es netamente inferior a las obligaciones garantizadas (porque también es inferior el valor de los bienes que los deudores en trance de refinanciación tienen aún libres para ofrecer como garantía a los acreedores dispuestos a refinanciar); así, cuando el valor

de los bienes ofrecidos en garantía no alcanza a cubrir siquiera una parte del principal de las obligaciones refinanciadas, deudor, hipotecantes y acreedores pueden preferir: *a*) que la responsabilidad máxima hipotecaria se limite al valor de los bienes hipotecados (pues es antieconómico hipotecar algo por encima de su valor razonable), y *b*) que todas las obligaciones queden garantizadas por la totalidad de dicha responsabilidad máxima hipotecaria, sin hacer subdivisiones o asignaciones parciales entre las obligaciones garantizadas, en la esperanza de que, en los supuestos de amortización o pago de cualquiera de ellas, puedan los restantes acreedores seguir *sirviéndose* de la hipoteca (y, en última instancia, del valor del bien) en toda su extensión.

Parece claro que cada uno de los créditos asegurados por una hipoteca flotante es, en sí mismo, un crédito hipotecario (33). Es, sin embargo, un crédito hipotecario especial en los casos en los que no se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre los créditos (la hipoteca «flota» sobre todos ellos). En ausencia de asignación o atribución, el acreedor de cada uno de esos créditos hipotecarios podría ejecutar el bien ante el impago o vencimiento, hasta el máximo de la responsabilidad global (lógicamente, en perjuicio de terceros).

Puesto que, por una parte, la totalidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente en cualquier momento (por ejemplo, para facilitar una cesión a terceros de cualquiera de los créditos cubiertos por la hipoteca flotante) el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Ello no perjudica a los restantes acreedores del hipotecante, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior, pues todos conocen, porque el registro así lo publicita, que el acreedor hipotecario tiene el derecho de agresión sobre el bien hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos o de algunos de ellos.

4. PLURALIDAD DE ACREEDORES

La hipoteca flotante puede servir de garantía de más de un crédito y de más de un acreedor. No hay ninguna limitación a ello en el artículo 153 bis LH y,

(33) Algunos autores ponen en cuestión el carácter de hipotecario del crédito asegurado por una hipoteca flotante (CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor*», en *La Ley*, 14-7-2008, pág. 3).

en consecuencia, se aplican los principios generales. Ello hace surgir la discusión sobre la titularidad que ostentan los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca. Pero antes de analizar el supuesto de concurrencia de varios acreedores de distintos créditos, merece la pena partir del análisis del supuesto más sencillo, que sería la coexistencia de varios acreedores sobre el mismo crédito o créditos asegurados por una hipoteca flotante. Para después centrarse en la coexistencia de varios acreedores hipotecarios, sin que exista relación en el crédito entre ellos.

4.1. *Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos)*

Si los acreedores de todos los créditos garantizados son solidarios, cualquiera de ellos podrá ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.), *ex* artículo 1137 CC (34). En este caso, la relación interna entre los acreedores no trasciende en modo alguno a la hipoteca, porque es irrelevante para el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y cualquier titular registral posterior (RDGRN de 1 de marzo de 1994 —*RJ* 1994/2017—, 23 de marzo de 1994 —*RJ* 1994/2028—, 15 de febrero de 2000 —*RJ* 2000/495— y 14 de febrero de 2003 —*RJ* 2003/2608—).

En caso de parciariedad entre los acreedores, queda por resolver qué titularidad ostentan sobre la hipoteca (en definitiva, qué facultades puede ejercitar cualquiera de ellos respecto de la hipoteca):

- A) Una primera tesis (35) consistiría en entender que los acreedores parciarios son titulares *pro indiviso* de la hipoteca, lo que impediría a cualquier acreedor aceptar alteraciones de la hipoteca sin consentimiento de los demás (art. 397 CC) o ejecutar la hipoteca sino en interés de la comunidad (art. 394 CC). El ejercicio de las acciones de devastación y ejecución correspondería conjuntamente a todos los acreedores.
- B) Una segunda tesis (36), quizá la más extendida, consideraría que la cotitularidad en el crédito se extiende a la garantía, tal que cada acreedor sea simultáneamente titular de una porción del crédito y de la hipoteca. La pluralidad de créditos se traslada a una pluralidad de hipotecas, todas ellas, obviamente, del mismo rango. La legitima-

(34) RDGRN de 1 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2017) y 23 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2028).

(35) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., págs. 489- 490.

(36) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, 1993, pág. 532. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., vol. II, 1989, págs. 1820 y 1821.

ción aislada de cada acreedor (*ex art. 1138 y 1139 CC*) parecería imponer que cada acreedor pueda ejercitar la hipoteca que asegura su crédito separadamente, obviamente sin perjudicar el derecho de los demás acreedores, para lo cual se introdujo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1947 la solución del artículo 227 RH de considerar preferentes las hipotecas de los demás acreedores al tiempo de la ejecución de una de ellas. En tal caso, sería preciso especificar registralmente qué cuota corresponde a cada acreedor en el crédito parciario (porque así lo impone, para este caso, el art. 54.1 RH).

El carácter incierto del crédito en cuanto a existencia o cuantía propio de una hipoteca de máximo no dificulta la aplicación de esta tesis (el reparto entre los varios acreedores del crédito asegurado se traslada a la responsabilidad hipotecaria).

Por ello, en ausencia de determinación convencional al respecto:

- a) No parece advertirse dificultad para aplicar esta tesis a una hipoteca flotante que asegure un único crédito de titularidad compartida entre varios acreedores parciarios (la cuota en el crédito de cada acreedor se traslada a la hipoteca).
- b) Tampoco si, existiendo varios créditos, cada acreedor ostenta la misma cuota sobre todos ellos (la misma cuota invariable de cada acreedor sobre el crédito se traslada a la hipoteca). La correlación deuda-responsabilidad hipotecaria es cierta e invariable (el 25 por 100 de cada una de las partes de un todo equivale indefectiblemente al 25 por 100 del todo, cualquiera que sea el peso relativo de cada parte en el todo).
- c) Más difícil sería la aplicación si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro y ello porque en la flotante no existe (necesariamente) una asignación de responsabilidad hipotecaria entre las varias obligaciones aseguradas. La «indiferenciabilidad» de la flotante parecería dificultar el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor del artículo 54 RH en ese caso. No habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponda en cada crédito, pero eso no determinaría, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. ¿Cómo, sin poder establecer la medida en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, se puede aplicar la regla del 227 RH?

Y por último, cabe, claro está, que el crédito o créditos garantizados se ostenten por varios acreedores en mano común. En tal caso, solo la acción

conjunta (unánime) de los acreedores puede determinar el ejercicio de las acciones hipotecarias, o la cancelación de la hipoteca (porque existe una única hipoteca).

4.2. Pluralidad de acreedores por créditos distintos

¿Y qué ocurriría si se garantiza con una hipoteca flotante dos o más obligaciones de acreedores diferentes? Difícilmente se podrá decir, en ese caso, que la cotitularidad en el crédito debe trasladarse a la garantía por mor del principio de accesoriedad de la hipoteca, y ello porque no existe cotitularidad alguna en el crédito, sino una mera reunión o agrupación convencional (porque así lo quieren las partes en la constitución de la hipoteca) en el objeto de la hipoteca, en las obligaciones aseguradas por la hipoteca. Se podrá defender que existe algún tipo de comunidad o cotitularidad entre los acreedores sobre el derecho real, pero en ningún caso se puede predicar cosa parecida en la relación crediticia (porque los créditos asegurados son diferentes).

En caso de existencia de varios créditos de distintos acreedores, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos pactada entre las partes, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante en la que el ejercicio de las acciones hipotecarias solo pueda corresponder a la totalidad de los comuneros (acreedores hipotecarios) o a uno solo, en beneficio de la comunidad, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si queda pactada la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca (por previsión al efecto en la escritura de constitución o por determinación del acreedor o acreedores —y los titulares de derechos sobre el crédito o créditos hipotecarios— con posterioridad).

Y cabe también, si las partes no quieren establecer la cuota en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, que se constituya una comunidad en mano común sobre la hipoteca flotante (pudiendo no existir cualquier forma de copropiedad entre los créditos garantizados o cotitularidades distintas de la mancomunidad existente en la hipoteca).

Caben hipotecas flotantes en garantía de varias obligaciones, aun cuando no exista conexión causal alguna entre ellas. Y ello porque lo dice la ley (art. 153 bis LH), sin necesidad de acudir a construcciones doctrinales o precedentes jurisprudenciales. Y cabe (porque la ley no lo prohíbe) que los créditos garantizados por una hipoteca flotante sean de distintos acreedores. Y cabe (porque la ley no lo prohíbe) que algunos de esos créditos sean solidarios, otros parciales y otros en mano común. Y es posible que las partes de una hipoteca flotante establezcan qué porciones de la responsabilidad máxima hipotecaria quedan garantizando cada uno de los créditos. Como es posible que las partes

establezcan sobre la hipoteca una comunidad romana en favor de los acreedores, y determinen la cuota de cada uno de ellos en la hipoteca (y, de esa forma, la medida en que cada uno de ellos podría servirse aisladamente de la hipoteca). Pero la ley no les impone ninguna de esas dos determinaciones (ni el reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas; ni la constitución de una comunidad romana sobre la hipoteca, que puede no existir sobre los créditos garantizados). Y pueden establecer una comunidad en mano común sobre la hipoteca, atribuyendo el ejercicio de las acciones hipotecarias al mancomún. Porque, en ausencia de una determinación convencional al respecto, no puede llegarse a otra conclusión (cualquiera que sea la opción que se tome en torno a la forma de articular las relaciones entre los propietarios de la hipoteca) que el ejercicio de las acciones hipotecarias corresponde a todos los acreedores hipotecarios. Tanto si se mantiene que en Derecho español no cabe otra forma de comunidad que la romana (lo que negamos), como si se admite una mano común, debe admitirse que, en ausencia de una determinación convencional de las partes en torno a la cuota de cada acreedor hipotecario en la hipoteca o de la porción de la responsabilidad hipotecaria que garantiza cada obligación, solo los acreedores hipotecarios, actuando de consuno, pueden ejercitar las acciones hipotecarias.

La motivación de las partes al establecer una titularidad en mano común sobre la hipoteca debe merecer todo el respaldo del Derecho (37). Con independencia de su importe, los créditos garantizados por una hipoteca flotante pueden ser muy distintos unos de otros: pueden tener distintos calendarios de amortización, disfrutar de garantías adicionales a la hipoteca unos sí y otros no, o tener atribuida distinta importancia a los efectos de la relaciones internas entre deudor y acreedores. Esta potencial diferencia radical entre los créditos asegurados por una hipoteca flotante es la que determina que, en ausencia de determinación convencional al efecto, no se pueda en absoluto presuponer que corresponda a los acreedores hipotecarios una cuota igual en la hipoteca (que no existe en los créditos garantizados) (como resultaría del art. 1.138 CC), ni que corresponda a cada acreedor hipotecario una cuota en la hipoteca igual al porcentaje matemático que representa su crédito (o suma de créditos) en la suma total de los créditos garantizados por la hipoteca. Hacer algo así supon-

(37) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pág. 467: «La ventaja de esta titularidad [“en mano común”] radica en que, por un lado, impide la ejecución autónoma de la hipoteca por un solo acreedor en perjuicio de los otros —solidaridad— y, por otro, permite aprovechar todas las potencialidades de la hipoteca flotante, pues la parciariedad implica la existencia de una pluralidad de hipotecas —art. 1130 del CC— con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario de subsistencia de las hipotecas de igual rango no ejecutadas, lo que impide que los acreedores puedan realizar el bien, en caso de vencimiento de un crédito cualquiera, hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria global».

dría una grosera simplificación de la complejidad del tráfico y de las relaciones entre las partes.

5. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Es precisamente por la radical divergencia que puede existir entre las titularidades de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por lo que resulta más inconsecuente la exigencia de hacer constar, en todo caso, las cuotas de titularidad de los acreedores hipotecarios en la hipoteca: ¿se quiere acaso imponer para la inscripción de la hipoteca en este caso la burda simplificación de sumar los nominales de los créditos garantizados y determinar el porcentaje nominal que corresponde a cualquiera de los acreedores sobre el total de los créditos garantizados, como si se sumaran *peras y manzanas*?, ¿o que se establezcan distintas cuotas para cada uno de los acreedores hipotecarios, una por cada uno de los créditos garantizados por la hipoteca?, ¿qué utilidad o ventaja reportaría a los restantes acreedores del deudor o de los hipotecantes, a los titulares de cualesquiera derechos inscritos sobre los bienes con posterioridad a la hipoteca o a los acreedores de los propios acreedores hipotecarios la constancia registral de los múltiples porcentajes que representa, para cada uno de los acreedores hipotecarios, su cuota en cada uno de los créditos garantizados con la hipoteca?

Cuando una hipoteca flotante garantiza más de un crédito, cada uno de ellos de acreedores distintos, no es posible atribuir a cualquiera de ellos una cuota en la hipoteca flotante en proporción al peso matemático, puramente nocional, que tenga cada crédito en la suma de los créditos garantizados, obviamente, salvo que los acreedores hipotecarios así lo quieran. Y ello por la simple razón de que cada crédito puede tener distinta naturaleza, distinta antigüedad, gozar de distintas garantías o condiciones económicas, merecer muy diferente solvencia, etc., y resulta por ello absolutamente simplista (casi reduccionista) asumir que la cuota en que cada acreedor hipotecario puede servirse de la hipoteca flotante viene necesaria e indefectiblemente determinada por el porcentaje matemático que represente su crédito en el sumatorio de los créditos garantizados. Solo será así cuando los acreedores hipotecarios así lo quieran, y no lo querrán, previsiblemente, si efectivamente existen divergencias cualitativas importantes entre los créditos. En definitiva, ¿por qué habría de aceptar el acreedor de una deuda por principal de 100 € una cuota del 50 por 100 de una hipoteca flotante que garantizase ese crédito y otro también de 100 € pero de naturaleza subordinada? Y es que, para que la hipoteca flotante pueda desplegar toda la virtualidad que el legislador ha querido concederle como instrumento adecuado a las nuevas exigencias del tráfico económico (*«la mejora de los instrumentos de financiación»*), a la que

se refiere la parte final del Apartado I del Preámbulo de la Ley 41/2007, o «*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*», a que se refiere el Apartado V del Preámbulo y aún antes, el objetivo de «*facilitar la diversidad de productos ofertados*», que señaló la proposición no de ley de 15 de febrero de 2005 para la modificación del marco hipotecario, germen de la Ley 41/2007) es necesario reconocer, sin reservas, que puede servir como garantía de varios créditos, pertenecientes a distintos acreedores, sin que se imponga al hipotecante o a los acreedores hipotecarios cortapisas o limitaciones no exigidas legalmente (que, por cierto, tampoco aprovechan a terceros, registrales o no).

Si los créditos tienen calendarios de amortización dispares, la vida esperable de cada uno será distinta y se irán amortizando acelerada o retardadamente unos respecto de otros. Al recurrir al instrumento de la hipoteca flotante, sin distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los créditos y sin establecer una comunidad por cuotas en favor de los acreedores, las partes buscan, entre otros efectos, que, en caso de amortización o extinción de alguno de los créditos, la hipoteca permanezca inalterada, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria máxima inicial, para la eventual ejecución de los restantes. Por el contrario, al hacer constar una cuota de participación de cada acreedor en el derecho de hipoteca, se estaría llevando a cabo una asignación de responsabilidad hipotecaria para cada obligación, que es precisamente lo que las partes pueden querer evitar. Si en ese caso se llevara a cabo la amortización de alguno de los créditos, la responsabilidad hipotecaria asignada a este ya no podría ser utilizada para la ejecución de los restantes créditos.

La cuota matemática de cada acreedor en el sumatorio de los créditos garantizados es irrelevante para las partes y para los terceros ajenos a las partes (sean o no titulares de derechos inscritos en el registro con rango posterior a la hipoteca), si no han querido las partes que sea esa cuota matemática la que determine precisamente la extensión de los derechos de agresión respecto del bien de cada acreedor hipotecario. Y más allá de que pueda carecer de sentido económico y comercial tal determinación matemática, lo relevante es que las partes de una hipoteca flotante en garantía de varias obligaciones no tienen obligación alguna de asumir dicha determinación bajo ninguna exigencia legal, ni en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, ni en ninguna otra norma con rango de ley, ni siquiera en el artículo 54 RH que solo se aplica en los casos en los que existan «*partes indivisas de una finca o derecho*».

La premisa de interpretación de la normativa reguladora de la hipoteca flotante ha de ser, precisamente, la de la búsqueda de la flexibilidad (pues así lo impone el Preámbulo de la Ley 41/2007: «*la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipote-*

cas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]). También es indicativo, a estos efectos, que la misma introducción del nuevo 153 bis LH se efectúa a través del Capítulo VI de la Ley 41/2007, que no por casualidad lleva por título *Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*. En el mismo sentido va orientado el mandato específico que el Preámbulo de la Ley 41/2007 efectúa a notarios y registradores: «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes [...)].».

Exigir la expresión de la cuota que corresponde a cada acreedor en la hipoteca flotante, cuando ésta garantiza obligaciones de distintos acreedores y las partes de la relación no quieren asignarla, desnaturalizaría la figura y la haría inútil en muchos casos. Se trata de una herramienta enormemente flexible y no tiene sentido que, por vía interpretativa, se restrinja su potencialidad.

En idéntica línea, señala VALERO FERNÁNDEZ-REYES que: «si las partes pactan expresamente una titularidad “en mano común”, ninguna objeción debe existir a su inscripción si los pactos acordados se ajustan a la naturaleza de la misma [...]». Admite abiertamente este autor el establecimiento convencional de la titularidad en mano común sobre la hipoteca al afirmar: «Esta titularidad “en mano común”, cuya principal característica es que el ejercicio de la acción de ejecución corresponde conjuntamente a todos los acreedores, se encuentra insuficientemente regulada en el Código Civil —únicamente existe una referencia en los arts. 1139 y 1150—, y según Díez-PICAZO, es posible, bien porque exista una objetiva indivisibilidad del crédito, o bien porque los acreedores lo acuerden así expresamente. El derecho o proporción último de cada acreedor vendrá determinado por la cantidad que cada uno haya prestado, pero ello es indiferente a la hipoteca, pues solo afectará a las relaciones internas entre los acreedores» (38).

En favor de esta visión abierta, flexible, se pronunció la Comisión Técnica de Criterios de Calificación (sección Hipoteca) del Colegio Oficial de

(38) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «La ejecución judicial...», *op. cit.*, pág. 467.

Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, en su informe de 10 de mayo de 2010: «[...] *se ha de entender que la determinación de cuotas, prevenidas en el artículo 54 del RH, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están “completamente identificados”, existe una entidad —el Agente— “legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes”, ostentan [...] una titularidad semejante a la “en mano común” y, finalmente, tienen una “perfecta articulación en su funcionamiento”*». Ya esta comisión había mantenido una opinión positiva desde octubre de 2008 en el contexto de la primera refinanciación de una de las grandes inmobiliarias del país.

Por su parte, SARMIENTO considera que *«cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia asegurada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario, sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros o pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en estos convenios de financiación [...] en que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es imprescindible la fijación de cuotas en esta garantía real»* (39). Aduce al respecto varias razones:

- a) Admitida la idea de que a una única hipoteca le corresponde una única ejecución (salvo el caso de amortización gradual o similares supuestos, como la hipoteca de rentas o la hipoteca en garantía de títulos al portador), lo importante no será propiamente la determinación de cuotas en el derecho real, sino la determinación de un régimen adecuado para su ejecución. Este régimen puede: (i) inferirse directamente, sin necesidad de norma específica, de la concreta naturaleza de la obligación asegurada (si el crédito es solidario, cualquier acreedor puede instar la ejecución a favor de todos —cfr. arts. 1141 y 1143 CC—, si es parciario, 397 y 398 CC resolverán la cuestión, etc.), o (ii) ser específicamente pactado, cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia garantizada y para que se sobreponga al régimen que pudiera resultar de dicha situación crediticia (cfr. art. 392-2 CC).
- b) La hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc. Estos recaen sobre la propia situación crediticia garantiza-

(39) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca...», *op. cit.*, pág. 622, invocando la opinión de JUAN SARMIENTO.

da y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (cfr. 1528 CC). Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que ésta quede bien perfilada en el asiento registral, y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a cada una de las varias entidades acreedoras llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento. En consecuencia, desde la perspectiva de la transmisión en la cotitularidad de la hipoteca, no es necesario que inicialmente consten las respectivas cuotas en la inscripción, pues reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca sin necesidad de mayores especificaciones (cfr. nuevo art. 149 LH).

- c) Tampoco para la cancelación resulta necesaria la fijación de cuotas, porque como la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague toda la obligación garantizada (cfr. art. 122 LH) resultará necesaria la unanimidad para su total cancelación.

Lo esencial, según SARMIENTO, «*no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos pertenecientes a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho único con pluralidad de titulares*».

Por último, debemos manifestar que, si bien no habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponde en cada crédito, eso no determina, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. Del mismo modo, tal constancia supondría, bien una fosilización de tal información (pues bastaría que se llevara a cabo una amortización dispar para que la inscripción ya quedara desfasada, se produjeran desajustes entre la realidad y lo publicado por el registro, y careciera tal información de toda utilidad para los terceros), o bien una paralización de la dinámica del negocio, obligando a hacer constar en el Registro hasta la menor modificación de la situación del sindicato de entidades acreedoras, cuando lo que precisamente se ha buscado con ese mecanismo extrarregistral es la celeridad en el desarrollo del negocio.

6. CONCLUSIONES

1. Nuestro Derecho admite la comunidad en mano común como forma de regular las relaciones de determinados partícipes en un bien o patrimonio. Son prueba evidente de ello las figuras de la comunidad hereditaria, la sociedad de gananciales, los montes vecinales en mano común y las comunidades de pastos, leñas y aprovechamientos comunales.
2. Pese a que una parte de la doctrina niega la existencia de una comunidad en mano común de origen convencional, numerosas sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la DGRN admiten comunidades de este tipo, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad.
3. Las partes de una hipoteca flotante en garantía de diferentes obligaciones tienen plena y legítima motivación para articular la cotitularidad sobre el derecho de hipoteca de manera diversa a la titularidad o cotitularidad existente sobre cada uno de los créditos garantizados (cualquiera que ésta sea). Y para perfilar, de la forma que entiendan más ajustada a sus intereses, la manera en que pueden desencadenar el ejercicio de las acciones hipotecarias (actuación unánime, mayoritaria, etc.), pues ello no contraviene ni lesiona los derechos del deudor, de los hipotecantes no deudores, de los acreedores de ellos o de cualquiera de los acreedores hipotecarios o los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. La regla de reparto interna entre los acreedores hipotecarios solo les afecta a ellos (asumido que la hipoteca flotante en bloque, y por el total de la responsabilidad hipotecaria, responde ante el incumplimiento de cualquiera, cualesquiera o todos los créditos garantizados). Los terceros no se ven perjudicados por esta indeterminación, ni les protegería en mayor medida la constancia de las cuotas de reparto internas, pues solo tienen interés en conocer la responsabilidad hipotecaria máxima de la que responde cada activo, sin que les corresponda conocer el reparto entre los acreedores hipotecarios de las cantidades que resultaran de una eventual ejecución. Podría resultar interesante la determinación de la cuota para los acreedores de cualquiera de los acreedores hipotecarios, pero al igual que el cesionario, embargante o acreedor subhipotecario de un crédito hipotecario solidario subentra (en su caso, vía ejecución) en la relación jurídica (de solidaridad) del acreedor hipotecario cedente, embargado o sub-hipotecante, sin que sea un obstáculo la falta de precisión de la cuota interna, tampoco debe serlo la falta de constancia de la cuota concreta del acreedor hipotecario en una hipoteca flotante sobre la que se constituye una mano común. De

la misma forma, la garantía patrimonial universal con que cuentan los acreedores conforme al artículo 1.911 del Código Civil se refiere obviamente a los bienes y derechos de los deudores, tal y como se encuentren en su patrimonio, con sus limitaciones, restricciones, condiciones, etc.

4. Es lícito (y hasta frecuente) que las partes de una hipoteca flotante, creada en el contexto de una operación de refinanciación global, quieran regular las relaciones entre los acreedores hipotecarios conforme a los siguientes perfiles:
 - (i) inexistencia de cuotas entre las distintas entidades acreedoras en la hipoteca, así como ausencia de desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes obligaciones garantizadas;
 - (ii) en caso de cancelación de cualquiera de las obligaciones garantizadas, los demás acreedores hipotecarios «acrecen»;
 - (iii) el ejercicio de la acción de realización de valor, y de las restantes acciones hipotecarias es colectivo. El régimen de actuación conjunta se justifica por la especial comunidad que entre los acreedores crea un proceso de refinanciación que aconseja someter a la voluntad de todos ellos una decisión tan relevante (quizá la más relevante de todas) como es la ejecución de la hipoteca. Aún más cuando se trata de activos de especial trascendencia para la viabilidad y desarrollo futuro del deudor.
5. La existencia de estos pactos se justifica por la naturaleza de la operación de que se trata; el agrupamiento de todos los acreedores de la compañía en un sindicato, fruto ello de un proceso de refinanciación, crea entre estos acreedores vínculos estrechos y con vocación de permanencia que requieren compromisos recíprocos que exceden o colisionan con los previstos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. A nuestro juicio, no existe ningún límite institucional (ni siquiera en la comunidad romana) que impida la validez de estos pactos.
6. No se aprecia obstáculo alguno para la validez y acceso al registro de una hipoteca flotante en mano común. Parte del atractivo de las hipotecas flotantes radica, precisamente, en la posibilidad de agrupar, bajo un paraguas de garantía común, un conjunto de obligaciones diversas, sin establecer departamentos estancos de responsabilidad de los que las distintas obligaciones garantizadas se benefician.

RESUMEN

**HIPOTECA
HIPOTECA FLOTANTE**

Nuestro Derecho admite la comunidad en mano común como forma de regular las relaciones entre los co-titulares de un bien, derecho o patrimonio. Esta comunidad puede tener génesis legal o consuetudinaria, pero también convencional. Puede libremente articularse esta forma de comunidad sobre el derecho de hipoteca, en particular tratándose de una hipoteca flotante. Es posible constituir una hipoteca flotante en mano común en garantía de varios créditos, aún cuando los acreedores hipotecarios no ostenten esa misma forma de comunidad sobre todos, varios o algunos de los créditos garantizados. La falta de constancia de la cuota de reparto interno entre los co-titulares en mano común no es obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ni lesiona interés digno de protección de los terceros. Es lícito (y hasta frecuente) que las partes de una hipoteca flotante, creada en el contexto de una operación de refinanciación global, quieran regular las relaciones entre los acreedores hipotecarios conforme a los siguientes perfiles: (i) inexistencia de cuotas entre las distintas entidades acreedoras en la hipoteca, así como ausencia de desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes obligaciones garantizadas; (ii) en caso de cancelación de cualquiera de las obligaciones garantizadas, la responsabilidad hipotecaria beneficia o acrece al resto sin que en consecuencia suponga una extinción del importe garantizado con dicha hipoteca; (iii) el ejercicio de la acción de realización de valor y de las restantes acciones hipotecarias, es colectivo.

ABSTRACT

**MORTGAGE
FLOATING MORTGAGE**

Spanish law admits «Germanic» co-ownership on any assets, rights or estates. Germanic co-ownership may result from a legal provision, a practice of general application or an agreement. A mortgage for the benefit of various mortgagees may be structured under a Germanic co-ownership (especially in the case of a floating mortgage). A Germanic floating mortgage may be set up as a security of a variety of credits or obligations, even if no such Germanic co-ownership exists over any, some or all of the secured credits or obligations. Any such mortgage may freely access the land registry despite the absence of determination of the share or interest of each of the mortgagees in the mortgage. The lack of determination of each mortgagee's interest or share does not prejudice or otherwise impairs any third party's rights. It is lawful (and usual) that the parties to a floating mortgage set up within a global restructuring process are interested in structuring the security as follows: (i) the maximum mortgage liability is not broken down into the various secured obligations (on the contrary, the entire secured amount benefits any and all of the secured obligations); (ii) in the event of repayment or termination of any secured obligation, the entire mortgage remains in place for the benefit of the remaining secured obligations; (iii) the mortgagees (acting unanimously) will be entitled to enforce the mortgage (or any other mortgagee's rights).

*(Trabajo recibido el 25-1-2011 y aceptado
para su publicación el 15-3-2011)*

Insolvencia punible y su incidencia en el Registro de la Propiedad

por

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

Fiscal

Doctor en Derecho

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
3. LA PECULIAR «RESPONSABILIDAD CIVIL» EN EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.
4. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
5. SOLUCIONES PARA EVITAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA AL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO

Dado que en el proceso penal se ejercitan usualmente dos acciones, la penal y la civil derivada del delito, suele provocar lógicamente que en el fallo condenatorio haya también un doble pronunciamiento, el necesariamente penal y el civil derivado del hecho delictivo (conducta típica, antijurídica, culpable y punible).

A nadie se le escapa que en determinados delitos a la víctima lo que realmente le interesa y preocupa es verse resarcido económicamente del hecho delictivo. El delito de alzamiento de bienes es el prototipo de delito en donde la víctima, esto es, el acreedor, lo que realmente quiere es que el Derecho Penal pueda hacer realidad su crédito y por tanto desmontar los negocios fraudulentos de los que se ha valido el delincuente, esto es, el deudor, para burlar los legítimos derechos crediticios de su acreedor.

La experiencia demuestra a veces la *torpeza* del Derecho Penal en lograr este objetivo. Contrasta frente a la efectividad de la responsabilidad penal que se traduce en la imposición y cumplimiento de una pena, la ineficacia de la respuesta civil máxime si, como veremos, lo que tenemos que lograr es volver a la realidad jurídica civil y mercantil anterior al hecho punible.

La ejecución de la sentencia penal en su aspecto civil del delito de alzamiento de bienes viene a patentizar el fracaso y el esfuerzo inútil en muchos casos del fallo condenatorio. En ocasiones los oficios que se *intercambian* jueces, fiscales, notarios y registradores ponen de relieve las dificultades para reintegrar al patrimonio del delincuente (deudor) los bienes que nunca debieron salir, siendo el esfuerzo invertido por todos estéril.

El Registro de la Propiedad, valuarde de los derechos reales, nos recuerda a jueces y fiscales la necesidad de conocer la realidad notarial y registral por cuanto el registrador o notario deben, como autoridad, cohonestar la necesidad de respetar intereses que tutelan por ministerio de la ley con la necesidad de cumplir lo ordenado por la autoridad judicial o fiscal.

Probablemente un mayor conocimiento recíproco de registradores y notarios por un lado de determinados delitos patrimoniales y, por otra parte, fiscales y jueces que conozcan el adecuado funcionamiento de la fe pública notarial y registral converjan en un mejor funcionamiento del sistema represivo penal que no desea a pícaros que en nada favorecen el adecuado funcionamiento del tráfico civil y mercantil.

Modestamente este es el objetivo de estas líneas.

2. EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

Obviamente una parte sustancial de las cuestiones que se suscitan con la responsabilidad civil del delito de alzamiento está motivado por las singulares características de esta figura delictiva.

Tanto el antiguo (1) como el actual CP recogen el tipo básico en similares términos, si bien el actual CP ha querido recoger otras modalidades delictivas de insolvencias punibles. Dice el precepto:

Artículo 257:

«1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º) El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

(1) Artículo 519: «El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores será castigado con las penas de prisión menor, si fuere comerciante, matriculado o no, y con la de arresto mayor, si no lo fuere».

2.º) *Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

2. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

3. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal».*

Este delito es una modalidad de insolvencia punible (2) que trata de proteger el principio de responsabilidad universal del deudor recogida en el artículo 1911 del Código Civil (3).

Estamos ante una conducta que atenta fundamentalmente contra los intereses económicos del acreedor, luego el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor. Sin embargo, coincidiendo con MUÑOZ CONDE (4) hay otros intereses que pueden verse afectados. Así, qué duda cabe que la proliferación de estas conductas afectan a la fe pública y la necesaria confianza del tráfico jurídico-económico. Igualmente se quiebra el orden público y económico. Por último, en ocasiones cuando la conducta se realiza en el marco de un proceso de ejecución civil, laboral o contencioso administrativo, la conducta del autor del delito afecta al normal funcionamiento de la Administración de Justicia. Consecuentemente no solo se tutelan intereses de índole estrictamente privado.

Los elementos para la existencia del delito son, según indica la *sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 2005, número 1143/2005, recurso 456/2004. Ponente: Soriano Soriano, José Ramón*, son:

- a) Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produzca, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y por tanto, aun no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda

(2) Según el anexo estadístico de la última Memoria publicada de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2008, el número de diligencias previas incoadas por este delito ascendió a 965 en todo el territorio nacional (vid. www.fiscal.es).

(3) «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*».

(4) MUÑOZ CONDE, F., «El bien jurídicamente protegido en el delito de alzamiento de bienes», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 195 y sigs.

ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

- b) Dolo de perjudicar específico como elemento subjetivo del tipo.
- c) Conducta consistente en la ocultación real o ficticia del bien o mediante un negocio fraudulento conseguimos real o aparentemente que un bien o conjunto de bienes salgan del patrimonio del deudor sin que se exija que se produzca un perjuicio real para la existencia del delito. Si se produce pertenecería a la fase de agotamiento del delito.

Paradójicamente el adelantamiento de la barrera penal, al no exigir como resultado del delito una insolvencia real y efectiva, sino que basta con acreditar que existe ocultación de bienes que limitan el éxito de la vía de apremio, va a tener el efecto pernicioso en el ámbito de la responsabilidad civil del delito. Es por tanto un delito considerado como infracción de mero riesgo o de mera actividad.

Es más, ante conductas descaradamente groseras de imputados en un delito en el que se hacían desaparecer bienes mientras se instruía una causa, el legislador se vio obligado a regularlo específicamente. Así, el CP actual de 1995 arranca de la singularización de este supuesto de hecho que encontraba dificultades de encaje en la legislación penal precedente relativa a las insolvencias punibles. El supuesto de hecho aparece recogido en el artículo 258 CP (5), que castiga precisamente al que quiere eludir el cumplimiento de eventuales responsabilidades civiles dimanantes de un delito. Como bien indica QUINTERO OLIVARES (6), estamos ante una modalidad de alzamiento post-delictual que ha recibido el aplauso de la doctrina.

No se comete este delito en ninguna de sus modalidades cuando no existe sustracción u ocultación respecto del patrimonio del deudor con esa finalidad de impedir al acreedor el ejercicio de su derecho. De tal modo que no existe maniobra fraudulenta cuando la conducta del sujeto activo consiste en pagar otros créditos diferentes de aquel por el que se sigue el procedimiento penal, incluso aunque el acreedor, que se ve imposibilitado de cobrar, tenga preferencia respecto de aquel que sí ha cobrado, preferencia derivada de la aplicación de la normativa civil o mercantil sobre prelación de créditos (7). Por tanto lo que se castiga es que el deudor ponga en peligro su patrimonio.

(5) «El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno o cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

(6) QUINTERO OLIVARES, G., y otros, *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, vol. 14, Madrid, 2001, pág. 493 y sigs.

(7) Véanse los artículos 1921 y sigs. del Código Civil y artículos 89 y sigs. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Luego no existirá delito cuando el deudor disminuye su activo y simultáneamente su pasivo para abonar alguna deuda pendiente (8).

Por el contrario sí estaríamos ante un delito de alzamiento en la modificación por los esposos del régimen de gananciales con la finalidad de perjudicar a los acreedores. Es el caso de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y escritura de separación de bienes por parte de los esposos, en la que se adjudican a uno de los cónyuges los bienes existentes en el matrimonio, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro intentando evitarlo y así se adelantan o anticipan a la materialización del crédito o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, deshaciéndose de todos o parte de sus bienes, con la intención de eludir sus responsabilidades patrimoniales y burlar las lógicas expectativas de sus acreedores.

En ocasiones el delito de alzamiento va unido a otras figuras delictivas generando la posibilidad de un concurso delictivo. Así el caso más habitual se produce en sede de Derecho de Familia cuando el obligado a pagar una pensión alimenticia pudiendo hacerlo, no lo hace y además se garantiza que los mecanismos civiles como el embargo resulten estériles al colocarse deliberadamente en insolvencia. A título de ejemplo podemos citar la STS de la Sala 2.^a, de 8 de julio de 2002, que manifiesta que debe considerarse como modalidad comisiva del delito de alzamiento la petición de baja voluntaria del deudor en la empresa en que trabajaba, ya que esto acarreó la imposibilidad de que en el procedimiento judicial de ejecución de la sentencia de divorcio se le embargaran tanto la parte del sueldo que hubiere de ser destinada al pago de las pensiones, como la parte del subsidio de desempleo con que tenía que responder de las mismas obligaciones, ya que tácitamente renunció al percibo de dicho subsidio. En estos casos el acusado no se librará de la cárcel al amparo de la excusa absolutoria del artículo 268 CP (9), ya que no es aplicable a quienes estén en trámites de separación, divorcio o ya hayan alcanzado este estado civil.

(8) STS de 19 de enero de 2006, donde se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de apropiación indebida y alzamiento de bienes. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de alzamiento de bienes ya que, como recoge reiterada jurisprudencia, no hay tal delito cuando lo que el deudor sustrae a la posible vía de apremio del acreedor se emplea en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados.

(9) Artículo 268:

«1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

3. LA PECULIAR «RESPONSABILIDAD CIVIL» EN EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

La responsabilidad civil *ex delicto* como fuente de obligaciones (art. 1089 CC) se rige por lo dispuesto en el CP como obliga el propio artículo 1092 del Código Civil. En efecto, es el Título V del l.I del CP el que regula esta materia bajo la rúbrica *De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales*. Por tanto, tendremos que acudir a los artículos 109 y siguientes del texto punitivo.

Es este último precepto citado el que fija los parámetros de la responsabilidad civil *ex delicto*, caracterizándola como una responsabilidad civil por el resultado dañoso. Por tanto, solo cabe hablar de responsabilidad civil si el hecho delictivo genera un perjuicio real. Pero es más, generado este perjuicio, el apartado 2.º del artículo 109 del Código Civil recuerda el carácter dispositivo de la responsabilidad civil y de la acción civil. Por tanto, como recuerda también el artículo 108 de la vetusta LECr, el perjudicado puede reservarse la acción e incluso puede renunciar a la misma.

De las tres modalidades de responsabilidad civil que se contemplan en el artículo 110 CP (restitución, reparación del daño e indemnización de daños materiales y morales), la responsabilidad civil en el delito de alzamiento estaría más próxima a una restitución del bien que, como veremos a continuación, no es siempre posible.

En efecto, la forma de conceptuar la responsabilidad civil del delito difiere sustancialmente en función de que el que adquiera el bien alzado obre de buena o de mala fe. Los efectos son tan dispares a efectos de responsabilidad civil que en el primer caso, el del adquirente de buena fe, no será posible la restitución del bien alzado, planteándonos si es posible que haya responsabilidad civil derivada del delito. Y en el caso de que el tercero sea conocedor de la conducta fraudulenta y por tanto participe de mala fe, el efecto será una peculiar reparación del daño causado en forma de declaración de ineficacia del negocio fraudulento, lo que permitirá el retorno del bien alzado. Objetivo que en la práctica se vuelve difícil de alcanzar y ello al haberse seguido el juicio penal, ignorando los principios registrales, pues no olvidemos que al final la decisión última de cancelación del asiento pasará por las manos del Registrador.

Veamos detenidamente cada uno de los supuestos y la repercusión para la víctima. Una de las modalidades de conducta de alzamiento más típica es lograr la salida de un bien del activo del deudor a través de un negocio jurídico en el que indefectiblemente se ha de contar con la participación de un tercero, adquirente del bien, ya sea por donación, compraventa o cualquier otro negocio jurídico que implique la transmisión de la propiedad. Este tercero puede conocer o desconocer la auténtica finalidad que persigue el deudor

del bien alzado. Si participa, a sabiendas que el negocio busca perjudicar a los acreedores, es obvio que incurre en responsabilidad penal al ser un autor por cooperación necesaria [art. 28.b) CP], ya que sin la actuación de este tercero, el negocio jurídico transmitente de la propiedad no hubiera podido realizarse.

La segunda posibilidad es que este tercero desconozca esta realidad y por tanto ignore que a través de este negocio lícito en realidad se están burlando los legítimos intereses de los acreedores. En este caso es obvio que este tercero no incurre en responsabilidad penal alguna al no existir el dolo penal que exige el tipo por lo que el Fiscal no lo acusará de ninguna forma de participación criminal, luego no será traído a juicio salvo bajo la condición de testigo.

Pero los efectos no solo son distintos en vía penal sino que difieren sustancialmente en sede de responsabilidad civil, que es lo que le interesa al acreedor, pues no olvidemos que la víctima penal, acreedor desde la óptica civil, lo que quiere es cobrar su crédito.

En el primer caso (connivencia del adquirente con el transmitente), la jurisprudencia considera que el efecto debe ser la declaración de nulidad o ineficacia del negocio fraudulento, aunque ello suponga forzar los límites del artículo 110 del CP. Como sabemos, este precepto contempla la responsabilidad civil bajo tres modalidades que debemos entender tasadas: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por tanto se concibe como una forma de restitución, siendo legítimo que un juez penal declare la ineficacia de un contrato con independencia de si se ha protocolizado o no, pues lo contrario implicaría que estaríamos ante un delito sin responsabilidad civil, obligando a la víctima a un peregrinaje de jurisdicciones, costoso y de dudosa utilidad.

No hay que olvidar que el párrafo 2.º del artículo 742 LECr es claro al obligar al juez a resolver «*en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio*». Y a la víctima lo que le interesa es cobrar, por lo que el juez ha de procurar que los bienes que salieron del patrimonio de una forma maliciosa, vuelvan a estar disponibles para el acreedor y la única forma es que el juez penal declare la ineficacia del contrato y si éste ha tenido acceso a un Registro Público —véase Registro de la Propiedad— ordene la cancelación de los asientos en los que se recogían el negocio fraudulento.

Como bien afirma YZQUIERDO TOLSADA (10) en el delito de alzamiento de bienes, lo que el ordenamiento penal ha de procurar es la imposición de una pena como castigo del fraude y, como cuestión civil, que vuelva al patrimonio

(10) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La querella por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza», en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo de 2006, pág. 265 y sigs.

del deudor, la víctima, los bienes que no debían haber salido de él, a fin de que los acreedores encuentren salvaguardada su garantía universal. Y eso solo se puede conseguir declarando la ineficacia de los actos y contratos fraudulentos, careciendo de sentido que obliguemos a la víctima a iniciar un segundo pleito civil para poder cobrar su deuda.

No es empresa fácil que en vía penal logremos la declaración de nulidad del negocio jurídico. Para ello tendremos que conseguir la condena penal de todos los que intervinieron en ese negocio jurídico. Por consiguiente habremos de acusar a todos. Lo que es evidente es que nadie podrá verse privado del bien que adquirió si no es citado a juicio y escuchado, y ello por una mínima exigencia de Derecho Constitucional (art. 24 CE). No bastará con acusarlos, sino que tendremos que probar ya sea con prueba directa o con prueba indiciaria, que el adquirente era perfecto conocedor de la conducta dolosa del deudor y también acusado. No valen las meras sospechas o conjeturas (11). La prueba directa implicaría que el adquirente confiese y reconozca los hechos, es decir, que sabía que al comprar ese bien se impedía a los acreedores cobrar la deuda. Pero como nos podemos imaginar es raro que el acusado se ponga la soga al cuello, ya que aparte de la segura condena penal implicaría perder el bien alzado. Consecuentemente tenemos que basarnos en la prueba indiciaria o de indicios. Estos pueden ser la constatación de relaciones de parentesco entre adquirente y transmitente (la típica venta de padres a hijos), la inexistencia de un precio habiéndose formalizado como compraventa (el adquirente no puede probar que percibió el precio que consta en la escritura), la no entrega real del bien (en el caso de bienes inmuebles el vendedor sigue con la posesión de la finca) o en casos más sofisticados como donaciones con condición resolutoria o ventas con posterior contrato de arrendamiento en donde el transmitente se convierte en arrendatario sin que se produzca real transmisión de la posesión ni se acredite pago de renta alguna, etc.

En estos delitos patrimoniales y singularmente en los delitos de insolvencias punibles, como el alzamiento de bienes, es crucial la prueba documental consistente en las certificaciones registrales (12) en donde bajo la fe del Registrador se documenta y constata la existencia del negocio respecto del cual tendremos que probar su carácter fraudulento.

(11) La sentencia del TC, de 11 de febrero de 1997, núm. 24/1997 (fecha BOE 14-3-97), ponente: JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, afirma: «Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:

a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras)».

(12) En la praxis suelen admitirse las notas simples sin necesidad por tanto de que se trate de certificaciones.

A veces la lentitud (13) de este tipo de procedimientos y la no adopción de medidas cautelares durante el proceso penal —véase anotación preventiva de querrela— van a propiciar que el bien termine en manos de un tercero de buena fe.

Evidentemente el juez no puede plantearse conceder lo que no se pida, especialmente si estamos en el ámbito de la responsabilidad civil en donde rige el principio dispositivo y de congruencia propio del proceso civil. Luego tiene el Fiscal, la acusación particular o el actor civil que pedir expresamente la nulidad de los contratos fraudulentos. Así nos lo recuerda el TS en el *Recurso: Casación número 2692/2003. Ponente: Señor Berdugo Gómez de la Torre, sentencia número 801/2005, de fecha 15-6-2005*:

«...En efecto, en materia de responsabilidad civil dimanante del delito de alzamiento de bienes, lo que tiene que hacer la sentencia penal condenatoria es restituir el orden jurídico perturbado por la infracción, que en tales casos no es otro que el de reintegrar al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo, para que respondan del crédito, decretando la nulidad de los contratos fraudulentos, siempre que lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal o parte acusadora».

No solo hay que pedirlo sino que no se da más de lo que se pida. En este sentido cabe mencionar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª, de 30-11-2004, número 521/2004, recurso 46/2004. Ponente: Sánchez Trujillano, José Luis*.

«En rigor, el principio de congruencia —por el que se rige el régimen jurídico de la pretensión de resarcimiento que ahora se examina— supone que no puede darse más ni cosa distinta de la efectivamente solicitada por las partes».

Es más, la jurisprudencia ha revocado pronunciamientos civiles en este tipo de delitos cuando se han concedido de oficio y nadie las ha pedido, *ad exemplum (SAP de Madrid, Sección 6.ª, de 10-7-2003, número 343/2003, recurso 71/2003. Ponente: Fernández-Prieto González, José Manuel) (14)*.

(13) No es de extrañar que durante la instrucción de la causa se produzcan varias transmisiones del bien o que éste desaparezca finalmente.

(14) *«En esta concreta cuestión ha de darse la razón a los apelantes, en tanto la juez a quo, sin motivación alguna, condena a los acusados al pago de tal suma dineraria, sin que por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, se haya pedido tal condena. Es por ello por lo que la sentencia recurrida infringe, amén del deber de motivar este extremo de su resolución, los principios dispositivo y de rogación que rigen la acción civil, que no se ve desnaturalizada por ejercitarse de forma conjunta con la penal en el procedimiento penal; o como enseña el TS, Sala 2.ª, sentencia de 20-1-1989, la acción civil*

El segundo supuesto consiste en la imposibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico que permitió la descapitalización del patrimonio del deudor. Si el tercero adquiere de buena fe o no se le trae al proceso penal, la jurisprudencia tradicional y la doctrina han partido de la premisa de que en este supuesto no existe responsabilidad civil derivada del delito. Así lo afirma MORENO BERDEJO (15), para quien al tratarse de una deuda anterior a la conducta del alzamiento, la responsabilidad civil no existe, ya que la obligación de abonar no nace del delito y subsiste pese a la comisión del hecho punible.

Por tanto, el problema está en la no admisión por un sector doctrinal y jurisprudencial de la existencia de responsabilidad civil, en el caso de que el bien quede en manos de un tercero de buena fe. En efecto, basta analizar la jurisprudencia sobre el particular que asienta el principio de que no existe responsabilidad civil en estos casos de que el bien sea irreivindicable por pertenecer ya a un adquirente de buena fe y por tanto en la imposibilidad de declarar la ineficacia del negocio o negocios jurídicos que permiten la salida del bien del patrimonio del deudor, condenado en la causa penal.

Así la *STS de 23 de julio de 2004, 944/04*. Ponente: Bacigalupo Zapater, estima el recurso de casación interpuesto por el condenado anulando el fallo condenatorio relativo a la indemnización civil que se había interpuesto por el Tribunal *a quo*. La Audiencia consideraba que los perjuicios ocasionados por el delito eran equivalentes al valor de las obligaciones impagadas más los intereses de la misma. Este consistía básicamente en la deuda que el deudor mantenía con su víctima. Dice el TS: «*por el contrario, lleva razón el recurrente respecto del cálculo del daño producido por el delito, de acuerdo con el artículo 109 CP, los daños que son objeto de reparación civil son los causados por el delito y un delito como el alzamiento de bienes, cuya estructura no prevé ni la sustracción de objetos, ni la producción de daños materiales, solo cabe la posibilidad de la indemnización de perjuicios materiales y morales que sean consecuencia del delito. Es claro que el impago de los créditos anteriores al delito son daños causados por el delito, razón por la cual no son constitutivos de perjuicios imputables al comportamiento delictivo*».

Sin embargo, tal línea jurisprudencial incurre en contradicciones, pues este argumento de que el crédito es anterior al delito y por tanto no nace de él, no lo aplica a otros delitos de estructura similar. Si aplicásemos esta regla al delito de impago de pensiones del artículo 227 CP deberíamos llegar al

correspondiente, que se rige por las normas propias del Derecho Privado, sin que deba producir confusión el hecho de que la acción civil, aparte de poder ser ejercitada independientemente en el proceso civil correspondiente, lo pueda ser en el proceso penal por la acumulación que de ambas acciones en esta clase de procesos permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

(15) MORENO BERDEJO, J. y otros, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, vol. 2, Editorial Releto, Madrid, 1996.

mismo resultado (16). En este delito, el deudor deja de pagar una deuda y por tanto el crédito es anterior, al menos en parte, al nacimiento del delito (17). Y sin embargo nadie discute que la responsabilidad civil abarque a la totalidad de la deuda alimenticia. Igualmente en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social regulados en los artículos 305 y siguientes del CP, nos encontramos ante ilícitos penales en donde la deuda contra el Fisco es también anterior a la conducta delictiva o al menos parte de la deuda se genera con anterioridad ya que, como sabemos, el legislador distingue entre delito e ilícito administrativo en función del total defraudado (18). Y, obviamente, la responsabilidad civil derivada del delito comprende la totalidad de la cantidad que no se ha ingresado a las arcas públicas. Por tanto, ¿por qué seguir un criterio distinto con el delito de alzamiento de bienes?

Esta situación es notablemente injusta para la víctima, máxime cuando el bien alzado era el único realizable en el patrimonio del condenado, de suerte que es ineficaz cualquier acción civil que emprenda al estar ya el bien en manos de un tercero de buena fe.

SOBRÓN FERNÁNDEZ (19) indica con acierto que hay que arbitrar alguna fórmula para no dejar desamparada a la víctima y que permita satisfacer los intereses de la misma. La vía está en partir de la premisa contraria a la jurisprudencia tradicional: este delito genera una responsabilidad civil. La dificultad se genera en determinar en qué consiste y cómo puede hacerse efectiva la misma.

Haciéndose eco de esta filosofía, nos podemos encontrar una línea que trata de evitar este real desamparo a la víctima.

En el ámbito del Tribunal Supremo destacamos:

(16) Artículo 227:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

(17) Decimos, en parte, porque el impago deliberado de una sola mensualidad no es constitutiva de delito y sí constitutiva de falta del artículo 618.2 CP es, por tanto, la segunda mensualidad consecutiva la que determina el nacimiento del delito o bien la constatación de que hubiera un mínimo de cuatro mensualidades no consecutivas.

(18) Tras la LO 15/2003, el límite delictual se fija en 120.000 euros.

(19) SOBRÓN FERNÁNDEZ, V., *De las insolvencias punibles. De la alteración de precios en concursos y subastas. De los daños. Disposiciones comunes*, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Universidad Complutense, Madrid, 1997, pág. 341 y sigs.

La *sentencia del TS 2055/2000, de 29 de diciembre*, establece que la restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación con carácter general en los delitos contra el patrimonio, pero no la única. Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor. Esta sentencia se basa en las consideraciones que ya apuntó la *STS de 14 de julio de 1986*. Esta matización a la negativa a indemnizar en este delito se ha sostenido en otras resoluciones posteriores como la *STS 1662/2002, de 15 de octubre*. Esta última sentencia citada advierte, no obstante, que no estamos ante una nueva doctrina jurisprudencial: *«Esta doctrina no contradice lo manifestado por la Jurisprudencia a propósito de las consecuencias civiles del delito de alzamiento de bienes, que en todo caso es la regla general, sino que se aplica al supuesto especial de que los bienes sustraídos hayan sido adquiridos por un tercero»*.

En el ámbito de la pequeña jurisprudencia podemos destacar, haciéndose eco de esta doctrina la *SAP de Jaén, de 31 de julio de 2003, Sección 3.ª*. Ponente: Molina Romero.

«Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible, nada impide que puedan entrar en juego las medidas subsidiarias y sustitutorias previstas en el artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales o morales.

El artículo siguiente, el 111, precisa que la restitución del mismo bien procederá siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerse irreivindicable. Además la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulento cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios».

Como vemos se imponen dos condiciones; la primera que el bien alzado sea irreivindicable por estar poseyéndolo un adquirente amparado en la buena fe. Y por otra parte se exige que el alzamiento haya hecho ineficaz una ejecución civil ya comenzada. Es decir, si el único bien es el bien alzado es

evidente que la vía civil no puede prosperar. Distinto sería que el patrimonio del deudor tuviera otros bienes realizables en cuyo caso sigue vigente la línea jurisprudencial mayoritaria según la cual, como hemos visto, el acreedor deberá ejercitar las acciones civiles oportunas para lograr cobrar su crédito. Luego en la vía penal no acudirá en ayuda del acreedor.

En consecuencia debemos destacar la novedosa matización jurisprudencial en materia de responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes que, como indica MAGRO SERVET (20) viene a cerrar el círculo de un delito que no quedaría totalmente cubierto en la respuesta a la víctima con la corolario sanción penal, si no llevara aparejada una serie de efectos en sede de responsabilidad civil que evite tener que ir a otras jurisdicciones. Debiendo recordar que este tipo penal dimana en su conducta de una deuda económica y en la que se intentó evitar su satisfacción al acreedor por su ilícito proceder.

Para que entre en juego esta responsabilidad civil consistente en abonar los daños y perjuicios que como hemos visto es subsidiaria a la nulidad de las transmisiones fraudulentas, deberá ser pedida a instancia de parte y ello conforme al ya citado principio de rogación. Por tanto lo correcto es que el Fiscal o acusador particular pida en primer lugar la nulidad y subsidiariamente la indemnización, salvo que tengan claro que el bien está en poder de un tercero de buena fe en cuyo caso deben de pedir directamente la indemnización de daños y perjuicios.

En conclusión y compartiendo las consideraciones de JORGE BARREIRO (21), las reglas sobre responsabilidad civil en este delito las podemos sistematizar del siguiente modo:

- 1.º La regla general que prevalece es que la responsabilidad civil debe consistir en la restitución de los bienes al patrimonio del autor del delito, lo que implica la declaración de ineficacia de los actos y negocios por medio de los cuales el deudor consiguió reducir el activo de su patrimonio.
- 2.º De no ser posible la declaración de nulidad del negocio que permitió la transferencia de bienes de un patrimonio a otro, ya que el adquirente obró de buena fe, cabe acudir a la indemnización de daños y perjuicios sin que la cantidad que se exija al autor del delito pueda rebasar el valor de los bienes evadidos.
- 3.º Si los bienes alzados fueran reivindicables, pero no se hubieran ejercitado las acciones civiles correspondientes debido a que la parte

(20) MAGRO SERVET, V. y otros, «Aspectos penales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios de Derecho Judicial*, 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 201 y ss.

(21) JORGE BARREIRO, A., «El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 191 y sigs.

acusadora no trajo al proceso a los adquirentes del bien, no podrá exigirse responsabilidad civil alguna, pues tal situación es imputable a la conducta negligente de la parte (STS de 18 de abril de 1999).

- 4.º Cuando los bienes han pasado a la titularidad de personas jurídicas que operan como elementos formales cuyos administradores figuran como acusados de este delito, no es necesario citar a estas entidades como responsables civiles para exigirles la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de transmisión y posterior restitución de los bienes (STS de 25 de septiembre de 2001).

Por último, indicar que el plazo de prescripción para la exigencia de esta peculiar responsabilidad civil es de quince años, y ello por aplicación del artículo 1.964 *in fine* del Código Civil (22).

4. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez dictada sentencia y ésta quede firme, comienza la segunda fase de la función jurisdiccional: *ejecutar lo juzgado*, no por ello menos importante aunque sí mas desconocida. Es más, en mi opinión es lo más importante, pues no hay situación más lacerante para la víctima que existir una sentencia a su favor y no llevarse a efecto.

El Registro únicamente intervendrá si en el fallo de la sentencia se declara la nulidad de los negocios fraudulentos instrumentalizados notarialmente. En consecuencia, se decreta la nulidad de la escritura publica en donde se reflejó el negocio jurídico, y por tanto se ordena la cancelación de las inscripciones practicadas como consecuencia de ese documento público.

Conforme al principio registral de rogación, el Juzgado debe dirigirse al Registro y pedir lo que considere oportuno, adjuntando los documentos que sirvan para esa finalidad (23). Así, el Registrador, una vez recibido el mandamiento del señor secretario (24) del Juzgado del Tribunal Penal Sentenciador junto al testimonio de la sentencia condenatoria y auto de firmeza de la misma podrá iniciar el procedimiento registral. Lo primero será practicar el

(22) «Y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince».

(23) Se remiten por duplicado y uno es devuelto por el Registro indicando si ha procedido o, en caso negativo, indicando las razones que impiden su cumplimiento.

(24) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, introduce cambios en la LH (modifica los arts. 20, 57, 133, 134, 135, 201, 210, 229, 231, 257, 325 y 328), trasladando expresamente al Secretario Judicial funciones que hasta ese momento eran del juez o estaban imprecisas en la Ley.

correspondiente asiento de presentación. Una vez realizado procederá a su calificación y si todo es correcto inscribirá.

En ocasiones es en el propio mandamiento donde se inserta la sentencia en donde se desprende qué asientos registrales deben cancelarse. El Registrador, como funcionario público, está obligado a colaborar con el Juzgado y a cumplir sus órdenes, pero sin que ello suponga quebrantar la legislación civil e hipotecaria. Es decir, no es un autómata sino que se debe a *sus principios*, es decir, a los principios que rige el Registro y singularmente a la fe pública registral. No olvidemos que el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario para proteger decisivamente a aquéllos que hayan adquirido confiados en lo que consta en el Registro. Así, el contenido del Registro se considera exacto y completo respecto de terceros adquirentes de buena fe. En otras palabras: cuando una persona adquiere un derecho cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley, será mantenido en su adquisición si se basó en lo que publicaba el Registro, ya que esa información se presume exacta sin que se admita prueba en contrario. Ello no quiere decir que el título anterior no pueda ser declarado nulo, pues la inscripción no convalida la nulidad de los actos o contratos inscritos, sino que la nulidad declarada no perjudicará al tercero que adquirió cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley por lo que, mantenido éste en su derecho, las partes interesadas en el acto o contrato nulo tendrán que sufrir las consecuencias de la nulidad mediante las indemnizaciones oportunas.

Un primer filtro, aunque muy somero, lo constituye el asiento de presentación. El asiento de presentación se extiende en el Libro Diario de operaciones del Registro en el momento de presentarse cada título y consiste en un breve resumen de su contenido. Supone la constatación del hecho de la presentación y de la petición de inscripción, poniendo en marcha el procedimiento registral, provoca el cierre del Registro a los títulos contradictorios y da prioridad respecto a los que fueran incompatibles. Evidentemente las resoluciones judiciales se consideran documentos presentables, es decir, son documentos susceptibles de causar un asiento de presentación porque son documentos públicos que pueden producir en el Registro alguna inscripción, anotación, cancelación o nota marginal.

Cabe, no obstante, que de plano se rechace si resulta que el mandamiento se refiere a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios, salvo que la presentación se haga por fax para su remisión al Registro competente (art. 420 RH). En este caso se hará constar la falta de competencia territorial para que el Juzgado lo remita al competente. En la práctica es difícil que el Juzgado se equivoque, ya que de la propia causa se desprende el Registro competente al constar anteriores certificaciones registrales de la finca formando parte de la prueba documental.

Pasado este primer filtro pasamos al momento clave que es la fase de calificación.

Es sin duda con la calificación cuando el Registrador se percata de si es posible acceder o no a lo solicitado. La calificación (25) debe conducir, bien al despacho del documento, bien al señalamiento de los defectos que por razón del contenido del acto documentado, de la legalidad de las formas extrínsecas del documento o de la situación registral, impiden su inscripción. No debe olvidarse que la calificación registral tiene su justificación en la necesidad de evitar el acceso al Registro de actos o negocios que no reúnan los requisitos necesarios para su validez y eficacia, dada la fuerza protectora de los pronunciamientos registrales (art. 18 LH), y que incumbe al Registrador, a quien le está confiado tal cometido, procurar un adecuado desenvolvimiento de esa función, respondiendo de ello no solo en el orden penal y civil, sino también en el disciplinario (art. 566.3 RH). La calificación es, por tanto, una actividad independiente e imparcial del Registrador de la Propiedad, que realiza bajo su responsabilidad, artículo 18 LH.

El juez o el fiscal no califican como el registrador no enjuicia ni acusa (26). La función de calificar corresponde en exclusiva al Registrador, y ello es así porque, dados los efectos que se asignan a la inscripción, como son la presunción de existencia del derecho y de validez del título registrado, unido a la inatacabilidad de la adquisición del tercero que reúne los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, es necesario que exista un órgano independiente que controle la legalidad del acto en todos sus requisitos a efectos de su inscripción en el Registro. Es una actividad de jurisdicción voluntaria que realiza un órgano no judicial, como es el Registrador.

Consecuentemente, examinado el documento se procede a examinar el estado registral de las fincas afectadas por la resolución judicial. Es del cotejo de la sentencia y del estado de las fincas registrales a fecha de ese cotejo cuando se podrá cumplir o no lo ordenado por la Autoridad Judicial.

Vaya por delante que desde mi experiencia personal se observa en la praxis una gran flexibilidad por el Registro precisamente en el deseo de colaborar con la Administración de Justicia supliendo defectos no imputables, obviamente, al Registrador, sino dimanantes del propio procedimiento judicial penal. No obstante, todo tiene un límite y para una mejor comprensión nos podemos encontrar con defectos subsanables o con defectos insubsanables.

Dice el artículo 65 LH, que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Es importante, por tanto, diferenciar

(25) Vid. Resolución de la DGRN, de 17 de marzo de 1999, y de la DGRN, de 10 de abril de 1999.

(26) Como ha dicho reiteradamente la DGRN, vid. Resolución de 18 de enero de 2003, entre otras muchas, la sospecha de un hecho delictivo, aparte de los deberes del Registrador de colaborar con la Administración de Justicia, no puede excusar al Registrador de su deber de formular la calificación procedente.

entre uno y otro tipo de falta, pues mientras que en la subsanable se produce un cierre provisional y condicionado de la inscripción del título, permitiendo de momento su anotación preventiva y conservando, por tanto, su rango, en los defectos insubsanables tiene lugar la inadmisión definitiva del título, no siendo posible su anotación.

La distinción entre falta subsanable e insubsanable no viene definida en nuestra legislación hipotecaria, sino que es ésta, en el artículo 65 LH, la que se limita a señalar al Registrador los criterios que debe seguir para calificar una u otra, y la trascendencia que tiene tal diferenciación.

Son faltas subsanables aquellos defectos de los que adolece un título, que, sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el Registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria puedan subsanarse por medio de una nueva redacción instrumental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo tan solo la práctica de la inscripción solicitada.

A título de ejemplo sería subsanable no acompañar los documentos complementarios (sentencia condenatoria y auto declarando la firmeza), no hacer constar el DNI del condenado o condenados (transmitente o adquirente de la finca).

Hechas estas consideraciones vamos a detenernos en los supuestos más frecuentes con los que el Registrador puede encontrarse. No mencionamos supuestos de defectos subsanables al haber sido ya citados y carecer de importancia práctica. De los tres que citamos nos centraremos especialmente en el segundo y tercero, por cuanto van a suponer supuestos de denegación de la inscripción, por lo que va a suponer irrealización del fallo condenatorio y lo que es más grave, desamparo a la víctima. Pero como veremos no obedece a un decisión discrecional del Registrador sino al cumplimiento de la propia legislación hipotecaria, debiendo buscar la causa en el propio proceso penal y por tanto a extramuros del Registro.

Distinguimos los siguientes supuestos:

- 1.º Que tras los negocios fraudulentos inscritos en virtud del título (escritura pública), que se declara nula, no aparezcan inscripciones posteriores (transmisiones) a favor de terceros y el titular registral haya sido conocedor del proceso penal y por tanto de las posibles consecuencias del mismo.
- 2.º Que tras los negocios fraudulentos inscritos en virtud del título (escritura pública), que se declara nula, no aparezcan inscripciones posteriores (transmisiones) a favor de terceros pero haya titulares registrales que no han sido conocedores del proceso penal y por tanto de las posibles consecuencias del mismo.

- 3.º Que aparezcan negocios posteriores a la transmisión fraudulenta, existiendo titulares ajenos al proceso penal cuyos derechos se hayan inscrito bajo el principio de la buena fe registral.

En el primer caso no suele haber problema y el procedimiento registral sigue su curso ordinario en donde el Registrador realiza las tres fases que le corresponden: asiento de presentación, calificación e inscripción.

Respecto al segundo supuesto es habitual que las fincas hayan sido adquiridas para la sociedad de gananciales, pero que en el proceso penal solo haya intervenido uno de los cónyuges. En este contexto no es posible practicar las cancelaciones ordenadas por la Autoridad Judicial, ya que se estaría afectando a un titular registral que no ha tenido intervención alguna en el proceso penal. Consecuentemente todos los titulares registrales deben haber sido condenados civilmente si queremos modificar el asiento registral. Dado que el asiento solo puede modificarse por el consentimiento de todos los titulares respectivos o la oportuna resolución judicial en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho (art. 40.2 LH).

En efecto, también el artículo 38 de la LH exige que cualquier contradicción de lo inscrito en el registro ha de ejercitarse entablado de modo simultáneo la nulidad de la inscripción, acción de nulidad que es indudable que ha de ejercitarse precisamente contra el titular del dominio o del derecho real inscrito.

En igual sentido, el artículo 82 LH establece que para cancelar inscripciones hechas en virtud de escritura pública, la necesidad de que presten su consentimiento para la cancelación los titulares de la finca o en su defecto en sentencia firme, dictada en procedimiento en el que hayan tenido la intervención requerida por las leyes todos los titulares registrales.

Si acudimos a la LEC de aplicación supletoria a la legislación procesal penal, observamos que el artículo 541 de la citada Ley adjetiva (27) trata de

(27) Artículo 541. Ejecución en bienes gananciales:

«1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales.

2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo

evitar la indefensión del cónyuge del deudor cuando en la ejecución se pueda afectar a los bienes gananciales por deudas ya contraídas por uno de los cónyuges, pero que responda la sociedad de gananciales, ya por deuda de un cónyuge que carezca o sean insuficientes sus bienes privativos. En ambos casos, el esposo no deudor tiene que tener conocimiento del embargo pero como medio para poder defenderse y proteger sus intereses. Aunque es la válida la demanda contra solo el cónyuge deudor —lo que no excluye que se pueda demandar a ambos—, habrá que notificar, en todo caso, el embargo de bienes al cónyuge no deudor. Consecuentemente la Ley le permite oponerse a la ejecución, por lo que se le tiene que dar traslado de la demanda ejecutiva y del auto en que se despache ejecución. El cónyuge no deudor contará con los mismos medios de defensa que el ejecutado, por lo que la ley procesal le permite fundamentar su oposición en las mismas causas que corresponden al ejecutado. Por si quedaba alguna duda, el último apartado del artículo 541 LEC reitera que el cónyuge que no ha contraído la deuda podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales. Aparte el cónyuge podrá pedir la disolución de la sociedad de gananciales.

De similar filosofía participa el artículo 144 RH (28), que rechaza toda anotación de embargo si no consta que la demanda se dirigió contra los dos o dirigida contra uno se le notificó la existencia del procedimiento al otro.

de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

4. *En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge, al que se haya notificado el embargo, podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».*

(28) Artículo 144:

«1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad, el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 ó 4, artículo 93, o en el apartado 1, artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo.

2. Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4, artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.

3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y sigs. de este reglamento.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del man-

En conclusión, a fin de evitar la indefensión, el cónyuge no deudor tiene que ser necesariamente notificado, como así lo ha venido confirmando la propia práctica judicial (29). Igualmente lo ha recordado la DGRN en Resoluciones como la de 5 de abril de 2006 (*BOE* núm. 126 de 27 de mayo de 2006).

Trasladando estas consideraciones al proceso penal implica que ya por haber sido condenado penalmente, ya por aparecer como tercero responsable del delito, ha tenido que tener pleno conocimiento de las acciones penales y civiles o solo civiles que el Fiscal en su caso y las partes acusadoras hayan entablado. Consecuentemente se han podido defender de las posibles consecuencias que tales acciones civiles y penales pueden implicar y entre ellas la nulidad de la escritura notarial y la cancelación registral que tal documento público implicó por lo que no puede alegarse indefensión. Si por el contrario no ha tenido conocimiento del asunto, sí puede haber indefensión en la nulidad de la transmisión y posterior cancelación registral.

Así lo ha venido recordando hasta la propia jurisprudencia penal. Podemos indicar tanto resoluciones que rechazan la indefensión cuando se constata que el que la alega fue llevado al proceso como apreciar indefensión en el caso opuesto.

En primer supuesto podemos indicar la *sentencia número 2059/2002 de la Sala II del TS, de fecha 4-12-2002 (Recurso núm. 1106/2001)*. Ponente: Señor Martínez Arrieta:

«Los recurrentes apoyan su pretensión de nulidad del enjuiciamiento en una sentencia del Tribunal Constitucional, la 68/88, de 28 de septiembre, que anula un enjuiciamiento al que no fue citado el responsable civil subsidiario, supuesto que no es trasladable al que es objeto de la presente impugnación. En el enjuiciamiento de estos hechos se declara que los dos acusados, conocedores del embargo

damiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular antes del otorgamiento de aquélla.

5. Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

(29) En este sentido, el AAP de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 12-12-2003, recurso 381/2002. Ponente: Vigo Morancho, Agustín. Es recurrida ante la AP el auto que declaraba la nulidad de la notificación del embargo de los bienes gananciales respecto del cónyuge no deudor. Aduce el recurrente-acreedor del cónyuge deudor la innecesariedad de audiencia del cónyuge no deudor-apelado, defendiendo en este sentido, la validez de la tramitación efectuada. La AP mantiene el pronunciamiento de la instancia y señala que produciéndose un supuesto de disolución especial de la sociedad, debe ventilarse dicha disolución por el trámite previsto en el artículo 541 LEC —es decir, asegurando siempre la audiencia del cónyuge no deudor—.

trabado sobre un bien de su propiedad, y nombrados depositarios del mismo, constituyen una sociedad, como únicos socios y de la que el acusado era administrador único. Se afirma en la sentencia que la sociedad únicamente tenía por objeto la gestión del inmueble adquirido de los socios y consta en el procedimiento que de la acusación se dio traslado al acusado quien, desde ese momento, conoció la acusación que contra él se formulaba y la consecuencia que se solicitaba, la nulidad de la compraventa. Recibió el traslado de la acusación, como persona y como administrador único de la sociedad que había intervenido en el alzamiento de bienes del que era acusado.

Ciertamente, la Constitución Española en su artículo 24 consagra el derecho que tienen todas las personas de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Lo que comporta y significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. La indefensión en sentido constitucional se produce, por consiguiente, cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos.

En el proceso cuya nulidad se pretende no se ha producido ninguna indefensión, pues el acusado, en su condición de persona contra la que se dirige la acusación y como administrador único de la empresa afectada por la pretensión de nulidad instada por las acusaciones, conoció, y se defendió, de las pretensiones de naturaleza penal y civil que las acusaciones ejercitaron» (FJ 1.º).

En el caso contrario de apreciación de indefensión podemos indicar la STS, Sección 1.ª de 17 de octubre de 2007 (núm. 7439/2007). Ponente: Excmo. Señor Maza Martín, que dice: «...No puede pretenderse la aplicación de los artículos 109.1.º, 110 y 112 del Código Penal, que regulan la responsabilidad civil derivada de la infracción delictiva (...) ni cabe anular unos contratos en los que no solo la contraparte actuó en todo momento con desconocimiento del fraude que sufría la prestataria sino que, además, supuso un efectivo desplazamiento patrimonial, amparado por la buena fe, del que debe ser resarcido quien lo sufrió, máxime cuando, al no ser parte en el procedimiento penal, no pudo defender la validez de tales contratos, con lo que vulneraría su derecho a la defensa, caso de acogerse la pretensión del Recurso».

En el mismo sentido, la *SAP de Sevilla, Sección 1.ª, de 30-6-2001, número 364/2001, recurso 2715/2000*, en donde se rechaza que la nulidad decidida en un delito de alzamiento de bienes pueda tener efectos registrales y ello por cuanto el titular registral, persona jurídica, distinta a la condenada no ha sido formalmente acusada. Cuestión distinta hubiera sido que el Juez de instrucción, por su propia iniciativa o a instancia del Fiscal o las partes acusadoras, hubieran dado entrada en el proceso como responsable civil a esta sociedad mercantil.

El tercer supuesto, esto es, que aparezcan negocios posteriores a la transmisión fraudulenta existiendo titulares ajenos al proceso penal cuyos derechos se hayan inscrito bajo el principio de la buena fe registral. Implica similar resultado, es decir, imposibilidad de declarar la nulidad de las transmisiones fraudulentas y subsiguiente cancelación de los asientos registrales y ello por aplicación de los principios hipotecarios y singularmente la protección del tercero hipotecario. Artículo 34 LH. Todo ello sin perjuicio de que pueda reflejarse registralmente la nulidad de los títulos que motivan las inscripciones de dominio que se ordenan cancelar, a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos que fraudulentamente, y amparados en una apariencia tabular, pudieran celebrar posteriormente los titulares registrales de dichas inscripciones (Resolución de la DGRN de 2002, entre otras).

Así lo ha confirmado la reiterada doctrina en la *SAP de Vizcaya, Sección 6.ª, de 11-5-2009, número 468/2009, recurso 898/2008. Ponente: Arévalo Lassa, José Ignacio* (30). La Audiencia Provincial desestima el recurso

(30) Para una mejor comprensión reproducimos los hechos probados: «*Son hechos probados y así se declara que Fausto, mayor de edad y sin antecedentes penales, celebró en fecha 30 de julio de 2001, contrato privado de compraventa con Leandro y Rafaela, que tenía por objeto una finca en Muxika (Bizkaia), inscrita en el Registro de la Propiedad de Gernika, al tomo NÚM000, libro NÚM001 de Múgica, folio NÚM002, finca NÚM003, entregando los compradores en concepto de arras la cantidad de 30.050,61 euros.*

En el susodicho contrato se contemplaba una cláusula por la que se permitía la posibilidad a los compradores de resolver el contrato, caso que las "condiciones fijadas por los Organismos Administrativos para la utilización de la finca resultaran excesivas".

Resultando estas exigencias excesivas, los compradores procedieron a resolver el contrato, solicitando al acusado la cantidad adelantada. Haciendo aquél caso omiso a la solicitud, se interpuso por los compradores demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Bilbao, número 437/02, siendo emplazado Fausto el 21 de junio de 2002, celebrándose juicio oral el 21 de enero de 2003, con todas las pruebas solicitadas por las partes practicadas, en fecha de 18 de marzo de 2003, recayó sentencia estimándose íntegramente la demanda interpuesta por los compradores contra el acusado, confirmándose esta por sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 5.ª, en fecha de 20 de octubre de 2004.

El acusado, en fecha de 24 de febrero de 2003, con la intención de no hacer efectivo a los compradores la devolución de las cantidades de dinero reconocidas en sentencia, suscribió un contrato de crédito a pagar en un año, con el Banco Guipuzcoano, por importe de 150.000 euros, constituyéndose como garantía, hipoteca del único bien del

interpuesto por la acusación particular y señala que: «no es posible anular la hipoteca porque la misma fue constituida regularmente con base en la información publicada en el registro y porque no existe dato alguno que permita afirmar en las partes que suscribieron el negocio jurídico garantizado como prestamista y avalista el conocimiento de la intención del prestatario de perjudicar a sus acreedores y su voluntad de participar en la consecución de su propósito. Tampoco pueden ser anuladas las consecuencias jurídicas derivadas por el incumplimiento deliberado y preconcebido del pago del préstamo por parte del acusado, pues la entidad bancaria tiene la consideración de tercero hipotecario protegido y esa protección alcanza a quienes posteriormente ejecutan la garantía».

Si llegamos, por tanto, a la imposibilidad de anulación de los asientos registrales, mucho me temo que habremos fracasado cara a nuestra víctima penal, acreedor desde la esfera civil. Salvo que se haya pedido subsidiariamente una indemnización por el perjuicio ocasionado poco se puede ya hacer.

La realidad práctica es que si el Registro informa negativamente sobre el mandamiento en el que se ordena la cancelación es porque, efectivamente, no se puede perjudicar a terceros a los que se le causaría indefensión. En el extraño supuesto que el Registrador se niegue a cancelar careciendo del suficiente apoyo jurídico, el Fiscal o el acusador particular podrá atacar la calificación negativa del Registrador mediante recurso potestativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos 324 y siguientes de la LH, o ser impugnada directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 LH.

Dicho recurso podrá interponerse en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la calificación mediante escrito dirigido al mismo Registro que ha denegado la cancelación o a cualquiera de las oficinas a que se refiere

cual el acusado era propietario, la finca de Muxika (Bizkaia), objeto de compraventa privada entre los compradores y el señor Fausto.

El crédito fue avalado por COMERCIAL IBARSA, S. A., entidad representada por don Héctor.

El acusado, no haciendo frente a ninguno de los pagos, llegado el vencimiento del crédito, Banco Guipuzcoano reclamó a Comercial Ibarsa, S. A., como avalista que era del préstamo.

Comercial Ibarsa, S. A., abonó a Banco Guipuzcoano la deuda, subrogándose Ibarsa en la posición del Banco Guipuzcoano. Comercial Ibarsa interpuso demanda judicial en reclamación de lo abonado frente el acusado, solicitando la venta en pública subasta del terreno de Muxica, por impago voluntario.

Declarándose desierta la subasta, Comercial Ibarsa se adjudicó la finca de Muxica, cediéndola a la mercantil PROVANOR, S. L., empresa donde también era, don Héctor, administrador solidario».

el párrafo 3.º del artículo 327 LH, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la calificación del Registrador sustituto con arreglo al cuadro de sustituciones del que pueda informarse en el Registro, en el plazo de quince días siguientes a la notificación, conforme a las reglas del artículo 19 bis LH.

En el caso que la impugnación de la calificación negativa se realice directamente ante los juzgados de la capital, la demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses contados desde la notificación de la calificación.

5. SOLUCIONES PARA EVITAR LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA AL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN

Llegado este momento resulta evidente que hay que evitar situaciones de indefensión que a la postre justifiquen una calificación negativa. Hay por tanto que avisar a todos a quienes la subsiguiente cancelación registral pueda producirles algún perjuicio.

Una vía poco usada por jueces y fiscales es la anotación preventiva de la querella. Conforme al artículo 42.1 LH podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, así avisamos a terceros de la existencia de un procedimiento, en este caso penal, que puede afectar a las fincas o derechos reales registrados, y nos aseguramos que el fallo que se dicte podrá ejecutarse en su integridad. Desde el punto de vista procesal, la habilitación la encontramos en el artículo 764 LECr (31), referido al procedimiento abreviado, que es en la práctica el proceso tipo penal.

No es obstáculo alguno que sea una querella y no una demanda lo que remitamos al Registro, ya que es indiferente el vehículo formal que se use. La propia DGRN (32) ha señalado que la querella puede tener acceso al Registro de la Propiedad cuando, ejercitándose conjuntamente con la penal la acción civil, se ejerciera una acción con trascendencia real inmobiliaria (art. 42.1 LH), siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) Que del ejercicio de la acción pudiera resultar la nulidad del título en virtud del cual se hubiera practicado la inscripción.

(31) «1. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas.

Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

2. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida».

(32) Vid. Resolución de 27 de diciembre de 2004.

- b) Que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella, y del suplico de la misma resulte la solicitud que, de estimarse, produciría eficacia real. Luego la querella debe solicitar implícita o explícitamente la declaración de nulidad del negocio en fraude de acreedores.

Para practicar la anotación preventiva de demanda se requiere mandamiento, por duplicado, expedido por Secretario Judicial, ordenando al Registrador la extensión del asiento. El Registrador, una vez cumplido lo ordenado, devolverá uno de los ejemplares con la nota que proceda, al Juez, Tribunal o interesado, archivando el otro ejemplar en el Registro.

En todo caso, el afectado tiene que tener conocimiento del asunto, ya porque lo acusemos o, en todo caso, lo consideremos responsable civil en base al artículo 615 LECr (33).

El responsable civil es el sujeto al que es posible demandar en el proceso penal única y exclusivamente la responsabilidad civil derivada del hecho punible. Desde este punto de vista, el responsable civil siempre es una persona distinta de la que aparece como imputada en el proceso penal. Pero la complejidad en el delito de alzamiento radica en que si no lo considero responsable criminal por no ser partícipe del delito ya como autor, ya como cómplice tengo que acreditar al menos que ha participado por título lucrativo de los efectos del delito. El artículo 122 CP (34) va a permitir traer a juicio a quien no siendo ni autor ni cómplice se beneficia del delito.

Así y poniendo un ejemplo si en la donación de un bien considero que el hijo no sabía nada de la deuda del padre y por ende desconocía el fin fraudulento de la transmisión, no podré acusarle de autor o cómplice de la insolvencia punible al no haber dolo, pero es evidente que se ha beneficiado de la operación. Por tanto tendré que traerlo a juicio como responsable civil.

Teniendo, pues, conocimiento del asunto, no cabe esgrimir indefensión alguna. Luego la parte será libre de acudir a juicio, o no, pues, como recuerda el artículo 786.1 LECr segundo inciso: «*La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio*». La parte podrá defenderse y si es condenada poco podrá hacer para evitar la cancelación del asiento registral. Ahora si habrá alcanza-

(33) «*Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad o, en su defecto, embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios*».

(34) Artículo 122:

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

do el acreedor su legítima expectativa al lograr la reintegración del bien que no debió salir del patrimonio del deudor. Ahora sí será devuelto cumplimentado positivamente el mandamiento y el secretario deberá incluir en su tasación de costas los aranceles que se hubieran devengado como consecuencia de la cancelación (35).

En conclusión, la necesaria coordinación de la legislación hipotecaria y procesal nos llevará a resultados satisfactorios si quienes intervenimos en estos procedimientos sabemos usar adecuadamente los instrumentos que la ley nos ofrece.

RESUMEN

TRACTO SUCESIVO ALZAMIENTO DE BIENES

La peculiaridad de la responsabilidad civil de los delitos de insolvencia punible, como es el delito de alzamiento de bienes, reside en la declaración de nulidad que efectúa el juez penal del negocio jurídico que ha provocado la insolvencia real o ficticia, frustrando la realización de los créditos del acreedor o de los acreedores y, consecuentemente, da orden de cancelación de los asientos registrales que reflejaban ese negocio traslativo de la propiedad. Para que el Juez llegue a este pronunciamiento es necesario que lo pida el Fiscal o una parte. Sin embargo, una vez obtenida sentencia condenatoria, en ocasiones no puede llevarse a cabo la modificación de la situación registral de la finca, colocando al Registrador en una difícil tesitura. Por un lado, debe dar cumplimiento a lo que se le ordena por parte de la Autoridad Judicial pero, por otra parte, debe respetar bajo su responsabilidad los principios hipotecarios y proteger a aquellos que han adquirido al amparo de lo refle-

ABSTRACT

CHAIN OF TITLE CONCEALMENT OF ASSETS BY A BANKRUPT

The uniqueness of civil liability for offences of punishable insolvency (such as the offence of concealment of assets) resides in the criminal court's declaration annulling the legal act that caused the real or fictitious insolvency and thus frustrated the enforcement of the debts owed to the creditor or creditors. In consequence of the annulment, the court orders the cancellation of any registration entries reflecting acts transferring ownership of the assets in question. In order for the court to reach such a pronouncement, it must be asked to do so by the public prosecutor or by a party to the proceedings. However, sometimes the registered situation of the property cannot be modified after a ruling has been given finding the bankrupt guilty. This places the registrar in a difficult position. On the one side, the registrar must do as ordered by the judicial authorities; but, on the other side, the registrar must, on his or her responsibility, respect the

(35) Si el condenado no goza del beneficio de justicia gratuita deberá abonarlos él en su integridad. En caso de gozar del citado beneficio el artículo 6, apartado 9 y 10 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita contempla reducciones del 80 por 100 de los derechos arancelarios e incluso el 100 por 100 si el beneficiario del derecho acredita ingresos por debajo del SMI.

jado en el Registro. La solución viene de la mano de una correcta coordinación de jueces, fiscales y registradores, y de un adecuado conocimiento del rol que a cada uno le corresponde. Es evidente que no es función del Registrador revisar una acusación o una decisión judicial. El Registrador no juzga ni acusa pero tampoco el Juez o el Fiscal realizan la función de calificación registral de exclusiva soberanía del Registrador.

rules governing mortgages and protect anyone who has relied on registry information to purchase property. The solution involves the smooth coordination of judges, public prosecutors and registrars and a good knowledge of the role that each must play. Obviously, it is not the registrar's function to check charges or judicial decisions. The registrar neither judges nor accuses, but then, neither does the judge or public prosecutor perform the function of scrutiny for proper document form, a task that belongs to the exclusive sovereignty of the registrar.

(Trabajo recibido el 4-2-2010 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)

La mayoría necesaria para aprobar
acuerdos de mera administración
en la propiedad horizontal.
Los efectos de la abstención,
los votos en blanco y los votos nulos
en la formación de los acuerdos
comunitarios

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA
Profesor Titular de Derecho Civil
Ex Letrado del Tribunal Constitucional
Abogado

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS DISTINTOS TIPOS DE MAYORÍA:
 - A) MAYORÍA SIMPLE.
 - B) MAYORÍA ABSOLUTA.
 - C) MAYORÍA REFORZADA.
 - D) MAYORÍAS ESPECIALES Y MAYORÍAS CUALIFICADAS. LA LLAMADA MAYORÍA ORDINARIA.
 - E) EL VALOR DE LAS ABSTENCIONES, LOS VOTOS EN BLANCO Y LOS VOTOS NULOS EN EL CÓMPUTO DE LAS MAYORÍAS.
3. LOS DERECHOS DE ASISTENCIA, DELIBERACIÓN Y VOTO EN LA JUNTA. SU EJERCICIO POR REPRESENTANTE.
4. MAYORÍA PERSONAL Y MAYORÍA DE INTERESES. EL SISTEMA DE LA DOBLE MAYORÍA.
5. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

6. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA:
 - A) CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA EN PRIMERA CONVOCATORIA.
 - B) CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA EN SEGUNDA CONVOCATORIA.
7. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE MERA ADMINISTRACIÓN:
 - A) ACUERDOS QUE SE RIGEN POR LAS MAYORÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 17.4.^a LPH.
 - B) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN PRIMERA CONVOCATORIA.
 - C) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN SEGUNDA CONVOCATORIA:
 - a) *Tesis de la mayoría absoluta.*
 - b) *Tesis de la mayoría simple.*
 - c) *La posición de la jurisprudencia.*
8. INTERPRETACIÓN QUE PROPUGNAMOS SOBRE LA MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE MERA ADMINISTRACIÓN EN SEGUNDA CONVOCATORIA.
9. VALOR DE LAS ABSTENCIONES EN LOS ACUERDOS QUE EXIGEN LA UNANIMIDAD O UNA MAYORÍA ESPECIAL.
10. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Quien conozca el funcionamiento práctico de las comunidades de propietarios sometidas al régimen de la propiedad horizontal sabe que a las Juntas de Propietarios asisten normalmente un reducido número de propietarios y que, en ellas, el núcleo esencial de los acuerdos que se adoptan suelen tener por objeto actos de mera administración ordinaria de la comunidad (aprobación de las cuentas anuales, aprobación del presupuesto ordinario de ingresos y gastos, nombramiento de Presidente y Administrador, aprobación de obras de reparación o de conservación, contratación con terceros para la prestación de bienes, servicios y suministros básicos para la comunidad como gasóleo, empresas de mantenimiento, seguro de responsabilidad civil, etc.).

Estos dos hechos: el sociológico (poca asistencia de propietarios a las Juntas) y el jurídico (que la gran parte de acuerdos que se adoptan en las Juntas son de mera administración ordinaria) han sido tenidos en cuenta por el legislador español a la hora de regular el sistema de constitución de la Junta de Propietarios y de adopción de los acuerdos comunitarios, distinguiendo al efecto dos supuestos: que los propietarios se reúnan en primera convocatoria, o que la Junta se celebre en segunda convocatoria. Para la celebración de la Junta en primera convocatoria se establecen unos requisitos para la válida constitución de la reunión y para la aprobación de los acuerdos

de mera administración que, luego, se dulcifican o rebajan notablemente cuando los propietarios se reúnen en segunda convocatoria. La finalidad de esta reducción de requisitos legales no es otra que la de favorecer el funcionamiento de la comunidad de propietarios permitiendo, primero, la constitución de la Junta y favoreciendo, después, la posterior adopción de acuerdos aunque asistan a ella un escaso número de propietarios (1).

En el presente estudio pretendemos analizar los problemas que plantea la interpretación y aplicación de las normas que regulan la adopción de acuerdos de mera administración en la segunda convocatoria de la Junta de Propietarios, por ser el supuesto más frecuente, por no decir el único, que se da en la realidad comunitaria, ya que la reunión de los propietarios constituidos en Junta en la primera convocatoria es un supuesto que aunque está contemplado en la ley no suele darse en la vida práctica de las comunidades e, incluso, por lo que luego diremos, resulta poco aconsejable. Analizaremos también los efectos que la abstención, los votos en blanco y los votos nulos deben producir en la formación de los acuerdos comunitarios, tanto en la aprobación de los acuerdos de mera administración (art. 17.4.^a LPH), como en la adopción de los acuerdos que exigen para su validez la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas en el artículo 17.1.^a LPH.

(1) La poca asistencia personal de los propietarios a las Juntas es un fenómeno tan conocido y relevante para el legislador que lo ha tenido en cuenta como presupuesto o supuesto de hecho de diversas normas de la propiedad horizontal. En este sentido, además de la previsión de que la Junta pueda constituirse en segunda convocatoria sin sujeción a *quórum* (art. 16.2.3.º LPH), y de que en segunda convocatoria los acuerdos de mera administración puedan aprobarse con una mayoría menos exigente que la establecida para la primera convocatoria (art. 17.4.^a LPH), lo que será objeto de estudio en este trabajo, el legislador contempla la falta de asistencia de los propietarios a la Junta en las siguientes previsiones:

a) Los artículos 15.1 y 19.2.d) LPH, que admiten la posibilidad de asistir a las Juntas mediante representante, configurando de este modo el derecho de asistencia, deliberación y voto del propietario en las Juntas como un acto no personalísimo.

b) El artículo 17.1.^a-4.º LPH, que regula un mecanismo de obtención de la unanimidad o de las mayorías especiales o cualificadas previstas en el artículo 17.1.^a LPH que computa el silencio o falta de discrepancia de los propietarios que no asistieron a las Juntas con lo decidido por los presentes en la Junta, como voto favorable a lo acordado por los propietarios presentes, con el que se pretende que el funcionamiento de la comunidad no pueda quedar paralizado por la pasividad o falta de asistencia de los propietarios a las Juntas, impidiendo con ello la formación de acuerdos de cierta relevancia para la vida comunitaria. Sobre esta cuestión puede verse mi estudio, *Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la Junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los treinta días. Doctrina legal de la STS (Sala 1.ª) 930/2008, de 16 de diciembre (recurso de casación 577/2003). Ponencia del Excmo. Señor don Juan Antonio Xiol Ríos*. Diario LA LEY, número 7186, Sección Doctrina, 1 de junio de 2009, Año XXX. Referencia 12137/2009.

2. LOS DISTINTOS TIPOS DE MAYORÍA

Antes de entrar en el estudio concreto de la materia que pretendemos analizar en el presente estudio es conveniente que hagamos algunas consideraciones generales sobre los distintos tipos de mayoría que cabe distinguir a la hora de aplicar el principio mayoritario como criterio de adopción de acuerdos en una asamblea u órgano colectivo o colegiado (2). El análisis de esta cuestión es necesario, ya que en algunas ocasiones existe cierta falta de rigor técnico a la hora de definir y manejar conceptos como los de mayoría simple o mayoría absoluta (3).

En este sentido, debemos destacar que para definir una mayoría deben tenerse presente dos elementos: la *base numérica*, que sirve de referencia para determinar el número del que debe partirse para calcular la mayoría de que se trate (por ejemplo, número de miembros que integran el órgano o asamblea a la que pertenecen los posibles votantes, miembros presentes en dicho órgano al tiempo de efectuar la votación, cuotas de participación de la comunidad o capital representado por los asistentes, número de votos emitidos, etc.), y la *tasa* o *porcentaje* que aplicado sobre la base numérica nos sirve para obtener la mayoría que estamos buscando (mayor número de votos emitidos, más de la mitad, tres quintas partes, un tercio, etc.).

(2) En esta materia resultan de sumo interés las consideraciones que se recogen en el libro de Mario SÁNCHEZ LINDE, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 109-133.

(3) Un ejemplo de la confusión de conceptos que señalamos en el texto lo representa la STS de 13 de septiembre de 2010, dictada en el recurso de casación 2029/2006 (JUR 2010\353914), que al afirmar que: «*Por tanto, no puede exigirse a tal acuerdo otra mayoría que la establecida en la Ley para la instalación del ascensor, o sea, la mayoría simple al haberse acreditado la presencia de vecinos minusválidos en la finca*» (FD 2.1, párrafo 4.º), lo que remite a la mayoría prevista en el artículo 17.1.ª-3.º LPH para la adopción de acuerdos que tengan por objeto obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes «que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o los estatutos», confunde la mayoría simple con la mayoría absoluta (que es una mayoría especial o cualificada), ya que esta última es la prevista en dicha norma, como lo evidencian las palabras con las que la Ley la define: «requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación», es decir, no basta con que se den más votos positivos que negativos (mayoría simple), sino que es necesario que voten a favor del acuerdo más de la mitad del total de los propietarios que integran la propiedad horizontal (mayoría personal) que, a su vez, representen más de la mitad del total de las cuotas de participación del inmueble (mayoría de intereses o patrimonial). En el mismo error conceptual incurre la SAP de Asturias (Sección 4.ª), de 27 de junio de 2006 (núm. 244/2006), dictada en el recurso de apelación 203/2006 (AC 2006\1566), cuando afirma que «*el acuerdo por el que se decida la instalación de un ascensor requiere el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios..., o bien mayoría simple de propietarios y cuotas de participación si la instalación del nuevo servicio común tiene por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía*» (FD 3.º).

Combinando ambos elementos (base numérica y tasa o porcentaje cuantitativo) podemos distinguir, al menos, tres tipos de mayoría: la mayoría simple, la mayoría absoluta, y la mayoría reforzada. También es necesario referirse a las llamadas mayorías especiales, las mayorías cualificadas y la denominada mayoría ordinaria. Veámoslas separadamente.

A) MAYORÍA SIMPLE

La *mayoría simple* expresa el mayor número de votos emitidos a favor de una determinada propuesta de acuerdo. Lo relevante en la mayoría simple es que se alcance el mayor número de votos en un determinado sentido, sin que tenga importancia el porcentaje o número concreto de esos votos. Esto es así porque en la mayoría simple la base numérica para determinar la mayoría viene determinada por el número de votos emitidos. De este modo, los acuerdos aprobados por mayoría simple no necesitan obtener ningún número mínimo de votos. Lo único que se precisa para lograr la mayoría simple es que el número o la cifra de votos a favor de la propuesta sea la más numerosa. Si existen más votos afirmativos o a favor del acuerdo que votos negativos o en contra se habrá conseguido la mayoría simple. Esta mayoría se llama simple porque para determinarla solo hay que atender al número de votos emitidos a favor de una determinada propuesta y constatar que los votos positivos son más numerosos que los votos negativos, sin necesidad de que se alcance un número mínimo de votos. Solo hay que estar a la opción que mayor número de votos obtiene. La mayoría simple, en definitiva, se manifiesta como más votos a favor o mayor número de votos a favor de la propuesta sometida a consideración. Si hay más votos afirmativos o positivos que votos negativos se habrá alcanzado la mayoría simple. A la mayoría simple se la denomina también en muchas ocasiones mayoría relativa, para diferenciarla o contraponerla a la mayoría absoluta.

B) MAYORÍA ABSOLUTA

La *mayoría absoluta*, por el contrario, requiere la presencia de un mínimo de votos, necesita para su obtención más de la mitad (tasa o porcentaje) del término de referencia (base numérica). Por ello, para calcular la mayoría absoluta se precisa siempre aplicar una tasa o porcentaje cuantitativo sobre la base numérica que sirve de referencia. Esa tasa tiene que ser superior a la mitad de la base numérica. La mayoría absoluta es siempre un límite mínimo. Para lograrla se requiere, en todo caso, superar la tasa o porcentaje de referencia (más de la mitad), pero superado ese porcentaje o límite cuantitativo

nada impide que pueda excederse ese límite, pero el exceso ya no es relevante para el cómputo de la mayoría absoluta. Si se alcanza más de la mitad de la base numérica que sirve de referencia se habrá logrado la mayoría absoluta, si además se excede ese límite cuantitativo seguiremos estando en presencia de la mayoría absoluta. Muchas veces se define la mayoría absoluta como la mitad más uno de la base numérica, sin embargo, esta forma de definir la mayoría absoluta no es enteramente correcta porque esta afirmación solo sirve para los casos en los que la base numérica está constituida por un número par. Así, si la base numérica o de referencia son 100, la mitad son 50, luego 50 más 1, es decir, 51 es la mayoría absoluta. Sin embargo, si, por ejemplo, la base numérica de referencia son 101, la mitad son 50,5, luego 50,5 más 1, esto es, 51,5 no es la mayoría absoluta, puesto que la mayoría absoluta se conseguiría igualmente con 51. Por tanto, lo más exacto es afirmar que la mayoría absoluta se obtiene cuando se logra algo más de la mitad de la base numérica, sin que ese algo más tenga que ser un entero. La mayoría absoluta es lo mínimo que se puede obtener a favor de una propuesta cuando existen dos posturas antagónicas, por eso se llama absoluta.

C) MAYORÍA REFORZADA

Frente a la mayoría simple y a la mayoría absoluta la *mayoría reforzada* se define como aquella mayoría que requiere para su existencia una tasa o porcentaje de votos superior a la mayoría absoluta (por ejemplo, tres quintos, dos tercios). La mayoría reforzada suele configurarse como un instrumento jurídico que cumple la finalidad de proteger a las minorías, al exigir para que se pueda aprobar un acuerdo cuya adopción requiera este tipo de mayoría que exista un amplio consenso. Por esta razón la mayoría reforzada se suele establecer con la finalidad de corregir o paliar los problemas que plantea la unanimidad, dado el anquilosamiento o dificultad que para la toma de decisiones supone la exigencia de la unanimidad, pues, en estos casos el voto negativo de uno solo, al impedir la obtención de la unanimidad, representa el veto a la decisión mayoritaria del resto. Por ello, lo normal es que las mayorías reforzadas se establezcan para la adopción de acuerdos de cierta relevancia o trascendencia. En el ámbito del Derecho Privado podríamos afirmar que la mayoría reforzada es un buen instrumento para conseguir la adopción de actos de disposición o de configuración jurídica, cuando se quiere descartar la unanimidad que sería la forma natural de adopción del acuerdo que tiene por objeto actos o decisiones de gran trascendencia.

D) MAYORÍAS ESPECIALES Y MAYORÍAS CUALIFICADAS. LA LLAMADA MAYORÍA ORDINARIA

Para finalizar el elenco de mayorías que pueden presentarse conviene que nos refiramos a las llamadas mayorías especiales, a las mayorías cualificadas y a la denominada mayoría ordinaria.

Por lo que se refiere a las *mayorías especiales*, desde un punto de vista estrictamente conceptual o teórico podríamos afirmar que todas las mayorías distintas de la mayoría simple pueden ser calificadas como una mayoría especial en la medida en que por apartarse del principio o regla general que representa la mayoría simple (más votos positivos que negativos) presentan siempre alguna *especialidad*. Así se entiende tradicionalmente en el Derecho Parlamentario (4) en el que las mayorías distintas de la mayoría simple se califican de mayorías especiales (5). Entendidas de este modo las mayorías especiales, la mayoría absoluta y la mayoría reforzada constituirían modalidades de la mayoría especial. Estas mayorías especiales suelen justificarse considerando que cumplen una función de protección de las minorías (así lo declara, por ejemplo, la STC 44/1995, de 13 de febrero, refiriéndose a la mayoría absoluta).

Las mayorías especiales normalmente constituyen una forma de mayoría reforzada, sin embargo, caben mayorías especiales que para su formación requieren una tasa o porcentaje cuantitativo inferior a la tasa que se exige para la existencia de la mayoría absoluta y, por ende, para la presencia de una mayoría reforzada. Se trata de casos en los que si bien su configuración impide calificarlos de mayoría simple o relativa, su finalidad es favorecer a ultranza la posibilidad de adopción del acuerdo por un grupo minoritario. En estos supuestos lo que se pretende es que con un número muy reducido de

(4) En esta línea, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, al analizar las «Distintas mayorías para la adopción de acuerdos» (pág. 181), distingue entre mayoría simple, que «se produce por el mero hecho de que los votos positivos sean superiores a los negativos y cualquiera que sea el número de abstenciones» (pág. 182), y las mayorías especiales que «son tanto las “absolutas”, esto es, aquellas en que se requiere el voto favorable de la mitad más uno del número de miembros, como otras mayorías cualificadas, aún más exigentes: dos tercios o tres quintos de dicho número».

(5) Así, el artículo 79.2 CE dispone que los acuerdos adoptados por las Cámaras, «para ser válidos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las *mayorías especiales* que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras». Aunque el texto de esta norma constitucional, como luego veremos, está describiendo una clara mayoría absoluta, la doctrina y la práctica parlamentaria generalizada desde 1978 consideran que establece una «mayoría simple». Por consiguiente, toda mayoría distinta de la mayoría simple se califica como una «mayoría especial». Tienen este último carácter, por ejemplo, las mayorías absolutas requeridas en los artículos 72 y 81.2 CE, o las mayorías reforzadas previstas en los artículos 122.3, 159.1 y 167 CE.

votos sea posible alcanzar el acuerdo. Un ejemplo de este supuesto es el regulado en la regla 2.^a del artículo 17 LPH, que exige para la adopción del acuerdo únicamente el voto de un tercio del total de propietarios que integran la propiedad horizontal.

Por último debemos también hacer referencia a las llamadas *mayorías cualificadas* que es otra de las denominaciones que reciben las mayorías especiales. En este sentido, toda mayoría distinta de la mayoría simple puede ser considerada también una mayoría cualificada en la medida en que se trataría de una mayoría que tiene la cualidad de que solo es aplicable para la adopción de determinados acuerdos que por su contenido objetivo, por su carácter trascendental o por su relevancia dispositiva resulta conveniente que se aparte de la regla general o principio que expresa la mayoría simple.

También se utiliza en algunas ocasiones la expresión *mayoría ordinaria* para referirse a aquella mayoría que constituye la regla general en materia de adopción de acuerdos. Frente a esta mayoría ordinaria, por consiguiente, se alzarían aquellas otras mayorías especiales o cualificadas que, por excepción, rigen la adopción de determinados o específicos acuerdos extraordinarios o de gran trascendencia social. Con todo, la expresión mayoría ordinaria la consideramos equívoca ya que, en principio, podríamos afirmar que la mayoría ordinaria será aquella que resulte habitual para aprobar acuerdos en un determinado órgano colectivo, ya sea por mandato legal o por disposición estatutaria, lo cual podría determinar que la mayoría ordinaria viniese representada en unos casos por la mayoría simple y en otros por una mayoría absoluta o, incluso, por una mayoría reforzada. Por ello, desaconsejamos esta expresión por imprecisa. Sin embargo, nuestra legislación mercantil la mantiene. Así, el reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE del 3 de julio), encabeza el artículo 198, que se ocupa de la mayoría que se exige para la adopción de acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada, con el título de «mayoría ordinaria», y el artículo 201, al regular la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos en la sociedad anónima dispone lo siguiente: «En las sociedades anónimas los acuerdos sociales se adoptarán por *mayoría ordinaria* de los votos de los accionistas presentes o representados».

E) EL VALOR DE LAS ABSTENCIONES, LOS VOTOS EN BLANCO Y LOS VOTOS NULOS EN EL CÁLCULO DE LAS MAYORÍAS

Examinados los distintos tipos de mayoría que cabe distinguir es conveniente que nos detengamos ahora en la cuestión relativa al valor que tienen

las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos en el cómputo de las mayorías (6).

Lo primero que debemos decir al respecto es que nos hallamos ante un tema muy polémico en el que las opiniones y las doctrinas de los autores no son pacíficas. Con carácter general, debemos apuntar que cuando nos hallamos ante una mayoría especial (absoluta o reforzada) cuya base numérica está referida al número total de miembros que integran la asamblea u órgano colegiado o colectivo a quien corresponde decidir, como para lograr la mayoría se requiere que los votos afirmativos alcancen el número mínimo establecido (por ejemplo, más de la mitad de la base numérica que se toma como referencia, en el caso de la mayoría absoluta), las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos carecen de toda relevancia. Así, por ejemplo, dado que el artículo 17.4.^a LPH (7), en primera convocatoria, exige para la aprobación de los acuerdos de mera administración que voten a favor del acuerdo la mayoría absoluta del total de los propietarios que integran la propiedad horizontal siempre que, a su vez, representen la mayoría absoluta de las cuotas de participación del inmueble, en este caso, solo hay que computar los votos positivos o favorables al acuerdo y constatar que alcanzan el número mínimo de votos exigido legalmente: más de la mitad del total de propietarios (mayoría personal) y más de la mitad del total de las cuotas de participación (mayoría patrimonial). Por consiguiente, las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos son irrelevantes.

Por tanto, el problema de las abstenciones y de los votos en blanco y nulos solo tiene interés en los supuestos de la mayoría simple y cuando las mayorías especiales (fundamentalmente la mayoría absoluta) se calculan sobre una base numérica que tiene como referencia el número de personas que asisten o están presentes en la reunión, asamblea u órgano colegiado al que le corresponde tomar las decisiones que deben someterse a la mayoría en cuestión al tiempo de la votación.

Así, si atendemos al Derecho parlamentario, podemos constatar cómo en algunos ordenamientos a la hora de computar las mayorías no se tienen en cuenta las abstenciones. En este sentido, en Italia, en la que el artículo 64 de la Constitución de 1947, dispone que los acuerdos de las Cámaras serán tomados por la mayoría de los miembros presentes, la tradición en la Cámara de Diputados consiste en excluir a los que se abstienen del número de votantes, considerándoles «presentes en la sesión», pero no «presentes en la votación», mientras que en el Senado, al aplicarse la Constitución en sentido literal, se

(6) Sobre la materia resultan, igualmente, de gran interés, las consideraciones recogidas en el libro de SÁNCHEZ LINDE, Mario, *El principio de mayoría...*, cit., págs. 219-247.

(7) Este apartado, que constituía anteriormente el artículo 17.3.^a LPH, y su nuevo texto y numeración, se debe a la modificación introducida por el artículo tercero de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

computa a los que se abstienen entre los presentes, razón por la cual no es raro que los senadores que pretendan abstenerse abandonen la sala de sesiones para evitar que su abstención sea contabilizada como voto contrario de hecho (8).

En el Derecho español, como señala RIPOLLÉS SERRANO, si observamos los antecedentes de nuestro Derecho parlamentario histórico vemos que se han defendido las dos posiciones. Así, el artículo 86 del Reglamento para el régimen y gobierno del Estamento de Procuradores a Cortes, de 15 de julio de 1834, y el artículo 66, del Reglamento del Estamento de Próceres de la misma fecha disponían que «tendrá derecho cualquier procurador (o Prócer) a decir que se abstiene de votar para que no se compute su voto». Por el contrario, el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 29 de noviembre de 1934, prescribía en su artículo 88 que: «Para el cómputo de los diputados que hayan tomado parte en una votación se tendrán en cuenta los que, encontrándose presentes, se hubieran abstenido» (9). Por su parte, el Reglamento Provisional del Congreso de los Diputados, de 13 de octubre de 1977 (art. 70.1) (10) y el Reglamento Provisional del Senado, de 14 de octubre de 1977 (art. 77) (11), sancionaban la mayoría simple de parlamentarios presentes para la adopción de acuerdos, lo que excluía del cómputo a las abstenciones.

Por lo que respecta al Derecho vigente, aunque dados los términos en que está redactado el artículo 79.2 de la Constitución de 1978 (12), parece establecer una clara mayoría absoluta, ya que la base numérica de esta mayoría está referida al número de los miembros «presentes» en la sesión en la que deba votarse el asunto, la doctrina viene considerando que lo que este artículo requiere es una mayoría simple. En apoyo de esta interpretación se invoca la elaboración del precepto que revela que los constituyentes no quisieron apartarse de lo que era la norma vigente en aquella fecha (13). Así lo confirmaría, por otra parte, la práctica parlamentaria generalizada desde 1978, y la propia redacción de los Reglamentos de las Cámaras, recogida en los artículos 79.1

(8) RIPOLLÉS SERRANO, María-Rosa, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo VI, Edersa, 1998, Madrid, pág. 783.

(9) RIPOLLÉS SERRANO, María-Rosa, *ob. cit.*, pág. 783.

(10) Este artículo disponía lo siguiente:

«Salvo que por ley o por este reglamento se requiera *quórum* o mayoría especial, los acuerdos se adoptaran por mayoría simple de diputados presentes, siempre que lo estén la mitad mas uno de los miembros que integran el órgano de que se trate».

(11) Dicho artículo disponía lo siguiente:

«Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de senadores presentes, salvo que por este Reglamento o norma de rango constitucional se requiera alguna mayoría especial».

(12) Este artículo dispone que para la válida adopción de acuerdos, «deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros *presentes*, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para la elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras».

(13) SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, pág. 182.

del Reglamento de los Diputados (14) y 93.1 del Reglamento del Senado (15), que expresamente la califican de «mayoría simple».

De este modo, en la interpretación y aplicación que se realiza del artículo 79.2 CE, se entiende que para la adopción de acuerdos basta la mayoría simple de los presentes, excluyéndose del cómputo a los que se abstienen, por lo que es suficiente para la adopción de acuerdos que los votos positivos sean superiores a los negativos cualquiera que sea el número de abstenciones. Sin duda, esta interpretación contradice el texto constitucional, pues, como destaca RECODER DE CASSO, la norma habla de la mayoría de los presentes y no de la mayoría de los votantes, y los que se abstienen es indudable que están presentes (16), sin embargo, es la que se viene siguiendo en la práctica parlamentaria desde 1978 y es la que, como hemos visto, sancionan los Reglamentos del Congreso y del Senado. Por tanto, para computar la mayoría simple en nuestro Derecho parlamentario no se contabilizan las abstenciones, por lo que puede decirse que funcionalmente se considera que los que se abstienen aunque están presentes en la sesión son «presentes ausentes en la votación» (17).

Si del Derecho parlamentario pasamos al Derecho Mercantil de Sociedades, vemos que el problema está lejos de tener una solución sencilla y unívoca.

En materia de sociedades anónimas, la doctrina está dividida a la hora de pronunciarse sobre el valor de las abstenciones y el voto en blanco en la adopción de acuerdos sociales, pues, mientras para unos autores las abstenciones deben computarse en el cálculo de la mayoría, ya que en la formación de la voluntad social deben tenerse en cuenta todas las posiciones de los socios, lo que incluye también a los abstencionistas y a los que votan en blanco, así como los votos nulos, otro sector doctrinal considera, por el contrario, que a lo que hay que atender es a los votos válidamente emitidos, lo que excluiría las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos.

A favor de la primera solución se inclinan, entre otros, los profesores URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, para quienes si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 LSA, aunque el abstencionista o el que vota en blanco no ha votado ni a favor ni en contra del acuerdo, su postura tiene el significado de tácita conformidad con el resultado que en la votación se

(14) El artículo 79.1 RCD dispone lo siguiente:

«Los acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la *mayoría simple* de los miembros presentes del órgano correspondiente, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución, las Leyes Orgánicas o este Reglamento».

(15) El artículo 93.1 RS dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas, y las que para la elección de personas se dispone en este Reglamento, los acuerdos se adoptarán por la *mayoría simple* de senadores presentes, siempre que lo esté la mitad más uno de los miembros del órgano de que se trate».

(16) RECODER DE CASSO, Emilio, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985, dirigidos por Garrido Falla, Fernando, pág. 1204.

(17) RIPOLLÉS SERRANO, *ob. cit.*, pág. 786.

produzca, en la medida en que, al no haber hecho constar su oposición al acuerdo, carecerá de legitimación para impugnarlo, no obstante, a los efectos del artículo 93 LSA (18), la mayoría que regula este artículo «ha de calcularse, pues, sobre los votos concurrentes a la junta sin que para cada acuerdo en concreto puedan deducirse las abstenciones, los votos en blanco, o los que resulten invalidados» (19).

Frente a esta postura, por el contrario, otro sector doctrinal sostiene que no se deben computar las abstenciones, los votos en blanco ni los votos nulos. En esta línea, se enmarca, por ejemplo, la RDGRN de 11 de marzo de 1980, que consideró que la mayoría que exigía el artículo 48 LSA de 1951 (equivalente al art. 93 LSA de 1989) debía tomar como base para el cómputo la mayoría de votos emitidos, excluyendo las abstenciones. También propugna esta solución el Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 294/1, de 10 de noviembre de 2001), que prescribe que «los acuerdos de la Junta General se tomarán por mayoría de *votos válidos emitidos*» (art. 57) (20), disponiendo expresamente que «no se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo» (art. 58) (21).

La misma doctrina se sigue en el artículo 53.1 LSRL, según el cual: «(l)os acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los *votos válidamente emitidos* [...]. No se computarán los votos en blanco». Idéntico criterio rige para las sociedades cooperativas, ya que el artículo 28.1 de la Ley 27/1999, de 16 de

(18) El artículo 93.1 de la LSA (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), disponía que: «Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán *por mayoría* en los asuntos propios de la competencia de la junta». La imprecisión de este texto ha llevado a unos a interpretar que establecía una mayoría simple, mientras que otros, por el contrario, sostenían que la mayoría que contemplaba la norma era la mayoría absoluta. A favor de la interpretación que propugnaba la mayoría simple se pronunció la RDGRN de 11 de marzo de 1980, que atiende a «la mayoría de votos emitidos», por el contrario, la interpretación que defendía la mayoría absoluta se sostuvo en la STS de 19 de diciembre de 2001 (núm. 1183/2001).

(19) URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, y MUÑOZ PLANAS, José María, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo V, Civitas, Madrid, 1991, pág. 34.

(20) Este artículo dispone lo siguiente:

«Los acuerdos de la Junta General se tomarán por mayoría de votos válidos emitidos, salvo que el presente Reglamento o, en su defecto, la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE requieran una mayoría más amplia».

(21) Este artículo dispone lo siguiente:

«No se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo».

julio, de Cooperativas, establece que: «(e)xcepto en los supuestos previstos en esta Ley, la Asamblea General adoptará los acuerdos por más de la mitad de los *votos válidamente expresados*, no siendo computables a estos efectos los votos en blanco ni las abstenciones».

Finalmente, el reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (*BOE* de 3 de julio), y que deroga la LSA y la LSRL, siguiendo en gran medida lo ya establecido en las normas que se derogan clarifica algo más las cosas. Así, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 198 reitera lo que ya establecía el citado artículo 53.1 LSRL, al disponer que para alcanzar la que denomina «mayoría ordinaria», «los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los *votos válidamente emitidos*», precisando que «(n)o se computarán los votos en blanco», por lo que parece claro que en el cómputo de la mayoría quedarían excluidos los votos nulos, por no haber sido «válidamente emitidos», los votos en blanco, por mandato expreso de la ley, y tampoco deberán computarse las abstenciones en la medida en que el que se abstiene no emite ningún voto, ya que opta por ejercer su derecho de voto no votando. Por su parte, en el supuesto de las sociedades anónimas, el artículo 201.1 establece ahora que «los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados», con lo que deja sin resolver, al menos, expresamente, cuál debe ser el tratamiento que debe darse a las abstenciones y a los votos en blanco, así como a los votos nulos en la formación de la mayoría que califica de «mayoría ordinaria».

De lo que dejamos señalado puede comprobarse como no solo la doctrina sino también la legislación han tomado posturas distintas a la hora de fijar los efectos de la abstención, del voto en blanco y del voto nulo. Por ello, debemos hacer algunas precisiones generales sobre estos tres supuestos.

Por lo que se refiere a la abstención, consiste en aquel supuesto en el que estando la persona legitimada para votar presente en el momento de la votación, ya que en otro caso estaríamos hablando del ausente y, por tanto, en condiciones de ejercer el derecho de voto, opta por no emitir su voto a favor o en contra del acuerdo. Jurídicamente hablando no es correcto decir que el que se abstiene no ejerce su derecho de voto, el abstencionista ejerce su derecho de voto optando por no votar. El ejercicio del derecho de voto puede manifestarse, positivamente, emitiendo el voto a favor o en contra de la propuesta correspondiente o, negativamente, absteniéndose de votar, no emitiendo el voto. El que se abstiene, al ser titular del derecho de voto estaba legitimado para votar a favor o en contra y, por supuesto, para no votar. La abstención es una voluntaria y deliberada dejación del derecho a expresar el criterio que se sostiene respecto del acuerdo sometido a votación. Lo que expresa el que se abstiene es que no quiere votar ni en sentido afirmativo o positivo ni en sentido negativo, ni a favor ni en contra del acuerdo.

En todo caso conviene precisar que la abstención no equivale al silencio. En el caso del silencio, una vez superadas las viejas reglas según las cuales el que calla ni afirma ni niega o el que calla consiente (*qui tacet, consentire videtur*), la doctrina acepta pacíficamente que el silencio puede valer como declaración de voluntad cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que el que puede y debe hablar, si no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe (SSTS de 24 de noviembre de 1943 y 17 de noviembre de 1995). Por ello, el que calla, consiente, si podía impedirlo oponiéndose (*tacens consentit si contradicendo impedire poterat*). Sin embargo, este esquema que rige el valor del silencio en la formación de las declaraciones de voluntad negociales no puede aplicarse a la abstención. El que se abstiene no está obligado a votar, podía hacerlo a favor o en contra del acuerdo sometido a votación, pero si opta por la abstención este hecho no puede interpretarse como equivalente a una aceptación que debe añadirse a los votos positivos ni como una oposición que se suma a los votos negativos. La abstención expresa únicamente que no se ha tomado postura por el acuerdo sometido a votación, dejando la decisión de asunto sometido a votación a la voluntad de los demás, que con su voto positivo o negativo, aprobarán o rechazarán el acuerdo. Por ello, lo más que se puede derivar de la abstención es la falta de legitimación del abstencionista para impugnar posteriormente el acuerdo. No votó a favor del acuerdo pero tampoco votó en contra del mismo, por lo que los que votaron a favor deben tener la seguridad de que el abstencionista tampoco podrá impugnarlo.

Por lo que respecta al voto en blanco, es cierto que en este caso se ha ejercitado el derecho de voto de una forma positiva, emitiendo el voto, sin embargo, esa emisión del voto se ha hecho sin expresar ni la aceptación (voto positivo o afirmativo) ni el rechazo (voto negativo) al acuerdo sometido a votación. El que vota en blanco no ha querido votar ni a favor ni en contra del acuerdo. Por ello, en cuanto a sus efectos debe asimilarse a la abstención, ya que si bien entre la abstención y el voto en blanco existe la diferencia de que en la abstención no se ha emitido el voto, ya que el ejercicio del derecho de voto se ha expresado no votando, en el caso del voto en blanco se ha emitido el voto pero no se ha querido ni apoyar ni rechazar el acuerdo, por lo que no puede valer tampoco ni como voto positivo ni como voto negativo.

Finalmente, por lo que respecta al voto nulo es un voto que si bien es un voto emitido, por resultar inválido debe reputarse ineficaz, como no producido: *quod nullum est nullum effectum producit*. El caso más significativo de voto nulo es el voto que se emite sometido a condición (por ejemplo, voto a favor del acuerdo sometido a votación siempre que sea el que más votos positivos obtenga o, viceversa, voto en contra si los demás también votan mayoritariamente en contra).

3. LOS DERECHOS DE ASISTENCIA, DELIBERACIÓN Y VOTO EN LA JUNTA. SU EJERCICIO POR REPRESENTANTE

Todo propietario, como miembro nato de la Junta de Propietarios que es, tiene los derechos *políticos* (22) de asistencia, deliberación (o de voz) y voto. Estos derechos, sin embargo, no han sido configurados por el legislador como derechos personalísimos, razón por la cual pueden ejercerse de forma personal y directa, mediante la asistencia del propietario a la reunión, o pueden realizarse a través de un representante del propietario que asista a la Junta en su nombre.

El representante del propietario puede serlo, como especifica el artículo 15 LPH, tanto por representación legal como por representación voluntaria.

En el caso de la representación legal nada dice la ley sobre la forma en que debe acreditarse la representación pero, por analogía con lo que se dispone para el caso de la representación voluntaria, hay que entender que bastará con que el representante aporte algún documento que pruebe su condición de representante legal del propietario que dice representar. Así, cuando el propietario sea un menor edad sujeto a patria potestad bastará con que el padre o la madre que asista a la Junta acredite (mediante el libro de familia o una certificación del Registro Civil) la relación de parentesco que determina su representación legal (art. 154 del CC), incluso cabe omitir esta documentación si resultase notoria para los miembros de la Junta la condición de progenitor o de representante legal del propietario menor de edad. En el supuesto de que se trate de un menor de edad o incapacitado sujeto a tutela será suficiente con que el tutor que asista a la Junta acredite su representación, por ejemplo, con la aportación de la correspondiente sentencia judicial que acuerde la tutela y la representación legal (arts. 222 y 267 del CC).

En el caso de la representación voluntaria, que es el supuesto más normal y frecuente, la ley es sumamente antiformalista y exige únicamente que la persona que asista a la Junta alegando hacerlo en nombre de un propietario acredite su condición de representante mediante la presentación de un simple «escrito firmado por el propietario» poderdante (art. 15.1 LPH). Teniendo en cuenta esta norma, que solo requiere un documento privado firmado por el propietario, en la práctica se ha extendido el uso de añadir al final del escrito de convocatoria un apartado, que incluye una suerte de formulario, en el que

(22) Al calificarlos de *políticos* no estamos diciendo que se trate de derechos de participación política de carácter público, simplemente queremos destacar que los derechos de asistencia, deliberación y voto que ostentan los propietarios que integran la propiedad horizontal, son derechos que tiene el propietario en el ámbito del gobierno y toma de decisiones que afectan a los asuntos de la comunidad de propietarios, para diferenciarlos de los derechos que podríamos llamar propiamente civiles o sustantivos y que son los que configuran el contenido civil o patrimonial del propietario en cuanto titular de la propiedad horizontal.

el propietario puede apoderar o conferir su representación a otra persona para asistir a la Junta para la que se le convoca, de modo que la acreditación del apoderamiento se realiza mediante la presentación de este escrito, que se recorta del escrito de convocatoria, debidamente firmado por el propietario, siendo normalmente el representante otro de los propietarios de la finca, aunque nada impide que la representación se confiera mediante un escrito distinto suscrito por el propietario poderdante o, incluso, mediante un apoderamiento notarial.

Partiendo del principio de proporcionalidad que debe presidir en todo momento las formalidades relacionadas con la actuación de la Junta, puede concluirse que cuando una persona asista a la Junta alegando ostentar la representación de un propietario, el Presidente y el Administrador o Secretario-Administrador deben examinar el documento privado de apoderamiento en que funde su representación el que dice ser representante, reteniendo y conservando este documento con la demás documentación que resulte pertinente de la Comunidad [art. 20.e) LPH] verificando, dentro de sus limitaciones, la existencia y autenticidad de la firma del propietario poderdante, así como comprobar la identidad del representante y, en caso de duda, deben permitir la asistencia del representante a la Junta sin perjuicio de que sí, con posterioridad, se demostrase que la representación invocada era inexistente, puedan ejercitarse contra el *falsus procurator* las acciones legales que deriven de la falsa representación.

La ley contempla la hipótesis de que la finca independiente susceptible de propiedad separada pertenezca a una pluralidad de propietarios en comunidad romana o *pro indiviso*. En este supuesto, la ley no permite que todos los propietarios puedan asistir a la Junta ni que cada uno de ellos tengan derecho de voz ni derecho de voto, por lo que parafraseando el principio «un hombre, un voto», alcanzamos a decir que rige en este caso el principio que podríamos expresar con esta fórmula: «una finca o unidad inmobiliaria independiente, un solo derecho de asistencia, de voz y de voto en la Junta» (23). Por ello, el artículo 15.1.2.º LPH dispone que en este supuesto los diferentes propietarios deberán nombrar («nombrarán», dice imperativamente el precepto) «un representante para asistir y votar en las Juntas». Esta representación puede recaer

(23) En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia (diciembre de 1991), elaborado por la Sección 1.ª de la Comisión General de Codificación (en adelante BALCI), cuyo texto se recoge en el libro, *Conjuntos Inmobiliarios y Multipropiedad*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 179 y sigs., al regular el «(D)erecho de asistencia y voto», disponía en el artículo 18.2 lo siguiente: «(E)l derecho de asistencia y voto correspondiente a cada propiedad separada *será ejercitado por una sola persona* y bastará al efecto que tenga poderes o facultades de administración ordinaria. Si sobre la propiedad separada está constituido, a su vez, un subconjunto inmobiliario, el derecho de voto corresponderá a su presidente».

en uno de los propietarios o en un tercero. La decisión de quien debe ser el propietario o el tercero que asista a la Junta en representación de todos los comuneros corresponde a éstos conforme al criterio de la mayoría (de intereses o capital) que el artículo 398 del Código Civil exige para la adopción de los actos de administración y mejor disfrute de los bienes comunes. Sin embargo, cuando el que asista a la Junta sea uno de los comuneros y alegue que ostenta la representación de los demás propietarios no será necesario que aporte documento alguno que acredite la representación que dice ostentar, ya que su condición de propietario debe considerarse suficiente, conforme a los artículos 394 y 448 del Código Civil, para presumir frente a terceros (la Junta de Propietarios) su legitimación para asistir y votar en la Junta, todo ello, claro está, sin perjuicio de las acciones y responsabilidades que puedan derivarse en la relación *ad intra* entre los diversos copropietarios cuando el propietario que asista a la Junta no se haya ajustado a las decisiones, instrucciones o indicaciones que hubieran adoptado la mayoría de los propietarios a la hora de tomar postura en los diferentes asuntos del orden del día de la Junta. Es más, cabe sostener que en algunas decisiones que supongan un verdadero acto de disposición sobre la cosa o unidad inmobiliaria independiente común (por ejemplo, consentir una reducción de la cuota de participación atribuida a la finca, consentir la aprobación de una norma estatutaria que implique el establecimiento de una limitación o prohibición de uso del piso o local común que antes no existía), deberá exigirse el acuerdo unánime de los comuneros (art. 397 del CC).

Cuando la finca independiente susceptible de propiedad separada esté gravada con algún derecho real limitado (usufructo, uso, habitación, hipoteca, servidumbre, enfiteusis, etc.), hay que distinguir el caso del usufructo de los demás derechos reales en cosa ajena, ya que la ley solo se ocupa de regular la situación del usufructo.

En el caso del usufructo, el artículo 15.1.3.º LPH dispone que «la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario», por consiguiente, siempre que sobre el piso o local esté constituido un derecho real de usufructo el derecho de asistencia, y por ende el de voz, así como el derecho de voto vienen atribuidos legalmente al nudo propietario. No obstante, dado que normalmente a quien más afectarán los asuntos que puedan decidirse en la Junta será al usufructuario que, además, será el que mejor conocimiento tenga de las cuestiones a debatir en la reunión, por lo que el propietario tenderá a marginarse de las Juntas, el artículo 15.1.3.º LPH sienta la presunción *iuris tantum*, que podrá desvirtuarse por manifestación en contrario del nudo propietario, de que el usufructuario es el representante del primero, por lo que podrá asistir a la Junta en representación del nudo propietario ejercitando en su nombre los derechos que a éste le asisten sin necesidad de acreditar o probar su representación. Sin embargo, las facultades de representación que el artículo 15.1.3.º

LPH atribuye al usufructuario son limitadas, pues, se reducen a la decisión de los asuntos relacionados con los actos de conservación y administración ordinaria de la finca, por cuanto la propia ley especifica que cuando se trate de decidir (votar) acuerdos para los que la ley exija el requisito de la unanimidad o una de las mayorías especiales «a que se refiere la regla primera del artículo 17» o se trate de la aprobación «de obras extraordinarias y de mejora», el usufructuario solo podrá ejercitar en nombre del nudo propietario el derecho de voz o de deliberación en la Junta sin que pueda ejercitar el derecho de voto, para el que necesitará tener conferido un poder de representación expreso del nudo propietario, lo que requerirá la aportación del correspondiente documento de apoderamiento que, podrá concederse mediante un simple documento privado, ya que la ley solo exige que se trate de un apoderamiento expreso, sin especificar la forma del mismo.

Respecto de los demás derechos reales limitados, como hemos dicho, la ley guarda silencio del que cabe inferir que en estos supuestos el único que tiene derecho de asistencia, de voz o deliberación y de voto en la Junta es el propietario, por tanto, ni el usuario, ni el habitacionista, ni el acreedor hipotecario, ni ningún otro titular de derechos reales limitados que tienen por objeto la finca independiente pueden asistir a la Junta, salvo que lo hagan como representantes voluntarios del propietario en los términos que hemos visto. En el caso de la enfiteusis y aunque el tema podría discutirse, en atención a la teoría del dominio dividido que considera que en la enfiteusis existen dos propietarios: el titular del dominio directo y el titular del dominio útil o enfiteuta, con arreglo a lo que prescriben los artículos 1633 y 1635 del Código Civil lo más acertado es entender que el único que tiene derecho de asistencia a la Junta y, por ende, el derecho de voto o de deliberación y el derecho de voto es el enfiteuta.

La conclusión de todo lo expuesto es que el propietario puede asistir a la Junta bien personalmente o bien representado. En ambos casos, se le debe considerar presente en la Junta, por lo que su asistencia y el sentido de su voto deberán ser tenidos en cuenta a los efectos de conformar la mayoría personal y patrimonial que la ley exige tanto para la constitución de la Junta como para la adopción válida de acuerdos, ello sin perjuicio de que, cuando resulte aplicable la privación de su derecho de voto, esta sanción deba producir los efectos legalmente previstos.

4. MAYORÍA PERSONAL Y MAYORÍA DE INTERESES. EL SISTEMA DE LA DOBLE MAYORÍA

Estudiados los tipos de mayoría que cabe diferenciar en la adopción de acuerdos por parte de los órganos colectivos o colegiados (sociedades mer-

cantiles, asociaciones, parlamentos, etc.), debemos analizar ahora la distinción entre la llamada *mayoría personal* o de cabezas y la *mayoría de intereses*, mayoría patrimonial o mayoría económica (24). Estos dos tipos de mayoría, aunque también están presentes en la adopción de acuerdos en otras asambleas u órganos colegiados como es el caso de las sociedades mercantiles, ofrece ciertas especialidades en el régimen de la propiedad horizontal lo que aconseja que le dediquemos un apartado separado.

En este sentido, en el régimen de la propiedad horizontal, a diferencia de lo que sucede en la comunidad de bienes en la que lo único relevante para la formación de la mayoría es la mayoría patrimonial o de intereses representada por la mayoría de las cuotas o porciones indivisas de los comuneros (25), el legislador establece para la obtención de las mayorías que regula la concurrencia acumulada de la doble mayoría personal y de intereses.

La cuestión es importante porque el legislador la tiene presente en todo su articulado a la hora de regular tanto el *quórum* de constitución de la Junta como el régimen de adopción de los acuerdos comunitarios. Así lo eviden-

(24) En el ámbito de las sociedades mercantiles el sistema de la doble mayoría suele expresarse distinguiendo entre el llamado elemento *viril* (del latín *vir*, varón), que determinaría la llamada mayoría viril, y el elemento *real* (del latín, *res*, cosa), que conformaría la llamada mayoría real. La mayoría viril hace referencia a la mayoría que se obtendría por el voto de los socios o accionistas, mientras que la mayoría real remite a la mayoría que se conformaría con el valor económico que representa la acción o participación social de cada uno de los socios que votan en la Asamblea o Junta General de socios o accionistas. De este modo, en la toma de decisiones sociales se ponderan los intereses puramente subjetivos de los socios (elemento viril), con los intereses estrictamente económicos representados por el valor de cada acción o participación de que disfruta el socio o accionista. Con todo, las expresiones elemento viril y elemento real resultan un tanto arcaizantes e inadecuadas. En primer lugar, porque actualmente la igualdad y relevancia social de la mujer no aconseja referirnos al elemento personal con una palabra como viril que se remite exclusivamente al varón. En segundo lugar, porque hablar de elemento real no es enteramente preciso desde el momento en que lo que se quiere expresar con este concepto no son las cosas propiamente dichas sino el valor económico o los intereses de carácter patrimonial que en la sociedad representa la participación de cada socio o accionista en el capital social. Por ello, en definitiva, resulta más acertado hablar de mayoría personal y de mayoría de intereses como hacemos en el texto.

(25) Así lo establece el artículo 398 del Código Civil cuando dispone lo siguiente: «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituya el objeto de la comunidad».

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 769, entiende que por mayor cantidad de intereses lo que la norma dice es que «es necesario que voten a favor del acuerdo partícipes cuyos votos representen más del cincuenta por ciento», es decir, se necesita la presencia de una mayoría absoluta pero de intereses o de cuotas. Por ello, resulta irrelevante el número de comuneros o de partícipes con el que se consiga esta mayoría, razón por la cual, si un solo propietario reuniera en su patrimonio dicha mayoría ya no tendría que contar con el resto de los comuneros para realizar actos de administración de la cosa común.

cia la simple lectura del párrafo tercero del artículo 16.2 LPH, que se ocupa del llamado *quórum* de constitución o de asistencia, y de las reglas del artículo 17 LPH, que regulan el llamado *quórum* de decisión o, si se prefiere, las mayorías exigibles para la válida aprobación de los acuerdos comunitarios.

Con el sistema de la doble mayoría el legislador trata de armonizar el principio democrático, que atiende a la voluntad de la mayoría de las personas o propietarios que integran la propiedad horizontal (mayoría personal), con el principio patrimonial, que se fija en la mayoría económica de intereses o de las cuotas de participación en la propiedad horizontal (mayoría patrimonial o de intereses). De este modo, para la formación de las mayorías que se necesitan para la válida adopción de un acuerdo comunitario la ley tiene en cuenta el elemento personal o subjetivo de la propiedad horizontal (número de propietarios), y el elemento real u objetivo de dicha propiedad (el valor económico de las cuotas de participación asignadas a cada unidad inmobiliaria independiente en el título constitutivo: art. 5 LPH). Con ello se persigue lograr un equilibrio entre los intereses netamente subjetivos que afectan a las personas (propietarios) que conforman la propiedad horizontal, y los intereses de carácter real, objetivo, patrimonial o económico que expresan las cuotas de participación de cada propietario, ponderando ambos intereses, para evitar, como apunta VENTURA-TRAVERSE, la prepotencia de un solo propietario, cuando sea titular de varios pisos o locales, sobre los restantes propietarios y a la inversa, que la voluntad de varios propietarios con cuotas individuales muy reducidas pueda imponerse a un propietario de una sola finca pero con una cuota de participación elevada (26).

En la formación de la mayoría personal o de cabezas lo relevante es el voto de los propietarios que integran la situación de propiedad horizontal. Para determinar la base numérica de las personas que han de ser tenidas en cuenta para conformar la mayoría personal hay que atender al número total de unidades inmobiliarias independientes (pisos o locales) en que esté dividido el edificio o la propiedad horizontal en cuestión. De este modo, cada unidad inmobiliaria se debe computar como un propietario. Así lo vendría a confirmar el artículo 15.1.2.º LPH cuando dispone que si la vivienda o local perteneciese *pro indiviso* a diferentes propietarios, éstos nombrarán un representante para asistir y votar en las Juntas, lo que evidencia que para conformar la mayoría personal o de cabezas en la Junta el legislador ha querido que cada unidad inmobiliaria o departamento independiente solo puede contar en la Junta con un representante y, por consiguiente, con un voto, aunque la finca pertenezca a una pluralidad de propietarios. La regla que analizamos podría expresarse en el siguiente principio: «un departamen-

(26) VENTURA-TRAVERSE, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, 2007, pág. 515.

to, un propietario a computar en la Junta, y por tanto, también un solo voto en la Junta» (27).

Sentado, por tanto, que habrá tantos propietarios con derecho a voto en la Junta como fincas o unidades inmobiliarias independientes conformen la propiedad horizontal, lo que vendrá determinado por el título constitutivo, ya que es en este acto o negocio de configuración jurídica donde se deben establecer los pisos, locales o unidades inmobiliarias que integran el conjunto inmobiliario sujeto a la propiedad horizontal (arts. 5 LPH y 8.4.º LH), surge el problema de determinar cuántos votos puede emitir un propietario que reúne en su persona o patrimonio la propiedad de varias unidades inmobiliarias. Una solución sería reconocerle en la Junta tantos votos personales como pisos o locales tiene en propiedad a los efectos de conformar la mayoría personal. Esta solución, sin embargo, supone conceder demasiada primacía al propietario de varias fincas en perjuicio de los derechos del resto de los propietarios, ya que resultaría que siempre su voto sería decisivo a la hora de adoptar acuerdos. El tema es importante porque el legislador, apartándose de la regulación prevista para la comunidad de bienes en el artículo 398 del Código Civil, que solo atiende al criterio económico o mayoría de intereses, ha querido que en la propiedad horizontal la adopción de los acuerdos comunitarios se realice teniendo en cuenta las dos mayorías, la personal y la de intereses. Evidentemente, el propietario que lo es a la vez de varios pisos o locales tendrá, en el plano económico, más peso que los demás propietarios en la medida en que la suma de las cuotas de participación asignadas a cada una de sus propiedades le otorga mayor poder de decisión a la hora de conformar la mayoría de intereses, por ello, si además se le permitiera disponer de tantos votos como fincas tiene en propiedad, resultaría que su postura es decisiva no solo para conformar la mayoría personal sino también la mayoría de intereses, lo que no ha sido querido por el legislador.

Sin embargo, el silencio de la ley sobre este supuesto ha determinado que la doctrina se encuentre dividida entre quienes consideran que el propietario que lo es de varios pisos o locales debe ostentar tantos votos como unidades inmobiliarias independientes tiene en propiedad, y los que, por el contrario, consideran que en estos casos el propietario solo debe tener un voto a la hora de formar la mayoría personal aunque tenga varios departamentos en propiedad. La primera solución fue inicialmente defendida por FUENTES LOJO, aunque posteriormente ha rectificado su postura y considera que este crite-

(27) En el BALCI citado se mantenía el mismo principio que se deja señalado en el texto, ya que su artículo 20.4 disponía lo siguiente: «En las mayorías personales se computará un voto por cada propietario, cualquiera que sea el número de propiedades separadas de que sea titular. Si sobre una o varias propiedades separadas hay cotitularidad, se computarán tantos propietarios como cotitulares mientras no excedan del número de las propiedades sujetas a la misma cotitularidad».

rio o conclusión no parece clara (28). La segunda ha sido propugnada por VENTURA-TRAVERSESET (29), y la siguen también CARRASCO PERERA (30) y LLAMAS POMBO (31), entre otros. Esta segunda solución es la que seguía también el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia (diciembre de 1991), elaborado por la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación, que en su artículo 20.4 disponía expresamente que «(e)n las mayorías personales se computará un voto por cada propietario, cualquiera que sea el número de propiedades separadas de que sea titular».

El problema ha sido resuelto definitivamente por la jurisprudencia en las SSTs de 13 de octubre de 1982 y de 10 de febrero de 1995 (sentencia núm. 87/1995), seguida pacíficamente por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales. En tal sentido, pueden citarse, entre otras muchas, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a), número 82/2002, de 1 de febrero, dictada en el recurso de apelación 813/2001, y la SAP de Murcia (Sección 5.^a), núm. 232/2005, de 1 de julio, dictada en el recurso de apelación 147/2005.

La STS, de 13 de octubre de 1982, declara que: «*la mayoría personal debe computarse conceptuando a los copropietarios de cada espacio (apartamento o local) como un solo y único propietario, por así resultar del párrafo 2.º del artículo 14 (32), al igual que los propietarios de varias fincas integradas en la comunidad constituyen un único elemento personal*» (CONSIDERANDO 3.º).

Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1995 centra la cuestión litigiosa con estas palabras: «*El problema, en efecto, relativo a si cada propietario dispone de un solo voto o de tantos como apartamentos o pisos de su pro-*

(28) FUENTES LOJO, Juan V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, Tomo I, 1979, Librería Bosch, Barcelona, reimpresión de 1990, pág. 830. En igual sentido, el mismo autor, *La Ley de Propiedad Horizontal después de la Reforma de 6 de abril de 1999*, Tomo I, José María Bosch, Barcelona, 2000, pág. 551.

(29) VENTURA-TRAVERSESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 2007. Este autor afirma al respecto lo siguiente: «La cuestión no es clara pero, si razonamos que la Ley ha pretendido evitar la preponderancia excesiva de unas personas sobre otras, teniendo en cuenta, de otro lado, que su mayor cuota en el porcentaje de participación (la del propietario que lo es de varios pisos o locales) que también se exige y habrá de tenerse en cuenta para la validez del acuerdo, nos inclinamos por estimar que el cómputo se debe hacer por personas individuales una a una, computando como un voto el del propietario de varios pisos o locales y donde haya varios propietarios proindiviso de un piso, al representante único de que habla el artículo 15, contándose también, como un voto, el del usufructuario y nudo propietario» (pág. 515).

(30) CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 542.

(31) LLAMAS POMBO, Eugenio, *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por M. Cuadrado, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 574-576.

(32) Actualmente dicha regla viene recogida en el párrafo segundo del artículo 15.1 LPH.

piedad tenga dentro de la misma comunidad de propietarios para la obtención de las mayorías exigidas legalmente como quórum necesarios en orden a la validez de los acuerdos de la Junta de Propietarios, no está resuelto de manera explícita por la norma y, por ello, ha dado ocasión a dudas doctrinales sobre el criterio a seguir. Frente, en efecto a la interpretación que propugna la sentencia recurrida, cabe mantener —como dice la sentencia de primera instancia— que la Ley exige en ambas convocatorias la concurrencia de dos mayorías, la personal, en la que se contabilizan individualmente el voto de cada uno de los propietarios que forman la comunidad, con independencia del número de apartamentos, viviendas o locales de los que sean propietarios, y la mayoría económica, en la que se tiene en cuenta la cuota de participación de cada propietario, cuota que se obtiene sumando todos los coeficientes que correspondan a cada apartamento individualizado, y que consta o debe constar en el título constitutivo de la comunidad, como establece el artículo 5.º, párrafo 2.º de la Ley de Propiedad Horizontal...» (FD 2.º). Centrado el problema, sienta la siguiente importante doctrina: «Esta Sala acepta la interpretación que asigna un voto a cada propietario, ya sea propietario de un solo piso o apartamento o local individualizado o de varios dentro del mismo inmueble sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, al margen, claro es, de la mayor o menor cuota de participación de que disponga, bien sea por un piso o local, bien sea como resultado de la suma de los correspondientes a varios pisos o locales, cuota individual o global que se computará en su totalidad en la formación de las mayorías de las cuotas de participación. La Ley ha establecido dos mayorías que se conjugan para la validez de los acuerdos (art. 16.2.º), mayoría del total de los propietarios y mayoría de las cuotas de participación; estas mayorías son, en segunda convocatoria, mayoría de los asistentes que represente a su vez la mitad del valor de las cuotas de los presentes. Es decir, se ponderan dos elementos: uno personal y otro económico. Si la voluntad de la Ley hubiera sido la valoración de la persona-propietario exclusivamente por su representatividad económica manifestada en la cantidad de sus cuotas de participación en la propiedad conjunta la solución más lógica habría pasado por la eliminación del elemento personal como factor corrector o de equilibrio frente a la mera representatividad económica. Mas su inclusión y permanencia en la ley sugiere una mayor coherencia de la solución que se inclina por el postulado “un propietario, un voto”, con independencia de sus cuotas de participación, criterio que, como más aconsejable, merece ser acogido. Es verdad que la ley no resuelve el problema concreto de manera clara. Mas sí aparece nítidamente que la ley no ha querido otorgar una preponderancia total de unos propietarios (los más fuertes) sobre otros (los más débiles), no obstante ponderar la importancia de las cuotas de participación. En consecuencia el cómputo ha de hacerse por personas una a una, es decir, de modo que tenga

un solo voto el propietario de varios pisos. Por ello, se estima el motivo casacional invocado» (FD 3.º).

Establecido que cada propietario solo dispone de un voto para conformar la mayoría personal, sea cual sea el número de pisos o locales que tenga en propiedad, dos son los problemas que plantea esta regla.

En primer lugar, debe tenerse presente que en los casos en los que el propietario de varios departamentos intente burlar la regla que le atribuye un único voto personal, mediante el artificio de asistir a la Junta personalmente, en su calidad de propietario de uno de los departamentos y, a la vez, atribuir su representación a otra persona para que asista a la Junta en calidad de propietario de otro de sus departamentos, con la finalidad de disponer así de dos votos en la Junta, el suyo personal, por uno de sus departamentos, y el voto que ejercitaría en su nombre su representante, por otro de los pisos o locales también de su propiedad. Esta forma de proceder, que se intenta en algunas ocasiones, entraña un genuino acto en fraude de ley (art. 6.4 del CC), por lo que debe tener aplicación la norma que se pretende eludir y, en consecuencia, en estos supuestos solo se le permitirá ejercer un derecho de voto.

La segunda cuestión a tener en cuenta es que, tras la reforma de la Ley 8/1999, el propietario moroso con las deudas de la comunidad, en los términos previstos en los artículos 15.2 y 16.2, párrafo primero LPH, está privado del derecho de voto en la Junta. Esta sanción plantea el problema de que sucede con un propietario que lo es de varios departamentos si es deudor respecto de uno de ellos, estando plenamente al corriente en las deudas con la comunidad respecto de otro u otros departamentos. En estos casos, caben dos soluciones. Por un lado, cabe sostener que dado que el derecho de voto del propietario es único e indivisible, sea cual sea el número de departamentos de su propiedad, la privación del derecho de voto le impide votar en la Junta, no computándose a los efectos de determinar la mayoría correspondiente su voto ni para conformar la mayoría de propietarios (mayoría personal) ni para la formación de la mayoría que resulta de las cuotas de participación que reúne en su patrimonio por razón de su condición de propietario de los diversos departamentos de su propiedad (mayoría de intereses). Frente a esta solución cabe defender, por el contrario, que puesto que las normas que imponen sanciones y limitan derechos deben interpretarse y aplicarse restrictivamente (art. 4.2 del CC y principio *odiosa restringenda, favoralia amplianda*), lo que procede es permitir al propietario moroso que disponga de su voto personal en la medida en que es propietario de una unidad inmobiliaria respecto de la que se encuentra al corriente de pago de las deudas con la comunidad, computando, en el plano patrimonial, a los efectos de formar la mayoría de intereses únicamente las cuotas de participación de los departamentos respecto de los cuales no es moroso con la comunidad. En mi opinión, creo que lo más razonable es inclinarse por la segunda solución,

permitiendo votar al propietario moroso, a fin de formar la mayoría personal, pero computando únicamente, a los efectos de determinar la mayoría de intereses, las cuotas de los departamentos respecto de los cuales se halla al corriente de pago de las deudas con la comunidad (33).

5. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Otra de las distinciones que es preciso efectuar en el estudio de la materia que nos ocupa es la que obliga a diferenciar entre la mayoría que se necesita para la válida constitución de la Junta de Propietarios, a la que se denomina *quórum* de constitución, *quórum* de asistencia o, simplemente, *quórum*, y la mayoría necesaria para la válida aprobación de los acuerdos comunitarios, a la que podríamos denominar *quórum* de decisión o de adopción de acuerdos. Por ello, resulta conveniente que las estudiemos por separado.

6. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA

Al estar formada la Junta por la totalidad de los propietarios que integran la comunidad de propietarios, una vez debidamente convocada la Junta y citados los propietarios con los requisitos legales para que asistan a ella, para que quede válidamente constituida y pueda comenzar a funcionar y ejercer sus competencias es necesario, finalmente, que asistan a la reunión un número mínimo de propietarios. Sin la asistencia de este número mínimo de propietarios no puede hablarse de celebración de Junta. Este requisito es lo que se denomina el *quórum* de asistencia, *quórum* de constitución o, simplemente, *quórum*.

La primitiva regulación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, no contenía ninguna previsión sobre el *quórum* de constitución, ya que la regla 2.^a del derogado artículo 16 solo se ocupaba de establecer la mayoría que se necesitaba para la válida aprobación de los acuerdos comunitarios sin mencionar para nada el *quórum* o número de propietarios que deberían concurrir a la Junta para poder considerarla válidamente constituida (34).

(33) Sobre esta interesante cuestión pueden verse las distintas posiciones que se recogen en la Encuesta Jurídica sobre este tema publicada en la revista SEPIN, propiedad horizontal, enero de 2001, núm. 210, págs. 4-10.

(34) El artículo 16.2.^a de la Ley 49/1960, de 21 de julio, disponía lo siguiente:
«Segunda. Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Sin embargo, partiendo del número mínimo de propietarios que deberían asistir a la Junta para que este órgano comunitario pudiera aprobar válidamente acuerdos de mera administración, se sostenía que esa misma mayoría debería ser la exigible para considerar que la Junta estaba válidamente constituida. Se argumentaba, en este sentido, que no era lógico admitir la válida constitución de una Junta que luego, por el número de propietarios asistentes a ella, no podría adoptar válidamente acuerdo alguno. Aunque este planteamiento no es del todo correcto en el plano teórico, ya que una cosa es el requisito que se necesita para que la Junta pueda considerarse válidamente constituida o celebrada (*quórum* de constitución o *quórum* de asistencia), y otra muy distinta las mayorías necesarias para que la Junta pueda aprobar válidamente acuerdos (*quórum* de decisión o de votación), sin duda, era una forma razonable de resolver la laguna legal que planteaba la falta de regulación expresa del *quórum* de constitución.

En todo caso, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, el legislador, con mayor acierto y rigor, precisa ahora en el párrafo tercero del artículo 16.2 LPH, el *quórum* de constitución o de asistencia, diferenciándolo del *quórum* de decisión o mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos, materia que regula en el artículo 17 LPH.

La ley fija ahora de forma expresa el *quórum* de asistencia necesario para la válida constitución de la Junta, tanto en primera convocatoria como en segunda convocatoria.

A) CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA EN PRIMERA CONVOCATORIA

En primera convocatoria, el inciso primero del párrafo tercero del artículo 16.2 LPH exige para que la Junta quede válidamente constituida que asistan a la reunión, personalmente o representados, «la mayoría de los propietarios que representen, a su vez, la mayoría de las cuotas de participación».

Lo primero que destaca de este *quórum* de constitución es que la base numérica que sirve para determinar el cómputo de la mayoría que la ley exige está referida al número total de los propietarios que integran la propiedad horizontal o conjunto inmobiliario de que se trate, y a la totalidad de las cuotas de participación. Por tanto, estamos hablando de una *mayoría absoluta*, ya que, como se sabe, la mayoría absoluta es aquella que concurre cuando se necesita más de la mitad de la base numérica tomada como base del cómputo.

Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera, y en la que serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes».

Esta mayoría absoluta, además, requiere que concurra simultáneamente la presencia de dos mayorías: una mayoría personal o de cabezas, y una mayoría de intereses o patrimonial.

Por lo que se refiere a la mayoría personal, la ley requiere que asistan a la reunión, como mínimo, un número de propietarios que alcance más de la mitad del número total de los propietarios que integran la propiedad horizontal o conjunto inmobiliario de que se trate. Como la base numérica aplicable para computar esta mayoría personal está referida al número total de unidades inmobiliarias independientes (pisos o locales) en que esté dividido el edificio o la propiedad horizontal en cuestión, cada unidad inmobiliaria se debe computar como un propietario.

Para conformar esta mayoría personal, por consiguiente, cada unidad inmobiliaria independiente se computará en la Junta como un propietario. Esto es así, aunque se trate de un piso que pertenece *pro indiviso* a varios propietarios. En este caso, no pueden asistir a la Junta ni votar en ella todos los copropietarios ya que, como dispone el artículo 15.1.2.º LPH, los copropietarios deben nombrar a un representante que será el que acuda a la Junta y a quien corresponderá, por tanto, ejercer los derechos de asistencia, de deliberación y de voto. Los pisos o locales en proindivisión, por tanto, solo tienen en la Junta un voto y se computan como un solo propietario. En el caso de que un solo propietario reúna en su persona o patrimonio la propiedad de varios pisos o locales, como tiene declarada la jurisprudencia en las SSTs de 13 de octubre de 1982 y de 10 de febrero de 1995, ya estudiadas anteriormente, a los efectos de calcular la mayoría personal solo computara su presencia en la Junta como la asistencia de un solo propietario. Ahora bien, como es propietario de varios pisos, la base numérica aplicable para calcular la mayoría de propietarios no debe aplicarse sobre el total de unidades inmobiliarias sino sobre el número total de propietarios realmente existentes en la propiedad horizontal.

Pero además de esta mayoría personal absoluta de propietarios se necesita la mayoría de intereses o de cuotas, ya que los propietarios asistentes a la Junta deben representar, a su vez, más de la mitad de las cuotas de participación de toda la comunidad, es decir, que con la asistencia de los propietarios a la Junta se encuentre representada en la reunión la mayoría absoluta de las cuotas de participación o de intereses del conjunto inmobiliario. Bastará, por tanto, con que los propietarios asistentes a la Junta reúnan en su patrimonio más del cincuenta por ciento de las cuotas totales de participación de la propiedad horizontal.

B) CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA EN SEGUNDA CONVOCATORIA

En segunda convocatoria, el inciso segundo del párrafo tercero del artículo 16.2 LPH dispone que la Junta podrá constituirse válidamente «sin sujeción a *quórum*». Con esta previsión legal, contrariamente a lo que se establece para la primera convocatoria, el legislador ha sido ampliamente flexible aceptando que la Junta quede válidamente constituida sin necesidad de que se respete ningún *quórum* de constitución, es decir, que la Junta se constituirá con el número de propietarios que asistan, sea cual sea este número. Al no precisar la ley mayores requisitos podría llegarse al absurdo de considerar que bastaría con que asistiese a la reunión un solo propietario para que pudiera tenerse por constituida la Junta, sin embargo, dado que la Junta es un órgano colectivo, lo que presupone una pluralidad de propietarios, lo más razonable es considerar que, como mínimo, deberán asistir a la reunión dos propietarios para que la Junta pueda considerarse legalmente constituida. Es más, partiendo de la consideración de que la Junta de Propietarios conforma un órgano colegiado de la propiedad horizontal, la aplicación del viejo principio *tria faciunt collegium* no hace irrazonable la interpretación del precepto en el sentido de que para que la Junta pueda considerarse válidamente constituida en segunda convocatoria deberían acudir a la reunión, como mínimo, tres propietarios. Apoyaría esta interpretación el hecho de que si solo asistieran a la reunión dos propietarios la Junta no podría nunca aprobar ningún acuerdo salvo que se adoptase por unanimidad, ya que bastaría con que cada uno de los dos propietarios asistentes votase de forma distinta para que no pudiera obtenerse la mayoría personal (ni la patrimonial si sus cuotas fueran idénticas), lo que, en definitiva, contradice el propio designio del legislador que al reducir el requisito o *quórum* de constitución en la segunda convocatoria trata de facilitar la constitución de la Junta con la finalidad de que pueda adoptar acuerdos por simple mayoría (art. 17.4.^a LPH) pese a la poca asistencia de propietarios a la reunión.

En todo caso, conviene recordar que la segunda convocatoria no es una segunda oportunidad para aprobar acuerdos que no pudieron aprobarse en la primera convocatoria de la Junta por no concurrir la mayoría de votos y de cuotas de participación que la ley exige para la válida adopción de los acuerdos comunitarios. Para que la Junta de Propietarios pueda celebrarse válidamente en segunda convocatoria, lo relevante y decisivo es que la Junta no haya podido celebrarse en primera convocatoria por no haber concurrido a la reunión el número mínimo de propietarios que la ley exige para que la Junta pueda considerarse válidamente constituida. En consecuencia, lo que permite la aplicación de la mayoría prevista para la válida aprobación de acuerdos en segunda convocatoria, es que en primera convocatoria la Junta no se haya celebrado por no reunirse el *quórum* de asistencia legalmente establecido y no

que no se haya podido aprobar el correspondiente acuerdo por no concurrir la mayoría de votos y de cuotas legalmente establecida (35).

Si convocada la Junta en primera convocatoria ésta llega a celebrarse por quedar válidamente constituida, y en ella se sometió a votación un determinado acuerdo y éste no se pudo aprobar por no reunirse la mayoría necesaria, nada impide que los propietarios puedan reconsiderar nuevamente el asunto en otra Junta incluyéndolo en el oportuno orden del día. Ahora bien, esta Junta será una nueva Junta a todos los efectos, por lo que deberá intentarse su celebración inicialmente en primera convocatoria, y si ésta no puede celebrarse por no alcanzarse el *quórum* necesario es entonces cuando procedería la celebración de la Junta en segunda convocatoria, en la que ya será aplicable la mayoría prevista para la adopción de acuerdos en segunda convocatoria. La segunda convocatoria es una segunda oportunidad para que la Junta pueda celebrarse, no una forma de aprobar los acuerdos que no pudieron aprobarse en la Junta de propietarios celebrada en primera convocatoria.

En todo caso, para el cómputo del *quórum* de asistencia o constitución de la Junta se deben tener en cuenta todos los propietarios que asistan a la reunión, aunque carezcan del derecho de voto (arts. 15.2 y 16.2.1.º LPH). Ello es así porque la privación del derecho de voto que se establece en el artículo 15.2 LPH constituye una sanción civil que solo priva al propietario moroso con las deudas de la comunidad de su derecho político de voto pero no de los derechos de asistencia a la Junta y de participación en sus deliberaciones, como expresamente señala el artículo 15.2 LPH (36).

Por supuesto, a los efectos de determinar el *quórum* necesario para la válida constitución de la Junta, habrá que atender a los propietarios que asistan a la Junta al tiempo de iniciarse ésta, aunque luego se ausenten de la misma. Lo relevante es que la Junta pueda empezar a funcionar, para ello lo único que se necesita es la presencia del número de propietarios que la ley requiere. Si después se ausentan de la Junta el tema ya no será un problema de constitución de la Junta sino, en su caso, una cuestión que afectará al *quórum* de decisión necesaria para aprobar válidamente acuerdos.

(35) En igual sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 480; y TORRES GARCÍA, Teodora F., *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por M. Cuadrado, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 512.

(36) La doctrina parece pacífica en aceptar que para la formación del *quórum* de asistencia o de constitución de la Junta se deben computar todos los propietarios que asistan a la reunión, incluidos los que estuvieran privados del derecho de voto. En esta línea se pronuncian: GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 480; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA SERVER, Rafael, *La Junta de Propietarios: Constitución, Acuerdos e Impugnación*, Aranzadi, 2000, págs. 125-126; TORRES GARCÍA, Teodora F., *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por M. Cuadrado, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 510-511.

A nuestro juicio, las normas que fijan los *quórum* de asistencia que la ley exige para la válida constitución de la Junta, ya sea en primera o en segunda convocatoria, son normas imperativas y de orden público en la medida en que están dirigidas a establecer la regulación orgánica de la Junta de Propietarios. Por esta razón, la autonomía privada no puede derogarlas, ni estableciendo más requisitos de los que la ley impone ni reduciéndolos. Por ello, no serán válidas aquellas normas estatutarias que, por ejemplo, establecieran un *quórum* de asistencia superior al legalmente previsto para la constitución de la Junta en primera convocatoria, o exigieran un *quórum* inferior al previsto en la ley para la constitución de la Junta en segunda convocatoria, o, incluso, que prescribieran la innecesariedad de la celebración de la Junta en segunda convocatoria, disponiendo que bastará la celebración de una única Junta, que quedaría siempre constituida fuera cual fuera el número de propietarios que asistieran a ella (37). En este sentido, conviene recordar que las normas que disciplinan el *quórum* de asistencia para la válida constitución de la Junta, hoy reguladas en el artículo 16.2.3.º LPH, están dirigidas a promover la participación de los propietarios en la deliberación de los asuntos comunitarios y no necesariamente a la adopción de acuerdos, lo que es materia del sistema de las mayorías correspondientes para la aprobación de los acuerdos comunitarios, de las que se ocupa el artículo 17 LPH (38).

Para finalizar el estudio del *quórum* de asistencia o de constitución de la Junta debemos recordar que la circunstancia de que la Junta se celebre en primera o en segunda convocatoria no es una cuestión que afecte solo a la válida constitución de la Junta ya que tiene extraordinaria importancia a la hora de determinar el régimen de mayorías aplicable para la válida adopción de los acuerdos comunitarios. Así, sin perjuicio de lo que más adelante

(37) Cosa distinta es que, desde la perspectiva de *lege ferenda*, vista la experiencia que ofrece la realidad práctica, en la que la Junta en primera convocatoria no suele celebrarse casi nunca por no decir nunca, lo más aconsejable sería hacer desaparecer la primera convocatoria y organizar el sistema de modo que la Junta se celebrase en una convocatoria única con el *quórum* de asistencia actualmente previsto para la Junta en segunda convocatoria y en la que los acuerdos pudieran adoptarse igualmente con las mayorías previstas ahora para los acuerdos aprobados en la segunda convocatoria. Pero mientras la legalidad sea la que es habrá que estar a lo que imponen sus normas.

(38) En línea con lo que decimos, GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 479, no considera válida la cláusula estatutaria por la que se rebaja el *quórum* de asistencia en primera convocatoria por debajo del mínimo legal. Por el contrario, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pág. 495, tras afirmar acertadamente que: «(N)o parece que los estatutos puedan imponer un determinado *quórum* de asistencia para la válida constitución de la junta, distinto del establecido en el artículo 16.2.III», afirma después, con cierta contradicción, que «nada obsta a la validez de una cláusula por la que se dispusiera que la junta se considera bien constituida cualquiera (que) fuere el número de propietarios asistentes en primera convocatoria; pues es éste un resultado del que el legislador no reniega, al darlo como norma en segunda convocatoria. En suma, que no se puede exigir para la segunda convocatoria el mismo *quórum* que para la primera, pero sí a la inversa».

estudiemos, debemos destacar que, con arreglo a lo dispuesto en el vigente artículo 17.4.^a LPH, mientras en la Junta constituida conforme a las reglas previstas para la primera convocatoria, los acuerdos de mera administración pueden aprobarse con «el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes». Norma que reproduce sustancialmente, por no decir literalmente, lo que antes se establecía en la regla 2.^a del artículo 16 de la primitiva Ley 60/1960, de 21 de julio (39).

Este sistema de adopción de acuerdos comunitarios que facilita la aprobación de acuerdos en la segunda convocatoria, pronto determinó en la práctica la costumbre o el uso de constituir las Juntas de propietarios siempre en segunda convocatoria, no solo con la finalidad de propiciar la constitución de la Junta, que no está, como hemos visto, sujeta a *quórum* de asistencia, sino, sobre todo, con miras a favorecer la posterior aprobación válida de los acuerdos comunitarios de mera administración. Para ello, se propició igualmente el uso de incluir en la misma papeleta o escrito de convocatoria la citación de los propietarios para que asistan a la celebración de la Junta el mismo día en primera convocatoria o, en su caso, en segunda convocatoria, siempre que medie el transcurso de media hora entre la primera y la segunda.

Esta costumbre que, sin duda, estuvo inspirada en la práctica de las sociedades mercantiles, comenzó a instaurarse incluso cuando la ley no autorizaba esta forma de proceder o, al menos, no era claro que pudiera realizarse la convocatoria de la primera y de la segunda Junta en el mismo acto.

En efecto, como el párrafo segundo de la regla 2.^a del primitivo artículo 16 LPH disponía que si la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos en primera convocatoria no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, «se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera», esta redacción del texto normativo dividió a la doctrina sobre si era legal o no convocar a los propietarios en la misma citación para la primera y la segunda convocatoria de la Junta. Así, mientras las SSTs de 13 de octubre de 1982 (*RJ* 1982\5554) y de 16 de junio de 1988 (*RJ* 1988\4935) aceptaron que en la misma papeleta o escrito de citación los propietarios podían ser convocados para celebrar el mismo día la Junta en primera y en segunda convocatoria, la STS de 9 de octubre de 1987 (*RJ* 1987\6773), de la que fue Ponente don Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, conocido especialista en materia de propiedad horizontal, consideró que esta práctica constituía un uso *contra legem*, ya que el artículo 16 LPH solo permitía efectuar la «nueva convocatoria» de la Junta, en el caso de que la mayoría de votos

(39) El texto de la referida regla se ha reproducido en la nota 34.

necesaria para aprobar válidamente los acuerdos en la primera convocatoria «no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios» (40).

Esta polémica doctrinal fue finalmente resuelta por el legislador con la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que, decididamente, se inclinó por sancionar la legalidad del uso que permitía que los propietarios pudieran ser citados, mediante un único escrito o acto de convocatoria, para la celebración de la Junta el mismo día, en primera y en segunda convocatoria, con tal de que existiera entre ambas un intervalo mínimo de media hora (41).

En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, la cuestión se regula en los mismos términos que estableció la Ley 2/1988, en el párrafo cuarto del artículo 16.2 LPH, con la siguiente redacción:

«La Junta se reunirá en segunda convocatoria en el lugar, día y hora indicados en la primera citación, pudiendo celebrarse el mismo día si hubiese transcurrido media hora desde la anterior. En su defecto, será nuevamente convocada, conforme a los requisitos establecidos en este artículo, dentro de los ocho días naturales siguientes a la Junta no celebrada, cursándose en este caso las citaciones con una antelación mínima de tres días».

Conforme a esta norma resulta evidente que los propietarios pueden ahora ser convocados, mediante un único acto o citación, para que asistan a la celebración de la Junta el mismo día, ya sea en primera convocatoria o en segunda convocatoria, con tal de que exista entre ambas convocatorias un lapso de tiempo de media hora. El generalizado uso de citar a los propietarios en el mismo acto para la asistencia a la Junta a celebrar el mismo día y para ambas convocatorias, y la práctica igualmente generalizada de constituir las Juntas siempre en segunda convocatoria, aconsejaría, a nuestro juicio, de *lege ferenda*, que el legislador suprimiera la exigencia de la primera convocatoria, regulando una única convocatoria de Junta, en la que tanto el *quórum* de asistencia como el

(40) Dicho ponente, en su libro, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español. Comentario a la Ley de 21 de julio de 1960*, Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., Madrid, 1983, págs. 944-945, ya se había pronunciado contrario a esta práctica calificándola de uso *contra legem*.

(41) Ley 2/1988, modificó el primitivo segundo párrafo de la regla 2.ª del artículo 16 LPH, que pasó ahora a integrarse de tres párrafos con la siguiente redacción:

«Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso el mismo día, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiese sido convocada previamente.

Si la Junta, debidamente convocada, no se celebrare en primera convocatoria, ni se hubiere previsto en la citación el día y la hora de la segunda, deberá estar convocada, con los mismos requisitos de la primera, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada, y con tres de antelación a la fecha de la reunión».

En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes».

régimen de mayorías necesario para la válida aprobación de los acuerdos de mera administración se rigieran por lo previsto actualmente para la segunda convocatoria (42).

Aunque el actual texto del inciso segundo del párrafo cuarto del artículo 16.2 LPH es más confuso que lo que resultaba de lo dispuesto en la Ley 2/1988, como, en realidad, estamos ante el mismo mandato legal, ya que el legislador no ha querido modificar la norma anterior, hay que entender que lo que el legislador establece es que, si en la llamada a los propietarios para la Junta se les hubiera citado para una sola convocatoria (lo que como hemos dicho, no es usual en la práctica), entonces, como no se puede constituir la Junta en segunda convocatoria, por no haber sido citados a ella los propietarios, la ley dispone que deberá cursarse una nueva citación a los propietarios, para que se constituyan en segunda convocatoria, con los requisitos de *quórum* previstos para ésta, es decir, sin *quórum* de asistencia, siempre que esta Junta se celebre dentro de los ocho días naturales siguientes a la Junta que, convocada, no pudo celebrarse por falta de *quórum* (el previsto para la primera convocatoria). Disponiendo la ley que la citación para esta convocatoria deberá realizarse, como mínimo, con tres días de antelación.

Lo que debe precisarse es que para que la Junta pueda constituirse conforme a las reglas de la segunda convocatoria, lo que vale tanto para la aplicación de las normas relativas a la constitución de la Junta en segunda convocatoria como para las normas aplicables al régimen de adopción de acuerdos en segunda convocatoria, será necesario e ineludible que la Junta se celebre dentro de los ocho días naturales siguientes a la fecha en que estaba convocada la Junta que no pudo celebrarse por falta de *quórum*. Por consiguiente, si la Junta se celebrase pasado este plazo sustantivo y perentorio, la Junta que se celebrase ya no sería una Junta en segunda convocatoria sino una Junta nueva, que se regirá, en consecuencia, por las reglas previstas para la Junta en primera convocatoria.

Como puede verse, el galimatías que esta regulación supone aconseja que, de darse el supuesto legal que nos ocupa (imposibilidad de celebrar la Junta en primera convocatoria, por falta de *quórum* de constitución, pero sin que pueda celebrarse en segunda convocatoria por falta de citación o de convo-

(42) En el mismo sentido del texto, ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA SERVER, Rafael, *La Junta de Propietarios: Constitución, acuerdos e impugnación*, Aranzadi, 2000, págs. 126-127, consideran que «una vez que se permite la celebración de la junta en segunda convocatoria en el mismo día que el establecido para la primera con solo una dilación de, al menos, media hora, la existencia de una doble convocatoria no tiene mucho sentido. Realmente, en la mayoría de casos, ya no se trata de una nueva oportunidad para constituir la junta tras un previo fracaso de constitución, por lo que, en la actualidad, la existencia de la doble convocatoria no cumple ninguna misión. Por ello, probablemente sería más acorde con la realidad de las cosas que la convocatoria fuese única y sin sujeción a *quórum* para su válida constitución».

catoria a esta segunda Junta), lo que como hemos dicho, será excepcional, se convoque a los propietarios a una nueva Junta, convocándoles simultáneamente a una primera y segunda convocatoria de Junta, y de este modo, todo los problemas quedarán resueltos sin mayores requisitos conforme a las reglas generales ya vistas.

7. MAYORÍA NECESARIA PARA LA VÁLIDA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE MERA ADMINISTRACIÓN

Dispone el vigente artículo 17.4.^a LPH que: «(p)ara la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes» (43).

Esta norma, que reproduce sustancialmente lo que ya disponía la primitiva regulación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, en el artículo 16.2.^a LPH, establece un régimen de aprobación de los acuerdos comunitarios distinto según que el acuerdo se adopte en una Junta celebrada en primera convocatoria o en una Junta que se celebra en segunda convocatoria.

Sin duda, lo que el legislador persigue con esta doble regulación es favorecer la adopción de acuerdos de mera administración en aquellos casos en los que, por el reducido número de propietarios que asisten a la reunión no es posible celebrar la Junta en primera convocatoria. En este supuesto, el legislador, buscando la forma de que el gobierno de la comunidad no se paralice, primero facilita que la Junta se pueda celebrar en segunda convocatoria sin sujeción a *quórum* de asistencia (art. 16.2.3.^o LPH), y luego permite que en la Junta constituida en segunda convocatoria los acuerdos de mera administración se puedan aprobar con una mayoría más reducida que la prevista para la primera convocatoria.

Sin embargo, conviene recordar que, como ya hemos señalado anteriormente, si celebrada la Junta reunida en primera convocatoria y sometido a deliberación y votación un determinado acuerdo éste no pudo aprobarse por

(43) Como ya hemos señalado anteriormente, el texto vigente de esta regla y su nueva numeración como regla 4.^a del artículo 17 LPH se debe a la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. En la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, la norma integraba la regla 3.^a del artículo 17, y tenía la misma redacción que la actual con la diferencia de que las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en primera y en segunda convocatoria venían establecidas en dos párrafos independientes y no como ahora que constituyen dos incisos de un mismo párrafo.

no reunirse la mayoría necesaria, esta circunstancia no permite acudir a la celebración de una Junta en segunda convocatoria para, de este modo, aprobar el acuerdo con la mayoría más reducida que es posible en segunda convocatoria. Los términos en que está regulada la materia en la LPH hacen imposible la celebración de la Junta en segunda convocatoria si la Junta ya se celebró en primera convocatoria. La segunda convocatoria de la Junta está prevista únicamente para el supuesto de que no pudiera constituirse la Junta en primera convocatoria por falta del *quórum* de asistencia.

Por consiguiente, si celebrada la Junta en primera convocatoria, no se pudo aprobar el acuerdo de mera administración por falta de los votos necesarios, ya no es posible aprobarlo en otra Junta reunida en segunda convocatoria, ahora bien, lo que si será posible es convocar a los propietarios a una nueva Junta y en ella reconsiderar nuevamente el asunto. Pero esta nueva Junta es una nueva Junta a todos los efectos. Por tanto, deberá iniciarse con la citación de los propietarios a una reunión en primera convocatoria, que se regirá tanto en lo que atañe al *quórum* de asistencia como al régimen de adopción de acuerdos por las reglas previstas para la primera convocatoria, y solo si no se puede constituir la Junta en primera convocatoria, se constituirá la Junta en segunda convocatoria con los efectos oportunos.

Hecha la anterior aclaración lo primero que debemos precisar es el ámbito de aplicación del artículo 17.4.^a LPH.

A) ACUERDOS QUE SE RIGEN POR LAS MAYORÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 17.4.^a LPH

La redacción del artículo 17 LPH pone de manifiesto que el legislador, a la hora de fijar las mayorías necesarias para la válida adopción de acuerdos por la Junta ha distinguido dos tipos de acuerdos.

En primer lugar, se ocupa de establecer una relación o catálogo de acuerdos que por su importancia o relevancia para la comunidad enumera de forma expresa en las reglas primera, segunda y tercera (44) del artículo 17 LPH. Para la válida aprobación de estos acuerdos exige o bien la unanimidad o bien una de las mayorías especiales que establece (mayoría de tres quintas partes, mayoría absoluta, mayoría de un tercio).

En segundo término, en la regla cuarta (45) del artículo 17 LPH, el legislador establece una norma de cierre del sistema, en la que engloba un con-

(44) Esta regla fue añadida por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

(45) Esta regla en la Ley 8/1999, de 6 de abril, constituía la regla 3.^a, pasando a ser la regla 4.^a por la modificación introducida por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

junto de acuerdos que no define expresamente por su contenido específico, como hace en las tres reglas anteriores, limitándose a describirlos por vía de exclusión al referirse a ellos como los «demás acuerdos». De este modo, los acuerdos sometidos a las mayorías del artículo 17.4.^a LPH se configuran como una categoría residual y genérica cuyo ámbito son todos los acuerdos que no encuentren cabida o se hallen incluidos en los acuerdos previstos en las tres reglas anteriores.

En la primitiva regulación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, el entendimiento del ámbito de aplicación de estos «demás acuerdos», incluidos entonces en el artículo 16.2.^a LPH (equivalente al actual 17.4.^a LPH), no resultaba excesivamente complicado, ya que estos «demás acuerdos» eran todos los que no implicasen aprobación o modificación del título constitutivo o los estatutos, recogidos en el primitivo artículo 16.1.^a LPH, que exigía para su válida adopción la unanimidad. Por ello, si se examina el contenido de los primitivos artículos 11 (actual 12) (46) y 16 (equivalente al actual art. 17) LPH, podríamos afirmar que el legislador de 1960 seguía un esquema que recuerda mucho la regulación del Código Civil en materia de comunidad de bienes, distinguiendo entre actos de alteración o disposición y actos de administración de la cosa común (arts. 397 y 398). De este modo, diferenciaba entre actos que representaban una auténtica disposición del régimen de la propiedad horizontal o una alteración de las cosas comunes (que al implicar la aprobación o modificación del título constitutivo o de los estatutos se sometían al régimen de la unanimidad: art. 16.1.^a LPH), y el resto de actos («demás acuerdos», que se configuraban como actos de administración y mejor disfrute de las cosas comunes y se sujetaban al acuerdo de la mayoría: art. 16.2.^a LPH). Como figura intermedia entre estos dos tipos de acuerdos se situaba el acuerdo por el que se aprobase la constitución de una servidumbre que gravase la propiedad privativa de un propietario cuando resultase imprescindible para la creación de servicios comunes de interés general, para cuya aprobación exigía la mayoría de cuatro quintas partes (art. 9.3.^a LPH).

Frente a este esquema regulatorio, relativamente sencillo, se alza el legislador de 1999 (Ley 8/1999, de 6 de abril), que con la finalidad declarada de flexibilizar el «exceso rigorista» de la regla de la unanimidad, introduce unas mayorías especiales que buscan permitir a las comunidades de propietarios ciertas actuaciones que vienen exigidas bien por la *voluntad mayoritaria* o el *interés general* de los propietarios («establecimiento o supresión de los

(46) Este artículo disponía (art. 11) y dispone (art. 12) lo siguiente:

«La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos».

servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general» o el «arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble»), o bien la realización de ciertas *mejoras sociales*, ya que persiguen una finalidad de solidaridad humana y de protección de las personas con minusvalía («supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía»), o bien tienen por objeto favorecer el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación («instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicaciones regulados en el Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes»), o buscan el ahorro energético y la protección del medio ambiente («instalación de sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de la energía solar o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos»). A este catálogo de actuaciones, la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, al añadir la nueva regla tercera, introduce otro elenco de mejoras sociales con la finalidad de obtener la eficiencia energética de los edificios («establecimiento o supresión de equipos o sistemas distintos de los mencionados en el apartado anterior que tenga por finalidad mejorar la eficiencia energética o híbrida del inmueble») (47).

A nuestro juicio, lo que llevamos dicho permite concluir que la órbita propia de los acuerdos comprendidos en el artículo 17.4.^a LPH son los actos

(47) Para entender el contexto en el que deben analizarse las actuaciones hoy recogidas en las tres reglas del artículo 17 LPH, conviene recordar que frente al esquema tradicional que diferenciaba solo dos tipos de actuaciones sobre las cosas: los *actos necesarios*, es decir, aquellos que son imprescindibles para la conservación, reparación y existencia de las cosas, y los actos voluntarios o *mejoras*, que son aquellos que no siendo necesarios pueden hacerse voluntariamente sobre las cosas, y diferenciaba dentro de las mejoras las llamadas mejoras útiles y las denominadas mejoras de lujo o de recreo, la doctrina y las legislaciones modernas, con una finalidad social o de interés general, van dando paso a la aparición y configuración de otro tipo de mejoras que suelen catalogarse como *mejoras sociales*. Se trata de unas actuaciones que si bien no pueden calificarse de actos necesarios, ya que no van dirigidos a la conservación o permanencia de la esencia de la cosa, por lo que deben incluirse en el capítulo de las mejoras, sin embargo, ya no persiguen solo dar más utilidad o funcionalidad a la cosa (mejoras útiles) o más embellecimiento u ornato estético (mejoras de lujo o de recreo), por el contrario, buscan la utilidad social o general. Por ello, se trata de actuaciones que aunque no son necesarias, en el sentido estricto y tradicional, pueden llegar a ser *obligatorias* para el propietario o para el que tiene atribuido el goce y disfrute de la cosa, como es especialmente el caso del arrendatario. A esta finalidad social o de interés general responden las normas previstas en el artículo 22 LAU, o en los artículos 20.1 y párrafo segundo del artículo 21 LAR. En el mismo capítulo se inscribiría la regulación recogida en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Pues bien, en el ámbito de la propiedad horizontal, este tipo de *mejoras sociales* son las que informan las normas contenidas en los artículos 10.2 y 11.3 LPH (en la redacción dada a estos artículos por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), y las previstas actualmente en las reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a del artículo 17 LPH.

de gestión y administración ordinaria de la comunidad (48) o, por emplear la terminología del artículo 398 del Código Civil, los actos de administración y mejor disfrute de las cosas comunes (49). Por ello, sin pretender ser exhaustivos, cabría sostener que el ámbito genuino de los acuerdos de mera administración (50) son los actos dirigidos a la consecución de alguna de estas finalidades:

- 1.^a La conservación y reparación de las cosas comunes. En este apartado se inscribirían todo lo relacionado con la aprobación de las obras de conservación y reparación, aprobación del presupuesto de las obras y su ejecución [*vide*, entre otros, los arts. 10, 14.c) y 20.c) LPH], así como la aprobación del fondo de reserva [art. 9.f) LPH].
- 2.^a La defensa de las cosas comunes y del régimen de la propiedad horizontal. En este capítulo habría que incluir, entre otros, todas aquellas actuaciones dirigidas a reclamar de los propietarios o de los terceros el cumplimiento de las normas legales y estatutarias que disciplinan la propiedad horizontal (art. 7.2 LPH), la adopción de acuerdos relacionados con las reclamaciones planteadas frente a la comunidad [art. 14.a) LPH] y aquellas medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común [art. 14.e) LPH], así como la reclamación de los gastos y deudas con la comunidad a los propietarios que nos los satisfagan voluntariamente [art. 9.e) y 21 LPH].
- 3.^a La fijación del uso o goce adecuado de las cosas comunes por los propietarios y ocupantes del inmueble y, en su caso, el régimen de disfrute de las cosas y elementos comunes. En este campo, creo que

(48) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 6.^a ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1973, cuyo papel en la elaboración de la Ley 49/1960, es bien conocida, al referirse al artículo 16.2.^a LPH, consideraba que esta norma «se refiere a los actos de gestión y administración» (pág. 158).

(49) En el mismo sentido del texto, LLAMAS POMBO, Eugenio, *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por M. Cuadrado, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 560, considera que los acuerdos incluidos en el artículo 17.3.^a LPH (ahora 17.4.^a LPH), «son, sencillamente, aquellos que no impliquen la aprobación o modificación del título constitutivo o los estatutos. Dicho de otro modo, los actos de administración y mejor disfrute del inmueble a que se refiere el artículo 398 del Código Civil».

(50) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*, Civitas, 1996, al tratar de la categoría de los negocios de administración, tras señalar certeramente que la puntualización del concepto relativo a los actos de administración no es cuestión sencilla ni pacífica, apunta que: «(e)n sentido general pueden considerarse como actos o negocios jurídicos de administración aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico», citando como actos de administración los «actos de finalidad conservativa», los «actos encaminados a la defensa de los bienes frente a los posibles ataques o violaciones procedentes de terceras personas», y los «actos dirigidos a obtener de unos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su destino económico» (págs. 79-80).

debería inscribirse la aprobación de las normas de régimen interior (art. 6 LPH), todo lo relacionado con el funcionamiento de los servicios y elementos comunes, entre los que destacan la aprobación del presupuesto de gastos e ingresos que permiten dicho funcionamiento, y la posterior aprobación de las cuentas anuales [arts. 14. y 20.b) LPH]. En cuanto al disfrute de las cosas comunes, sin embargo, quedan fuera del artículo 17.4.^a LPH el «arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble», ya que esta decisión debe aprobarse por la mayoría de tres quintas partes (art. 17.1.^a-2.^o *in fine* LPH).

- 4.^a El nombramiento y remoción de los cargos de Presidente y Administrador de la comunidad y de aquellos otros cargos que puedan haberse establecido [arts. 13 y 14.a) LPH].

Sentado que los acuerdos que quedan bajo la cobertura del artículo 17.4.^a LPH son los actos de gestión y administración, una interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en los actuales artículos 12 y 17.1.^a LPH, exige, sin embargo, a nuestro juicio, tener en cuenta que fuera de las obras que se contemplan en las tres reglas del artículo 17 LPH, que se sujetan a la unanimidad o a las mayorías especiales en ellas previstas, y siempre que no se trate de obras exigidas por la conservación o reparación de la finca (art. 10 LPH), no toda alteración de los elementos comunes exige el acuerdo de la unanimidad. Cuando la Junta apruebe obras o innovaciones de las contempladas en el artículo 11 LPH, debemos diferenciar entre aquellas obras que entrañen una alteración sustancial de los elementos comunes y aquellas otras que impliquen una alteración no sustancial. Solo las obras que deban calificarse de *alteración sustancial* de los elementos comunes son las que deberán aprobarse por unanimidad, las demás alteraciones de los elementos comunes podrán aprobarse por la mayoría prevista en el artículo 17.4.^a LPH. A nuestro juicio, la alteración sustancial de los elementos y cosas comunes solo se dará en los siguientes supuestos:

- a) Cuando estemos ante obras mayores que supongan la construcción de nuevas plantas o la alteración de la estructura o fábrica del edificio, ya que este tipo de obras deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del título constitutivo (art. 12 LPH).
- b) Cuando se trate de actuaciones que supongan un menoscabo o alteración de la seguridad del edificio o de su estructura general, o de su configuración o estado exteriores, ya que si cada propietario individual no puede realizar este tipo de obras (art. 7.1 LPH), solo se podrán realizar si todos los propietarios las consienten.
- c) Cuando impliquen obras que perjudiquen grave y desproporcionadamente la configuración y diseño estético del edificio. Aunque esta

limitación legal no está expresamente establecida en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho italiano, en el que se prohíben aquellas innovaciones que afecten al «decoro arquitectónico» (51), puede llegarse a ella teniendo en cuenta que, por un lado, la alteración del aspecto estético del edificio supone un verdadero acto de disposición que exige la unanimidad, ya que el artículo 12 LPH la requiere cuando se altera la «fábrica del edificio» y, por otro, porque si el artículo 7.1 LPH prohíbe a los propietarios individualmente alterar la «configuración o estado exteriores» del edificio, solo cuando se cuente con el consentimiento de todos los propietarios podrá quedar excluida esta prohibición (52).

B) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN PRIMERA CONVOCATORIA

Conforme al inciso primero del artículo 17.4.^a LPH, para que los acuerdos de mera administración puedan ser aprobados válidamente en primera convocatoria, deben contar con el voto favorable de más de la mitad del número total de propietarios del conjunto inmobiliario o propiedad horizontal de que se trate (mayoría personal), siempre que, a su vez, las cuotas de participación de los propietarios que hayan votado favorablemente el acuerdo, representen más de la mitad de las cuotas totales de participación del inmueble (mayoría de intereses o patrimonial), es decir, que las cuotas de los propietarios que votaron favorablemente el acuerdo han de superar más del 50 por 100 del total de cuotas de participación del inmueble. Como todas las cuotas de una propiedad horizontal deben sumar siempre 100, las cuotas de participación de los que votan a favor de acuerdo deben alcanzar, como mínimo, el 50 por 100 de las cuotas más algo más (53).

Estamos, por consiguiente, ante una mayoría absoluta cuya base numérica viene referida al número total de propietarios (mayoría personal) y al total de

(51) El artículo 1.120 del Codice Civile prohíbe las innovaciones en las cosas comunes, entre otros casos, cuando afecten al «decoro architettonico».

(52) También podría invocarse en apoyo de la interpretación que defendemos, lo dispuesto en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, ya que el artículo 3.1.b) de esta Ley permite las obras que regula «siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio».

(53) Que todas las cuotas de participación del inmueble tienen que sumar 100, resulta de lo que se establece en el párrafo segundo del artículo 3.b) LPH, según el cual:

«A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad...».

las cuotas de participación del inmueble (mayoría de intereses). El legislador quiere que en primera convocatoria, los acuerdos de mera administración sean aprobados por un número de propietarios que represente más de la mitad de los propietarios que integran la propiedad horizontal, pero además, estos propietarios tienen que reunir en su patrimonio unas cuotas de participación que debe representar más de la mitad del total de las cuotas de participación. Si tenemos en cuenta que para que la Junta quede válidamente constituida en primera convocatoria se necesita la concurrencia de la misma mayoría absoluta de personas y de cuotas, llegamos al absurdo de que para que un acuerdo de mera administración pueda ser aprobado en primera convocatoria tienen que votar a favor del mismo la unanimidad del mínimo de propietarios que se necesitan para que la Junta quede constituida.

Fácilmente se comprende que, en la realidad práctica, para obviar esta mayoría tan rígida, se ha generalizado el uso de constituir siempre la Junta en segunda convocatoria, ya que en ella tanto el *quórum* de asistencia o de constitución de la Junta como el *quórum* de decisión son más reducidos. Por ello, vayamos al estudio de esta mayoría que es la que, por otra parte, como veremos, es la que plantea problemas de interpretación no fáciles de resolver.

C) MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN SEGUNDA CONVOCATORIA

Dispone el actual inciso segundo del párrafo primero de la regla 4.^a del artículo 17 LPH, lo siguiente (54): «En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes».

Pese a la aparente sencillez del texto legal, sin embargo, la doctrina se encuentra dividida a la hora de calificar el tipo de mayoría que la ley exige, ya que mientras para unos lo que la ley requiere para la válida aprobación del acuerdo es la mayoría absoluta, para otros, el legislador solo impone la presencia de una mayoría simple o relativa. Veamos cada una de estas posturas:

a) *Tesis de la mayoría absoluta.* Los que defienden esta interpretación entienden que cuando el precepto exige la «mayoría de los asistentes», siempre que las cuotas de participación de los que voten a favor del acuerdo represente, a su vez, «más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes», está imponiendo, para la válida aprobación del acuerdo, la concurrencia de dos mayorías absolutas: la mayoría del *total* de los asistentes (mayoría personal) y la mayoría del *total* de las cuotas de los presentes (mayoría

(54) Vid. lo que se indica en la nota 43 sobre la actual redacción del artículo 17.4.^a LPH.

patrimonial). Esto es así, porque, como se sabe, la mayoría absoluta es aquella que requiere la presencia de un mínimo: más de la mitad de la base numérica que se tome como referencia. De este modo, para los partidarios de la interpretación que nos ocupa, la ley exige dos mayorías absolutas.

Además de la referida mayoría personal, la ley exige también la concurrencia de una mayoría patrimonial o de intereses, ya que los propietarios asistentes a la Junta que hayan votado a favor del acuerdo y que conformen la mayoría personal examinada deben reunir en su patrimonio unas cuotas de participación que representen más de la mitad del total de las cuotas de los propietarios presentes, es decir, que superen el cincuenta por ciento de las cuotas de participación correspondientes a todos los propietarios asistentes a la Junta. Esto es así porque la base numérica tenida en cuenta por el legislador para el cómputo de la mayoría patrimonial o de intereses está referida a la suma de las cuotas de participación de todos los propietarios que asisten o están presentes en la Junta al tiempo de la votación, es decir, de todas las cuotas presentes en la Junta.

Esta interpretación de la norma que nos ocupa, además de encontrar cobijo en el elemento gramatical del precepto, que al hablar de «la mayoría de los asistentes» propicia el entendimiento de que está contemplando la mayoría absoluta de los asistentes, es decir, el voto positivo de más de la mitad de los propietarios presentes en la Junta, tendría su principal argumento de apoyo en el hecho de que el legislador, a la hora de fijar las mayorías que establece a lo largo de todas las reglas del artículo 17 LPH, siempre hace coincidir la mayoría personal que establece con la mayoría patrimonial o de intereses. Así, por ejemplo, cuando en el párrafo segundo de la regla primera para la aprobación de los acuerdos que tengan por objeto el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general exige la presencia de una mayoría personal constituida por el voto favorable de la mayoría reforzada «de las tres quintas partes del total de los propietarios», también requiere esa misma mayoría a la hora de computar la mayoría de intereses, pues requiere que los propietarios que votaron a favor del acuerdo, «a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación». Lo mismo sucede cuando en el párrafo tercero de la misma regla primera, para la aprobación de los acuerdos que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas, requiere «el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación», lo que supone que deben concurrir la mayoría absoluta de personas y de cuotas.

Partiendo de este criterio hermenéutico, cabría concluir que puesto que el inciso segundo del artículo 17.4.^a LPH al hablar la mayoría patrimonial o de intereses que regula, define una clara mayoría absoluta («más de la mitad del valor de las cuotas de los *presentes*»), lo que equivale a decir más de la mitad

del valor de las cuotas de los propietarios asistentes, resulta razonable entender que el legislador ha querido establecer también esa misma mayoría absoluta al regular la mayoría personal, por lo que la expresión «la mayoría de los asistentes», presupone la mayoría absoluta de los propietarios asistentes, es decir, el voto favorable de más de la mitad de los propietarios presentes en la Junta. Bajo este planteamiento, si el legislador exige para la aprobación del acuerdo el voto de «la mayoría de los asistentes», esta expresión equivale a decir necesidad de que voten positivamente más de la mitad de los propietarios presentes en la Junta (mayoría personal absoluta), y en coherencia con ello establece luego la misma mayoría absoluta a la hora de definir la mayoría de intereses, ya que exige que los propietarios que votaron a favor del acuerdo representen, «a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes».

A favor de esta interpretación se inclinan, entre otros, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (55), CARRASCO PERERA (56), ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER (57).

En cuanto al valor de las abstenciones en el cómputo de esta mayoría, ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER, ante el problema de determinar cómo se computa al propietario que se abstiene para determinar la mayoría personal y

(55) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español. Comentario a la Ley de 21 de julio de 1960*, Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., Madrid, 1983. Este autor parece inclinarse por la postura de la mayoría absoluta cuando al estudiar la cuestión, entonces referida al primitivo artículo 16.2.ª-2.º LPH, afirma lo siguiente: «Aquí, por tanto, la mayoría no viene referida, ni a todos los propietarios ni al valor de todas las cuotas de participación, sino a la mayoría numérica y de cuotas de los asistentes a la junta» (pág. 946).

(56) CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999. Este autor, aunque confunde lo que es una mayoría simple con una mayoría absoluta, ya que al ocuparse del tema define el epígrafe con este título: «El procedimiento de obtención de la mayoría simple» (pág. 542), luego, al exponer la mayoría que se necesita para adoptar válidamente los acuerdos describe una clara mayoría absoluta. Así, afirma que: «(d)ebe existir, en primer lugar, una mayoría de cabezas, es decir, más de la mitad de los propietarios (primera convocatoria) o de los asistentes (segunda convocatoria). Además, debe existir una mayoría de cuotas, es decir, más del 50 por 100 del porcentaje total (primera convocatoria) o de las cuotas de los asistentes (segunda convocatoria), excluyendo en cualquier caso la cuota de los propietarios privados del derecho de voto (art. 15.2)» (pág. 542). Posteriormente, reitera la necesidad de una mayoría absoluta, pese a que, como decimos, enmarca el comentario al tratar de la obtención de la que califica «mayoría simple», cuando señala que: «(e)n segunda convocatoria deben votar positivamente la mayoría de los asistentes, siempre que éstos representen más de la mitad de las cuotas de los presentes. No basta que los votos positivos superen a los negativos, sino que se precisa que los votos positivos obtengan el número exigido» (pág. 544).

(57) ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA SERVER, Rafael, *La Junta de Propietarios: Constitución, acuerdos e impugnación*, Aranzadi, Navarra, 2000. Estos autores claramente aprecian la presencia de una mayoría absoluta cuando declaran lo siguiente: «(p)or lo tanto, para que el acuerdo se alcance es preciso que voten a favor del mismo más de la mitad de los propietarios presentes y que sus cuotas sumen más de la mitad de las cuotas presentes en la junta» (pág. 184).

la mayoría de cuotas, consideran que «a efectos de cómputo tanto de personas como de cuotas para alcanzar las mayorías requeridas por la Ley, sí se debe tener en cuenta al propietario que se abstiene, precisamente porque, aun cuando no tenga opinión concreta sobre el acuerdo, está presente y este es el dato determinante: su presencia no puede ser igual a su ausencia. La regla tercera (hoy 4.^a) del artículo 17 LPH, exige que a favor del acuerdo voten, en primera convocatoria, la mayoría del total de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación y, en segunda convocatoria, reduce las exigencias para la adopción de los acuerdos señalando que bastará que voten a favor del mismo la mayoría de los propietarios asistentes que representen la mayoría de las cuotas presentes. Por lo tanto, el legislador tiene en cuenta el dato numérico de los propietarios y cuotas presentes para determinar cuándo queda válidamente adoptado un acuerdo en segunda convocatoria y, a nuestro entender, es evidente que el propietario que se abstiene está presente y, en consecuencia, su presencia debe tenerse en cuenta, tanto en lo relativo a su cuota como a su persona. Obviamente, ni esa persona ni su cuota deben considerarse como favorables al acuerdo (58).

Por su parte, CARRASCO PERERA entiende que: «(l)as abstenciones, los votos nulos y los votos en blanco siempre valen como votos contrarios al acuerdo. O, mejor dicho, como votos que no pueden sumar a su favor la propuesta que no ha obtenido la mayoría de votos positivos, y que computan (como votos no positivos) en el cálculo de la mayoría necesaria; no importa que el artículo 18.2 LPH, después de la reforma de 1999, haya privado a los abstencionistas del derecho de impugnar el acuerdo. Al contrario, este dato debe servir como argumento de que el abstencionista no computa a favor del acuerdo. Pues es sensato compensar la falta de apoyo a la propuesta, que la abstención significa, con la autorresponsabilidad de que, cuando menos, el abstencionista no puede después oponerse a la eficacia del acuerdo. No computa en el sentido de la propuesta, pero la mayoría puede estar segura de que tampoco impugnará el acuerdo» (59).

b) *Tesis de la mayoría simple.* Para los que defienden esta interpretación, el actual artículo 17.4.^a LPH regula una mayoría simple, es decir, que para tomar válidamente acuerdos de mera administración en segunda convocatoria solo se necesita que el acuerdo obtenga el mayor número de votos favorables de los propietarios asistentes a la Junta, aunque el número de estos votos no sea superior a la mitad del número total de propietarios asistentes a la Junta. De este modo, para aprobar válidamente el acuerdo se necesita que los votos positivos emitidos por los propietarios que asisten a la Junta superen a los votos negativos, sea cual sea este número (mayoría personal), siempre que las cuotas de los propietarios que hayan votado a favor del acuerdo re-

(58) *Ob. cit.*, págs. 184-185.

(59) *Ob. cit.*, págs. 544-545.

presenten más de la mitad del total de las cuotas de los propietarios presentes en la Junta (mayoría patrimonial). De este modo, para aprobar válidamente el acuerdo se necesita que concurra una mayoría personal, que se obtendría por mayoría simple de los votos de los presentes, y una mayoría patrimonial, que se logrará por mayoría absoluta cuando los votos de los propietarios que votaron a favor del acuerdo, representen más de la mitad de las cuotas totales de los propietarios presentes.

Para los que defienden esta interpretación en el cómputo de la mayoría, no deben tenerse en cuenta ni el voto de los que votaron en blanco, ni los votos nulos ni la postura de los que, estando presentes en la Junta, se hayan abstenido. Por tanto, ni los votos en blanco, ni los votos nulos ni las abstenciones se computan.

Aunque no es fácil saber en algunos casos qué entienden por mayoría simple y sus consecuencias prácticas para la adopción del acuerdo, se inclinan por la mayoría simple, entre otros, DORREGO DE CARLOS y ARANDA ESTÉVEZ que, sin mayores aclaraciones, afirman que los acuerdos se deben aprobar por «mayoría simple o relativa (de cuotas/propietarios asistentes) en segunda convocatoria» (60), VENTURA-TRAVERSESET, por su parte, aunque enmarca la cuestión dentro de un epígrafe que titula de «mayoría simple», luego califica la mayoría que rige en la segunda convocatoria de «mayoría relativa», precisando que el voto en blanco y la abstención no pueden tomarse como voto favorable a una propuesta (61).

También LOSCERTALES FUERTES se inclina por la doctrina de la mayoría simple. Este autor, conocido estudioso de la propiedad horizontal y de su aplicación práctica, por lo que sus opiniones tienen gran relevancia en la materia, sostiene una valiente y atrevida interpretación en virtud de la cual,

(60) DORREGO DE CARLOS, Alberto, y ARANDA ESTÉVEZ, José Luis, *Derecho de la Propiedad Horizontal*, CISS PRAXIS, Wolters Kluwer, Barcelona, 2000, págs. 223 y 225.

(61) VENTURA-TRAVERSESET, Antonio, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 2007, pág. 513. Este autor, en epígrafe separado, que titula «(C)onsideración especial de los votos en blanco y las abstenciones», afirma lo siguiente: «(E)n principio, y como norma general, todo voto en blanco y toda abstención no puede tomarse como voto favorable a una propuesta. En este sentido y en cierto modo puede afirmarse que el voto en blanco o la abstención es un voto contrario a la propuesta, en cuanto no contribuye a su aceptación. Aun cuando realmente el efecto práctico es que, jurídicamente no es así, pues simplemente quien vota en blanco o se abstiene no dice nada, ni a favor ni en contra; otra cosa es que, precisamente porque no se dice nada, no puede sumarse como voto afirmativo. Eso se ve muy claro en las votaciones sobre dos propuestas alternativas, A o B: quien vota en blanco o se abstiene se limita a no apoyar ni una ni otra, y por tanto su voto no puede sumarse para favorecer la mayoría de una u otra propuesta. También confirma esta postura el artículo 18.2 de la Ley, que priva a los abstencionistas o votos en blanco de la posible impugnación de los acuerdos en que se abstuvieron. Es un precepto lógico, pues, repetimos una vez más, quien se abstiene o vota en blanco, no vota a favor, pero tampoco en contra, por lo que no puede luego pretender impugnar algo sobre lo que no estuvo disconforme. La compensación a la falta de apoyo de una propuesta, es la seguridad de que luego no se impugnara su aceptación» (pág. 523).

la mayoría simple prevista para la segunda convocatoria debe regir también para la adopción de acuerdos en primera convocatoria. Argumenta en este sentido, que aunque de la redacción del artículo 17.3.^a LPH (hoy 17.4.^a) parece desprenderse que la mayoría que establece para la primera convocatoria lo es para la adopción de acuerdos, lo realmente pretendido por el legislador es que la mayoría absoluta que contempla para la primera convocatoria rija solo para la constitución de la Junta, pues es un absurdo que repugna al análisis jurídico, que una Junta que exige un *quórum* de constitución tan elevado como el que requiere para la primera convocatoria, no pueda acordar por simple mayoría lo que luego, en segunda convocatoria, que no está sujeta a *quórum* de asistencia alguno, puede aprobarse por esta simple mayoría (62). Además, este autor, que nosotros sepamos, ha sido el primero que con el sólido conocimiento de la realidad práctica que le caracteriza ha defendido que las abstenciones no cuentan para determinar el cómputo de las mayorías. Afirma en este sentido, que «el propietario que se abstiene no cuenta para nada, es decir, de tal manera que si hay catorce propietarios en la Junta, en el momento de la abstención solo cuentan trece, tanto a efectos de unidad de voto como de contabilizar el coeficiente. Es el mismo titular quien se ha apartado voluntariamente de las decisiones. En definitiva, que los respectivos *quórum* hay que alcanzarlos con el resto de los propietarios que voten a favor o en contra», señalando igualmente, que el propietario que se abstiene no podrá impugnar el acuerdo, «pues tuvo posibilidad clara de manifestar su discrepancia y no lo hizo, de tal manera que perdió la oportunidad de oposición» (63).

Igualmente, LLAMAS POMBO se pronuncia decididamente por la mayoría simple al afirmar que «para estos acuerdos, al menos en segunda convoca-

(62) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, 8.^a ed., Sepín editorial jurídica, Madrid, 2006. Este autor fundamenta su criterio con estas palabras: «solamente se puede celebrar la Junta en primera si asisten más de la mitad de los propietarios, que a su vez representen más del 50 por 100 de las cuotas de participación del total del inmueble, que es el *quórum* exigido en el primer párrafo de esta regla 3.^a (hoy 4.^a) del artículo 17. De dicha redacción parece desprenderse que dicho *quórum* es para adoptar acuerdos, no para constituirse en Junta, pero del conjunto de dicho precepto se puede concluir diciendo que lo que realmente se pretende es exigir dicho alto porcentaje de asistencia para la celebración de la Asamblea en primera convocatoria, con independencia de que luego los acuerdos sean válidos si, entre los presentes, hay mayoría simple, pues en otro caso sería un contrasentido con la celebración en segunda, donde con un *quórum* muy inferior se podrían aprobar cuestiones que antes no fueron posibles, por lo que habría que aconsejar a las Comunidades que no se reúnan nunca en primera, aunque haya suficientes propietarios, que no comparezcan de forma voluntaria y que esperen a que llegue la hora de la segunda. Como semejante absurdo repugna al análisis jurídico, habrá que terminar diciendo que la Junta de Propietarios solo podrá constituirse en primera convocatoria cuando estén presentes más de la mitad de los propietarios, que representen al mismo tiempo más del 50 por 100 de las cuotas, pero que, una vez constituida, los acuerdos solo necesitan de mayoría simple de los asistentes» (pág. 258).

(63) *Ob. cit.*, págs. 203-204.

ria, debemos hablar de una verdadera *mayoría simple*: basta que los votos favorables al acuerdo superen en número a los disidentes, siempre que las cuotas de participación de los primeros superen también a las de los últimos; y todo ello con independencia de cuantos hayan asistido a la Junta, o de la participación que los mismos ostenten en la comunidad de propietarios» (64).

c) *La posición de la jurisprudencia*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía, que nosotros sepamos, sobre esta importante cuestión, que ha quedado en manos de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales que, sin embargo, ofrece soluciones dispares razón por la cual esta materia está necesitada de una sentencia de la Sala Primera de nuestro más alto tribunal civil que unifique definitivamente la doctrina legal interpretativa del actual artículo 17.4.^a LPH.

En este sentido, la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales entiende que el que se abstiene, si bien no vota ni a favor ni en contra, es evidente que está presente en la Junta por lo que su presencia debe computarse a la hora de determinar la mayoría de asistentes de que habla la norma. En definitiva, por tanto, el propietario que asiste a la Junta pero se abstiene a la hora de votar debe ser tenido en cuenta para calcular la mayoría de asistentes (mayoría personal) y, por ende, también su cuota debe computarse para determinar la mayoría de cuotas o de intereses.

En esta línea se pronuncian, entre otras, las siguientes Resoluciones: SAP de Valencia (Sección 7.^a) número 272/2006, de 8 de mayo (recurso de apelación 190/2006) (*JUR* 2006\226656); SAP de Burgos (Sección 3.^a) número 3/2007, de 2 de enero (recurso de apelación 392/2006) (*JUR* 2007\59969); SAP de Cantabria (Sección 2.^a) número 300/2009, de 22 de abril (recurso de apelación 223/2008) (*JUR* 2009\257869); SAP de Madrid (Sección 12.^a) número 634/2009, de 30 de septiembre (recurso de apelación 315/2008) (*JUR* 2010\39767); SAP de Asturias (Sección 7.^a) número 578/2009, de 20 de noviembre (recurso de apelación 385/2009) (*JUR* 2010\26440). De todas estas sentencias, debemos destacar la últimamente citada que se expresa en los siguientes términos:

«La sentencia apelada concluye que no basta con que los votos favorables superen a los no favorables, sino que es necesario que los favorables superen a los no favorables más las abstenciones, y este Tribunal comparte dicha conclusión, pues, aparte de que ya nos manifestamos en ese sentido en la sentencia de fecha 12 de julio de 2007, que se cita en la apelada: 1.º el precepto exige mayoría de asistentes, considerándose como tales tanto a los presentes como a los representados (art. 15.1 de la Ley de Propiedad Horizontal); 2.º asistentes a la Junta son tanto los que votan a favor o en contra

(64) LLAMAS POMBO, Eugenio, *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal*, coordinados por M. Cuadrado, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 559.

como los que se abstienen; y 3.º es obvio que los que se abstienen no votan a favor del acuerdo. El propietario que se abstiene asiste a la Junta pero no vota a favor ni en contra, lo que equivale en realidad a un voto en blanco, pues el que verdaderamente se abstiene es el propietario que no asiste a la Junta, es decir, el ausente, al que en este caso no se le da la segunda oportunidad contemplada para los acuerdos que han de adoptarse por unanimidad (art. 17.1.ª, párrafo penúltimo). Si la Ley hubiese querido que las abstenciones de propietarios asistentes a la Junta no se computasen para calcular la mayoría, debería haberse expresado con claridad que solo se computarían los votos a favor y los votos en contra, pero no lo dice, ni puede presumirse que lo diga, en contra del texto de la norma, que se formula en el sentido expresado, conforme al cual solo será válido el acuerdo si los votos positivos son mayoría entre los asistentes, y en el presente supuesto no lo son, pues los votos favorables fueron siete, y los no favorables (en contra y abstenciones) suman nueve, y, en consecuencia, no concurre la mayoría de asistentes requerida, por lo que los acuerdos impugnados son nulos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.1.a) de la Ley de Propiedad Horizontal. En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, de 17 de marzo de 2003, y de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 8 de mayo de 2006» (Fundamento de Derecho 3.º).

Frente a esta postura mayoritaria, la SAP de Asturias (Sección 4.ª) número 23/2007, de 23 de enero (recurso de apelación 492/2006) (AC 2007\295), que destaca por su razonada motivación, entiende que el propietario que se abstiene no ha de ser tenido en cuenta ni para el cómputo de la mayoría personal ni para el cálculo de la mayoría de intereses. Por lo acertado de los razonamientos utilizados conviene que transcribamos su doctrina que expone en los siguientes términos:

«La cuestión es ciertamente dudosa y ha dado lugar a opiniones encontradas que oscilan desde quienes entienden que las abstenciones deben computarse como votos negativos o positivos, a los que sostienen que no han de tenerse en cuenta a efectos de alcanzar la mayoría, o quienes por último, se apartan de las posiciones anteriores, computándolas a estos efectos pero sin equipararlos ni a los votos afirmativos ni a los negativos. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la abstención desde el punto de vista de quien forma parte de un colectivo en vías de tomar una decisión, es una de las opciones posibles y equivale a no tomar partido por una u otra de las posturas o alternativas sometidas a debate y decisión. En este sentido, parece claro que quienes están presentes en el momento de la votación y optan por abstenerse, están manifestando su propósito consciente y voluntario, cualquiera que sean las razones que les asistan, de no votar ni a favor ni en

contra, de tal modo que difícilmente cabe asimilar esta postura a la de quienes emitieron su voto en un sentido u otro, pues se estaría alterando la decisión tomada en su momento y dándole un significado que fue expresamente rechazado al actuar de esta manera. Distinto caso es el de los propietarios ausentes, por un lado, porque al no asistir a la Junta, no manifiestan expresamente esa opinión de no querer votar en uno u otro sentido la concreta propuesta sometida a debate; y, por otro y sobre todo, porque a estos efectos la Ley establece para ellos una presunción en determinadas condiciones, para considerarlos como votantes a favor, pero que, por las notables diferencias que existen entre ambas figuras propietario ausente y propietario presente que se abstiene no puede extenderse analógicamente, máxime cuando se trata de una regla excepcional.

Restan así por analizar los dos últimos criterios a los que antes se hizo referencia. La tesis de que no se computen las abstenciones, como si se tratase de propietarios que no hubieran asistido a la Junta, tiene las ventajas de dar una solución práctica inmediata a la toma de decisiones, agilizando el funcionamiento de la Comunidad, de respetar el criterio de la mayoría, y de no violentar el significado de la postura de quienes decidieron abstenerse. Por el contrario, esta línea argumental no se ajusta rigurosamente a la literalidad de la norma que, como se ha visto, para este concreto supuesto establece que la mayoría ha de obtenerse en relación a “los presentes” o a “los asistentes”. De seguirse estrictamente este tenor literal y adoptarse el criterio seguido por la Juzgadora de instancia, de que habrán de computarse a los que se abstienen para concluir si se alcanzó o no la mayoría, surgiría el importante inconveniente de otorgar a esas abstenciones un efecto a la postre no buscado por quienes tomaron tal postura, cual es el de impedir la aprobación de los correspondientes acuerdos como si se hubieran mostrado contrarios a los mismos, y, sobre todo, de obstaculizar en gran medida la vida diaria de las Comunidades, obligándoles a acudir al juicio de equidad previsto en el último párrafo del artículo 17 pese a que medió una mayoría que votó a favor del acuerdo. Consideraciones que llevan a esta Sala a optar por la solución antes indicada, seguida por un importante sector doctrinal, en el sentido de que el propietario que se abstiene no ha de ser tenido en cuenta, computándose únicamente los restantes propietarios tanto en cuanto a la unidad de voto como de contabilización de coeficientes, entendiendo en este sentido que las mayorías a las que se refiere el artículo 17.3 (hoy art. 17.4.^a LPH) en segunda convocatoria son las de asistentes o presentes que se pronuncien con su voto sobre la cuestión debatida, interpretando así la norma atendiendo a su espíritu y finalidad que parece claro es el de facilitar la toma de acuerdos en segunda convocatoria, y a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 del CC), ya que la práctica diaria muestra que es frecuente en la vida comunitaria la pasividad y absen-

tismo de los copropietarios, al menos respecto de determinadas materias, situación que aconseja seguir la interpretación más favorable para que este precepto pueda surtir efecto» (Fundamento de Derecho 2.º).

8. INTERPRETACIÓN QUE PROPUGNAMOS SOBRE LA MAYORÍA NECESARIA PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE MERA ADMINISTRACIÓN EN SEGUNDA CONVOCATORIA

Expuestas las distintas soluciones que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen a la hora de interpretar el artículo 17.4.^a LPH, conviene que nos pronunciemos sobre los criterios que, a nuestro juicio, deben presidir la interpretación y aplicación correcta del precepto. En este sentido, dos son las premisas que deben ser tenidas en cuenta.

En primer lugar, el inciso segundo del párrafo primero del artículo 17.4.^a LPH conforma la mayoría que establece para la válida adopción de acuerdos de mera administración en segunda convocatoria como una *mayoría absoluta*. Por tanto, inicialmente, y sin perjuicio de lo que luego indiquemos, no estamos ante una mayoría simple que solo requeriría la presencia de más votos positivos que votos negativos, es necesario que el número de votos positivos represente más de la mitad de los votos.

A nuestro juicio, que la expresión «la mayoría de los asistentes» que emplea el artículo 17.4.^a LPH está pensando en el voto positivo de más de la mitad de los propietarios asistentes a la Junta (mayoría absoluta), para definir la mayoría personal que contempla lo confirmaría el hecho incontestable de que al concretar la mayoría de intereses o de cuotas claramente establece esa misma mayoría absoluta («más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes»). En este punto, conviene recordar que nuestro legislador tras acoger el sistema de la doble mayoría para la adopción de acuerdos (mayoría personal y mayoría de cuotas o de intereses), cuando implanta una determinada mayoría para la adopción de acuerdos: mayoría de tres quintas partes (art. 17.1.^a-2.º y 3.^a LPH), mayoría absoluta (arts. 16.2.3.º y 17.1.^a-3.º LPH), un tercio (art. 17.2.^a LPH), impone esta mayoría tanto para la mayoría personal como para la mayoría de cuotas. Si esto es así, parece razonable entender que el legislador cuando exige «la mayoría de asistentes» para definir la mayoría personal estaba pensando en más de la mitad de los votos de los propietarios presentes, ya que esa misma mayoría absoluta («más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes») es la que estableció expresamente para conformar la mayoría de cuotas o de intereses.

En segundo lugar, pese a la literalidad del inciso segundo del artículo 17.4.^a LPH, la mayoría exigible para la válida adopción de acuerdos de mera administración en segunda convocatoria es una mayoría cuya base numérica no debe

ser el número de los propietarios asistentes o presentes en la Junta sino el número de *votos válidamente emitidos por los propietarios asistentes a la Junta*. Aunque el texto legal remite la mayoría personal a la mayoría de los «asistentes» a la Junta y, en igual sentido, la mayoría patrimonial viene referida a las cuotas de los «presentes» en la reunión de propietarios, el sentido que debe darse al recto valor de las abstenciones, los votos en blanco y los votos nulos impone excluir del cómputo estos tres conceptos.

La consecuencia inmediata que se obtiene de la conclusión anterior es que, dado que los únicos votos que deben entrar en el cómputo de la mayoría prevista en el segundo inciso del artículo 17.4.^a LPH son los votos válidamente emitidos por los propietarios presentes en la Junta, la mayoría absoluta que este precepto contempla actúa funcionalmente como una mayoría simple, ya que para aprobar el acuerdo solo se necesita que los votos positivos superen a los votos negativos. Esto es así porque si del cómputo se excluyen los votos en blanco, los votos nulos y las abstenciones, cuando los votos positivos son más que los votos negativos (único requisito que se necesita para la obtención de la mayoría simple), el resultado es siempre la presencia de una mayoría absoluta, en la medida en que los votos positivos, para poder superar a los votos negativos tienen que ser más de la mitad de todos los votos válidamente emitidos.

Pongamos dos ejemplos que demuestran lo que decimos:

Ejemplo A:

Propietarios que votan sí: 25.

Propietarios que votan no: 24.

Propietarios que se abstienen: 13.

Total propietarios asistentes: 62.

Propietarios a computar (descontadas las abstenciones): 49.

Mayoría absoluta (descontadas las abstenciones): 25.

Ejemplo B:

Propietarios que votan sí: 34.

Propietarios que votan no: 33.

Propietarios que se abstienen: 5.

Total propietarios asistentes: 72.

Propietarios a computar (descontadas las abstenciones): 67.

Mayoría absoluta (descontadas las abstenciones): 34.

En consecuencia, dado que solo entran en el cómputo los votos válidamente emitidos por los propietarios presentes en la Junta, para la aprobación válida de un acuerdo comunitario bastará con que el acuerdo haya obtenido, en segunda convocatoria, más votos positivos que negativos (mayoría personal), siempre que las cuotas de participación de los propietarios que votaron

a favor del acuerdo representen, a su vez, más de la mitad, o lo que es lo mismo, más del 50 por 100 del total de las cuotas de los propietarios presentes en la Junta que emitieron válidamente su voto (mayoría de cuotas o de intereses), excluidas las cuotas de los que estando presentes en la reunión, sin embargo, votaron en blanco, su voto resultó nulo o se abstuvieron de votar.

En todo caso, debemos precisar que para computar la mayoría personal y de cuotas aunque el precepto remite a los asistentes a la Junta, en realidad, habrá que estar a los propietarios presentes en la Junta al tiempo de la votación del acuerdo de que se trate, ya que puede ocurrir que a la Junta hayan asistido algunos propietarios que, sin embargo, se ausentaron de la reunión al tiempo de la votación. Son exclusivamente los propietarios presentes en el momento de la votación los que conforman la base numérica a tener en cuenta para el cómputo de la mayoría que nos ocupa (65). Propietarios asistentes a la Junta son los presentes en la reunión, personalmente o representados. A los efectos de determinar esta mayoría personal, como ya sabemos, cada propietario ostenta un único voto, aunque tenga varios pisos o locales de su propiedad. Igualmente, en el caso de que un piso o local pertenezca a varios propietarios *pro indiviso*, solo podrá computarse un solo voto (art. 15.1.2.º LPH) por cada unidad inmobiliaria independiente.

Para fundamentar la interpretación que proponemos nos apoyamos en los siguientes argumentos:

1.º Una interpretación finalista de la norma (art. 3.1 del CC), ya que con la interpretación que defendemos se satisface mejor el designio del legislador que al regular la segunda convocatoria de la Junta ha buscado siempre favorecer la constitución de la Junta (no sometiénola a ningún tipo de *quórum*: art. 16.2.3.º LPH), y la aprobación de acuerdos de mera administración con la presencia de un número reducido de propietarios presentes en la reunión.

Por ello, la literalidad del precepto no puede ser un obstáculo. En Derecho, la interpretación gramatical es uno de los criterios hermenéuticos para precisar el alcance y contenido de las normas jurídicas, pero no es el único. Si solo se atendiera a las palabras o redacción de los textos legales puede llegarse a absurdos jurídicos. En el tema que nos ocupa, por ejemplo, resulta de interés recordar lo sucedido con el artículo 79.2 CE. Pese a su literalidad, que parece regular una clara mayoría absoluta, cuando dispone que para la válida adopción de acuerdos por las Cámaras parlamentarias «deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros *presentes*», no ha existido ningún inconveniente para que la doctrina y la práctica parlamentaria uniforme desde 1978 hayan entendido que este precepto constitucional implanta una mayoría

(65) En el BALCI citado se mantenía el mismo principio que se deja señalado en el texto, ya que su artículo 20.1 disponía lo siguiente: «No se cuentan como asistentes los propietarios que hayan abandonado la sesión al tiempo de la votación respectiva».

simple, por lo que para la adopción de acuerdos basta que los votos positivos sean más que los negativos, excluyéndose del cómputo las abstenciones.

En esta línea, como también ocurre en el Derecho parlamentario italiano, cuya Constitución de 1947 regula la materia de una forma semejante a como lo hace nuestro artículo 79.2 CE, se ha sorteado la literalidad del texto legal, que remite a la mayoría de los miembros «presentes», distinguiendo entre miembros presentes en la sesión (que son los contemplados expresamente en el citado art. 79.2 CE), y miembros presentes en la votación, de modo que sea posible sostener que los que se abstienen, en la medida en que no votan, aunque están presentes en la sesión no están presentes o están ausentes en la votación. Si esta interpretación ha servido para resolver los problemas que planteaba la abstención en la aprobación de acuerdos parlamentarios, que por definición se ocupan de asuntos de mayor enjundia e interés general o público que los que tienen por objeto actos privados de mera administración de una comunidad de propietarios, nada impide que la misma doctrina pueda tener aplicación en la adopción de acuerdos de mera administración en una Junta de propietarios reunida en segunda convocatoria. De esta forma, resulta razonable sostener que cuando los propietarios asisten a la Junta pero luego en ella, se abstienen, votan en blanco o su voto resulta nulo, aunque están presentes en la Junta o asisten a ella, están ausentes o no presentes en la votación. En apoyo de esta forma de ver las cosas cabe, por tanto, invocar el precedente representado por todo un cuerpo de doctrina parlamentaria sustentada en sesudos informes jurídicos de funcionarios de alta calificación técnica (Letrados de las Cámaras), y en una interpretación de las normas que atiende a la verdadera significación jurídica de la abstención y de los votos en blanco y los votos nulos.

2.º La aplicación analógica de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico privado que, expresamente, excluyen del cómputo de las mayorías los votos en blanco, los votos nulos y las abstenciones, atendiendo exclusivamente a los votos válidamente emitidos. La aplicación analógica de estas normas es procedente, ya que el artículo 17.4.^a LPH nada dice sobre el valor de los votos en blanco, los votos nulos y las abstenciones por lo que esta evidente laguna legal puede ser colmada aplicando lo previsto en otras normas que si contemplan estos supuestos, en los casos de adopción de acuerdos sociales en las sociedades mercantiles, dada la identidad de razón que concurre entre la aprobación de acuerdos en la Junta de propietarios y la aprobación de acuerdos sociales (art. 4.1 del CC). En este orden de ideas debemos traer a colación lo que en materia de sociedades de responsabilidad limitada establecía el artículo 53.1 LSRL, según el cual: «(l)os acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los *votos válidamente emitidos*, [...]. *No se computarán los votos en blanco*». Regulación que se reproduce en el actual artículo 198 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (BOE de 3 de julio). Igualmente, debemos mencionar lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que establece que: «(e)xcepto en los supuestos previstos en esta Ley, la Asamblea General adoptará los acuerdos por más de la mitad de los *votos válidamente expresados*, no siendo computables a estos efectos los votos en blanco ni las abstenciones». También resulta de obligada cita el Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 294/1, de 10 de noviembre de 2001), que prescribe que «los acuerdos de la junta general se tomarán por mayoría de *votos válidos emitidos*» (art. 57), disponiendo expresamente que «no se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo» (art. 58).

3.º La significación jurídica que debe darse a la abstención, a los votos en blanco y a los votos nulos.

En el caso de la abstención, el propietario opta por no votar. El que se abstiene no toma postura sobre el acuerdo sometido a votación, ni lo quiere ni lo rechaza. Voluntariamente ejerce su derecho de voto no votando, no expresando o emitiendo su voluntad conformadora de la voluntad comunitaria. Por ello, deliberadamente deja la decisión del asunto sometido a votación en manos, o sería mejor, en la voluntad de los demás propietarios que asisten a la Junta y votan, sea a favor o en contra del acuerdo. Por ello, si se computase la presencia del propietario que se abstiene para la determinación de la mayoría personal y su cuota de participación se tuviera en cuenta para el cómputo de la mayoría de cuotas o de intereses resultaría que la abstención actuaría siempre como un voto negativo que impide que los propietarios que votaron mayoritariamente a favor del acuerdo con sus votos positivos aprueben el acuerdo. Con lo que se contraviene la propia significación que el abstencionista quiso dar a su postura, que fue la de no votar ni a favor ni en contra. En este punto puede resultar interesante recordar el viejo aforismo o principio del parlamentarismo británico según el cual los ausentes votan siempre con la mayoría (66). Nosotros podríamos decirlo de otra manera, el que se abstiene, como el que no asiste a la Junta, no ha querido pronunciarse por lo que su postura se debe añadir a la postura mayoritaria de los que votan. Si hubo más votos positivos que negativos, entonces su posición se añade a los que votaron a favor del acuerdo. Si hubo más votos negativos que positivos,

(66) Como señala SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, pág. 181, este principio o máxima del Parlamento británico encierra una ficción jurídica con la que se trata de impedir el bloqueo de las decisiones parlamentarias. Vid., también, RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo VI, Edersa, 1998, Madrid, pág. 784.

el abstencionista suma su postura a los que votaron en contra del acuerdo sometido a votación. Al abstenerse y dejar la decisión del asunto en manos de los que votan, la postura del que se abstiene pasa a convertirse en una suerte de voto flotante que reforzaría la decisión mayoritaria de los que se pronunciaron a favor (votos positivos) o en contra (votos negativos) del acuerdo. Si el acuerdo obtuvo más votos favorables que en contra, entonces la abstención se sumaría a los votos favorables y el acuerdo obtendría la mayoría de votos necesaria. Por el contrario, si hubo más votos en contra que votos favorables, la postura de los que se abstuvieron pasaría a reforzar la posición de los que votaron en contra. Por esta razón, como la abstención no añade nada a la postura mayoritaria (positiva o negativa), lo procedente es no contabilizar la abstención, fundamentalmente porque, como ya hemos apuntado, el propio abstencionista quiso que fueran los demás, con su voto, los que decidiesen sobre el acuerdo sometido a votación. En caso contrario, si contabilizamos la abstención, en el caso de que los votos mayoritarios fueran los positivos al acuerdo, la abstención siempre actuaría como un voto negativo que impide la aprobación de acuerdo lo que no quiso el abstencionista, que no se pronunció ni a favor ni en contra.

A lo dicho hay que añadir que el abstencionista no está nunca legitimado para impugnar el acuerdo aprobado por el voto mayoritario de los demás. Como no votó en contra y, por tanto no ha «salvado su voto» en la Junta en la que estuvo presente, queda privado del derecho a impugnar el acuerdo (art. 18.2 LPH). Si esto es así, no existen razones serias para que su abstención entorpezca la válida adopción del acuerdo aprobado mayoritariamente por los demás propietarios presentes en la Junta.

En el supuesto del voto en blanco ciertamente estamos ante un voto válidamente emitido, ya que a diferencia de la abstención en la que el abstencionista ejerció su derecho al voto de forma negativa, no emitiendo su voto, en el caso del voto en blanco el propietario ejercita su derecho al voto de forma positiva, emitiendo un voto que, sin embargo, carece de contenido decisorio, ya que se limita a expresar la voluntad de votar pero sin contenido positivo o negativo, ya que ni rechaza el acuerdo ni lo acepta. Por ello, el voto en blanco debe producir los mismos efectos que la abstención. En caso contrario, si computásemos el voto en blanco para impedir la válida aprobación del acuerdo que contó con el voto positivo mayoritario de los propietarios asistentes a la Junta, igualmente, convertiríamos el voto en blanco en un voto negativo cuando es evidente que este efecto no fue el querido por el propietario que al votar en blanco, precisamente lo que quiso fue no votar a favor ni en contra del acuerdo.

Finalmente, por lo que respecta al voto nulo, aunque estamos ante un voto emitido que expresa una determinada voluntad decisoria del propietario que lo emite, a favor o en contra del acuerdo sometido a votación, dada su invalidez jurídica, no debe producir los efectos que normalmente debería producir

un voto válido y eficaz, por lo que jurídicamente debe considerarse como un voto no emitido: *quod nullum est nullum effectum producit*.

En definitiva, la interpretación que proponemos creemos que es la que mejor se ajusta al espíritu de la ley y al significado jurídico que debe darse a la abstención, al voto en blanco y al voto nulo, y aunque todavía es minoritaria, ha sido defendida, aunque respecto solo de la abstención por LOSCERTALES FUERTES, en los términos ya señalados, y por la citada SAP de Asturias (Sección 4.ª) de 23 de enero de 2007.

9. VALOR DE LAS ABSTENCIONES EN LOS ACUERDOS QUE EXIGEN LA UNANIMIDAD O UNA MAYORÍA ESPECIAL

Analizados los efectos que la abstención debe producir en la adopción de los acuerdos de mera administración previstos en el artículo 17.4.ª LPH, debemos ahora estudiar qué efectos debe tener la abstención en los acuerdos para cuya válida aprobación la Ley exige el requisito de la unanimidad o una de las mayorías especiales establecidas en el artículo 17.1.ª LPH.

En la doctrina, la postura de los autores sobre esta cuestión dista mucho de ser pacífica. Para ECHEVERRÍA SUMMERS, cuando el que asiste a la Junta se abstiene en la votación de un acuerdo que exige para su aprobación la unanimidad, «la abstención declarada al tiempo de desarrollarse la votación no supone más que la conformidad con el resultado que la misma arroje, en pro o en contra del acuerdo sometido a votación, por lo que habrá de entenderse que si el resto de presentes vota a favor del acuerdo, consiente también al contenido del mismo» (67).

Igualmente, para los acuerdos que requieren la unanimidad, CARRASCO PERERA sostiene que cuando las abstenciones no concurren con votos contrarios al acuerdo, de modo que los propietarios que se abstienen son los únicos votos no expresamente favorables al acuerdo, la abstención debe ser tratada como aprobación o aceptación del acuerdo votado favorablemente por todos los demás propietarios. «Más aún —concluye este autor— considero que el propietario que asistió y se abstuvo se entenderá que acepta, sin necesidad de esperar a que transcurra el plazo del mes (68) que la regla 1.ª *in fine* ha establecido a favor de los ausentes» (69). Posteriormente, sin embargo, este

(67) ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 285.

(68) La referencia que este autor hace al plazo del mes debe entenderse referido al plazo de treinta días naturales que ahora establece el artículo 17.1.ª-4.º LPH, tras la reforma operada por la Ley 8/1999, que vino a cambiar el plazo de un mes del primitivo artículo 16.1.ª-2.º LPH, por el actual de los treinta días naturales actuales.

(69) CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 535.

autor sostiene algo en parte contradictorio con la anterior consideración, pues, tras afirmar que «en materia de propiedad horizontal, como en el resto del Derecho Privado, el silencio no vale como aceptación, salvo que exista el deber de hablar, cuya inobservancia deba ser valorada como aceptación», con cita expresa de la STS de 17 de noviembre de 1995, estima «inaceptable que el TS haya deducido con carácter general la existencia de un deber de hablar, cuya inobservancia equivale a aceptación, en el propietario que no manifiesta expresamente su discrepancia en sede del (antiguo) artículo 16 LPH. El silencio solo vale como aceptación en la hipótesis de la regla 1.^a del artículo 17», por ello, considera que con carácter general no puede valer como aceptación, por lo que, concluye, «no vale para computar como votos positivos las abstenciones, ni para formar una mayoría real mediante un procedimiento paralelo al del artículo 17.1.^a» (70).

Por su parte, MAGRO SERVET considera que no puede pretenderse que las abstenciones se sumen a la mayoría para alcanzar el *quórum* de votos necesario, pero lo que debe quedar claro es que la abstención no perjudica a la unanimidad (71), añadiendo que las abstenciones no pueden colaborar en que se alcancen los acuerdos que exigen un número determinado de votos favorables (72).

En el plano jurisprudencial la cuestión dista de estar clara. Los tribunales coinciden en destacar que el propietario que se abstiene carece de legitimación para impugnar el acuerdo aprobado por los demás propietarios y en esta línea se pronuncian, entre otras, la SAP de Salamanca, de 15 de abril de 2002, número 175/2002, dictada en el recurso de apelación 170/2002 (*JUR* 2002\165797), y la SAP de Gipuzkoa, de 30 de marzo de 2007, número 66/2007, dictada en el recurso de apelación 3081/2007 (*JUR* 2007\136476). Sin embargo, discrepan sobre el significado que debe darse a la abstención. Así, mientras la SAP de Jaén (Sección 2.^a), de 30 de enero de 2007, número 17/2007, dictada en el recurso de apelación 24/2007 (*JUR* 2007\155985), afirma que la unanimidad «no se puede entender colmada por la existencia de abstenciones como se pretende, pues dicho razonamiento nos podría llevar al absurdo de considerar prestado el consentimiento unánime favorable a la modificación del título constitutivo de todos los comuneros de un inmueble, aun cuando todos ellos se hubiesen abstenido», y en la misma línea, la SAP de Asturias (Sección 7.^a), de 12 de julio de 2007, número 337/2007, dictada en el recurso de apelación 124/2006 (*AC* 2008\423), entiende que contabilizar las abstenciones como votos favorables «no es aplicable a los acuerdos que requieren

(70) *Ob. cit.*, pág. 541.

(71) MAGRO SERVET, Vicente, «Valoración de la abstención en las votaciones de las Juntas de Propietarios», en *SEPIN, propiedad horizontal*, marzo-abril de 2010, núm. 304, documento disponible en www.sepin.es, Referencia: SP/DOCT/4227, pág. 25.

(72) *Ob. cit.*, pág. 27.

mayoría cualificada, ni en los que requieren tan solo mayoría simple, ya que la interpretación lógica de la norma jurídica es que la adopción de los acuerdos se obtiene con los que votan a favor, solo en los casos en que se requiere unanimidad para la adopción del acuerdo las abstenciones no entorpecerán la adopción del acuerdo, ya que para evitar que se adopte el acuerdo deben existir votos en contra en la junta, ya que las abstenciones no se equiparan a estos efectos como votos en contra. Ahora bien, respecto a los que requieren mayoría cualificada o mayoría simple la circunstancia interpretativa es distinta, ya que al requerirse un determinado quórum de propietarios y de cuotas de participación, ese quórum solo puede obtenerse con los votos favorables, nunca con las abstenciones, y en caso de los acuerdos que requieren mayoría cualificada, además, con los votos de los ausentes que no se oponen en el plazo de treinta días naturales como hemos visto. En este sentido, nunca una abstención se puede añadir a un voto favorable al objeto de alcanzar las mayorías exigidas en la norma jurídica, ya que se entiende que la interpretación es clara y diáfana al referirse a votos a favor», la SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 20 de octubre de 2005, número 469/2005, dictada en el recurso de apelación 394/2005 (JUR 2006\21401), afirma que: «las abstenciones no pueden dejar de computarse deviniendo favorables al no caberles ninguna posibilidad de impugnación tal y como resulta de lo prevenido en el artículo 18.2 LPH».

A nuestro juicio, el estudio de este problema, que no es fácil de resolver, exige diferenciar la situación del propietario que se abstiene del propietario ausente de la Junta cuando se vota el acuerdo en cuestión.

En el caso del propietario ausente de la Junta debemos, ante todo, distinguir dos situaciones.

La primera situación en la que puede hallarse el ausente es aquella en la que el propietario no asistió a la Junta por no haber sido debidamente citado a la reunión. En esta hipótesis, la falta de asistencia a la Junta no fue una opción voluntariamente tomada por el propietario ausente. El propietario que por no ser citado para asistir a la Junta no supo que se iba a celebrar la reunión de propietarios, no pudo elegir entre asistir o no asistir a ella. Por esta razón, en la medida en que fue privado de sus derechos *políticos* de asistencia, voz o deliberación y voto en la Junta, podrá impugnar los acuerdos adoptados en la Junta en la que estuvo ausente puesto que fueron aprobados sin darle la oportunidad de conformar la voluntad comunitaria con su voto (73).

(73) La jurisprudencia ha reconocido el carácter esencial de la citación de los propietarios para que puedan asistir a la Junta, declarando que su falta determina la nulidad de la Junta celebrada sin la previa citación de los propietarios y por ende de los acuerdos aprobados en ella, entre otras, en las SSTS de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988\3872), 30 de octubre de 1992 (RJ 1992\8354), 10 de julio de 2003 (núm. 706/2003) (RJ 2003\4625). En igual sentido, se pronuncia la jurisprudencia menor de las Audiencias, así, por ejemplo, la

La segunda situación que cabe apreciar en el ausente existirá cuando el propietario, pese a estar debidamente citado para asistir a la Junta y, por consiguiente, habiendo tenido conocimiento de que se iba a celebrar la reunión de propietarios y de los asuntos que se iban a tratar en ella por estar incluidos en el orden del día de la reunión, optó por no asistir a la Junta. En esta situación, como el propietario ausente lo fue por haber elegido no asistir a la Junta asumió que podrían aprobarse acuerdos relacionados con los asuntos incluidos en el orden del día, y por ello, nada podrá oponer a los acuerdos aprobados por los asistentes a la Junta, en los términos que luego precisaremos.

No obstante, en esta segunda situación del ausente cabe distinguir el supuesto de aquel propietario que aunque fue citado para asistir a la Junta y optó por estar ausente en ella, sin embargo, en la Junta a la que no asistió los propietarios asistentes aprobaron un acuerdo que versó sobre una materia no incluida en el orden del día, de forma que el acuerdo aprobado resulta sorpresivo, no previsto ni esperado cuando optó por no asistir a la Junta. En este caso, es evidente que la posición del propietario ausente es equivalente a la del propietario que no fue citado para asistir a la Junta por lo que podrá impugnar este acuerdo no previsto ya que fue aprobado conculcando sus derechos políticos de asistencia, de voz o deliberación y de voto (74).

SAP de Burgos (Sección 2.ª) de 16 de febrero de 1999 (núm. 101/1999) (AC 1999\3847). Asimismo, en el caso de la Junta ordinaria tiene declarado que aunque haya existido la citación es necesario que se cumpla además el requisito de la antelación de los seis días que exige ahora el artículo 16.3 LPH, por lo que el incumplimiento de este requisito acarrea la nulidad de la Junta y de los acuerdos aprobados en ella. En este sentido, se pronuncian decididamente las SSTs de 29 de octubre de 1993 (núm. 1014/1993) (RJ 1993\8165) y 26 de abril de 2000 (núm. 433/2000) (RJ 2000\3187), y la SAP de Albacete (Sección 1.ª) de 31 de marzo de 1999 (núm. 44/1999) (AC 1999\1154). Finalmente, cabe señalar que en el plano probatorio la jurisprudencia tiene igualmente declarado que cuando el propietario afectado niegue la existencia de la citación la carga de la prueba de que la citación se realizó con los requisitos legales incumbe a la comunidad de propietarios: SSTs de 13 de diciembre de 1993 (núm. 174/1993) (RJ 1993\9872), y de 10 de julio de 2003 (RJ 2003\4625), y en la misma línea se pronuncia la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales: SAP de Las Palmas (Sección 3.ª), de 30 de octubre de 2008 (núm. 755/2008) (JUR 2009\49412); SAP de Valencia (Sección 8.ª), de 26 de enero de 2004 (núm. 26/2004) (AC 2004\879); SAP de Madrid (Sección 13.ª), de 26 de diciembre de 2002 (AC 2003\394); y SAP de La Coruña (Sección 3.ª), de 7 de junio de 1999 (rollo de apelación 2905/1997) (AC 1999\7868).

(74) La jurisprudencia ha aceptado que la aprobación de acuerdos que versen sobre asuntos no incluidos en el orden del día supone una causa de nulidad del acuerdo que permite su impugnación, siendo decisivo, para apreciar esta nulidad, que no pueda encontrarse ninguna relación entre el acuerdo aprobado y los puntos o materias que constituyan el orden del día que hubieran permitido a los propietarios presumir o conjeturar sobre el probable contenido de los acuerdos a adoptar por la Junta. En este sentido, pueden citarse las SSTs de 30 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8583); 27 de julio de 1993 (núm. 786/1993) (RJ 1993\6321); 26 de junio de 1995 (núm. 637/1995) (RJ 1995\5115); 10 de noviembre de 2004 (núm. 1075/2004) (RJ 2004\6888); 18 de septiembre de 2006 (núm. 900/2006) (RJ 2006\6364); y 15 de junio de 2010 (núm. 353/2010) (RJ 2010\5392). En

Hechas estas precisiones, en el caso del propietario ausente de la Junta por decisión propia nuestro legislador distingue dos supuestos:

En primer lugar, está el supuesto en el que el acuerdo aprobado por los asistentes a la Junta es un acuerdo de los incluidos en el artículo 17.4.^a LPH, es decir, se trata de un acuerdo de los que hemos llamado de mera administración ordinaria de la comunidad. En este caso, como ya hemos visto, la Ley solo atiende al voto de la «mayoría de los asistentes» (mayoría personal) que representen, a su vez, la mayoría «de las cuotas de los presentes», por ello, la postura de los ausentes es absolutamente indiferente y no cuenta para nada. En este caso tiene plena aplicación el viejo principio del parlamentarismo británico según el cual los ausentes votan siempre con la mayoría. En consecuencia, el propietario que debidamente citado decide no asistir a la Junta deliberadamente acepta someterse y acatar las decisiones que apruebe la mayoría de los propietarios asistentes a la Junta.

Distinto del supuesto anterior es el caso que concurre cuando el acuerdo aprobado por los asistentes a la Junta es un acuerdo de los que necesitan para su válida adopción la obtención de la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas en el artículo 17.1.^a LPH. En este caso, el párrafo 4.º de la citada regla 1.^a del artículo 17 LPH, con la finalidad de que, pese a la falta de asistencia de propietarios a la Junta, se pueda obtener el número de votos necesarios regula un mecanismo mediante el cual permite que el silencio del propietario ausente, que no se opone al acuerdo aprobado por los asistentes a la Junta, sea computado como un voto favorable al acuerdo. Por tanto, la ausencia a la Junta en la que se aprobó el acuerdo no priva definitivamente al propietario ausente de su derecho de voto a la hora de conformar la voluntad comunitaria, pues, aunque al no asistir a la Junta no ejerció su derecho de voto de forma expresa, por lo que no votó ni a favor ni en contra del acuerdo, dado que la ley requiere, para la aprobación del acuerdo, un número determinado de votos, computa su silencio, como un voto presunto favorable al acuerdo por el simple hecho de no manifestar su oposición o discrepancia expresa al acuerdo aprobado por los propietarios presentes (75).

la misma línea, en la jurisprudencia menor, pueden señalarse las siguientes Resoluciones: SAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 21 de mayo de 1998 (núm. 164/1998) (AC 1998\5821); SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a), de 29 de junio de 1999 (núm. 224/1999) (RJ 1999\7865); SAP de Madrid (Sección 10.^a), de 5 de febrero de 2000 (rollo de apelación 687/1997) (AC 2000\3049); y SAP de Madrid (Sección 9.^a), de 9 de julio de 2009 (núm. 351/2009) (JUR 2009\363693).

(75) Sobre esta cuestión puede verse mi artículo: *Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la Junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los treinta días*. Doctrina legal de la STS (Sala 1.^a) 930/2008, de 16 de diciembre (recurso de casación 577/2003). Ponencia del Excmo. Señor don Juan-Antonio Xiol Ríos. Diario LA LEY, núm. 7186, Sección Doctrina, 1 de junio de 2009, Año XXX. Referencia 12137/2009.

Expuesto el tratamiento jurídico que recibe la postura del ausente en la Junta, debemos ahora analizar la situación del abstencionista. Ante todo debe destacarse que el que se abstiene nunca puede ser un ausente en la Junta. Aunque es obvio, conviene recordar que para que un propietario pueda abstenerse en la votación es necesario que asista y esté presente en la Junta. La abstención presupone, por consiguiente, la presencia del propietario que se abstiene en la Junta en el momento de la votación. Por esta razón, jurídicamente hablando ausencia y abstención no son supuestos equivalentes. En el plano sociológico o político es lícito decir que el que no vota se abstiene, o, si se prefiere, que está ausente en la votación, pero en el régimen de la propiedad horizontal, el que se abstiene no puede nunca ser considerado un ausente.

Hechas las precisiones anteriores, lo primero que debe resaltarse es que la abstención inicialmente no sirve para conformar la unanimidad o las mayorías especiales que se establecen en el artículo 17.1.^a LPH. Cuando esta norma exige la unanimidad o una mayoría especial para la válida aprobación de un acuerdo, lo que está diciendo es que para la existencia y validez del acuerdo debe haber obtenido el número de votos positivos o favorables legalmente requerido. Para el cómputo de estos votos positivos la ley tiene en cuenta tanto los votos favorables emitidos por los propietarios asistentes a la Junta, lo que podríamos llamar los votos expresos, como los denominados votos presuntos de los propietarios ausentes, formados a partir de su silencio o no oposición al acuerdo en los términos previstos en el artículo 17.1.^a-4.º LPH.

Por tanto, cuando sumados los votos favorables de los presentes y los votos presuntos de los ausentes no se haya obtenido la unanimidad o el número de votos necesarios para conformar las mayorías especiales correspondientes, en puridad el acuerdo no se habrá aprobado válidamente y por ello cabe, incluso, afirmar que no tiene existencia jurídica eficaz como tal acuerdo comunitario, y este es el criterio de un importante sector de la doctrina científica (76). Pero

(76) Esta doctrina considera que cuando la ley exige la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas en el artículo 17.1.^a LPH, si el acuerdo es aprobado sin que concurra el número de votos exigido, el acuerdo así adoptado es un no-acuerdo, y no tiene existencia jurídica como tal acuerdo en la medida en que carece de validez jurídica, razón por la cual no es necesario impugnarlo para oponerse a él o negar su eficacia, desde el momento en que es un acto nulo de pleno derecho, no sometido al plazo de impugnación previsto en el artículo 18.3 LPH. En apoyo de esta solución se suele invocar el contenido del artículo 23 del BALCI, que consideraba nulos de pleno derecho, entre otros, los acuerdos de la Junta «adoptados sin las mayorías en cada caso exigidas». Defienden esta línea de pensamiento, entre otros, CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 597-599; y GÓMEZ CALLE, Esther, *El artículo 18 LPH: La impugnación de los acuerdos en el régimen de la propiedad horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 28. Este criterio doctrinal, pese a su ortodoxia dogmática, resulta, sin embargo, contrario a la doctrina jurisprudencial que tiene declarado de forma expresa que la aprobación de un acuerdo incumpliendo la regla de la unanimidad (hoy podríamos decir también una de las mayorías especiales del artículo 17.1.^a LPH), no determina su nulidad de pleno derecho sino, simple-

dicho esto, lo cierto es que el acuerdo se ha producido en el mundo de los hechos, la Junta de Propietarios lo aprobó (aunque haya sido contrariamente a lo dispuesto en la ley). Por esta razón, quien quiera negar su existencia jurídica u oponerse a su eficacia debería plantear un procedimiento de impugnación a fin de que los tribunales declaren la inexistencia o la invalidez del acuerdo aprobado por no contar con el número de votos necesario, en caso contrario, por mucho que se diga que el acuerdo no tiene existencia jurídica como tal acuerdo, su existencia «fáctica» sin duda va a producir efectos, que serán los queridos por la mayoría que votó a favor de su aprobación. En este punto, conviene recordar que tras la reforma de la Ley 8/1999 el legislador, prescindiendo de matizaciones doctrinales y teóricas, parece haber optado por imponer al propietario que quiera negar la eficacia de un acuerdo aprobado en Junta de propietarios, contraviniendo algún precepto de la LPH, la carga de impugnarlo judicialmente, en la medida en que los acuerdos aprobados por la Junta son vinculantes y ejecutivos para todos los propietarios desde que se acuerdan, de modo que, incluso si son impugnados judicialmente no por ello pierden su efectividad, salvo que se solicite y se acuerde por la autoridad judicial la suspensión de su eficacia como medida cautelar (art. 18.4 LPH), por lo que si no son impugnados dentro del plazo legal quedan convalidados y adquieren una firmeza inatacable (art. 18.3 LPH) (77).

Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores como el propietario que se abstiene en la votación carece de legitimación para impugnar el acuerdo aprobado por los demás (art. 18.2 LPH), no va a poder impugnar el acuerdo alegando que no obtuvo el número de votos legalmente exigido al no contar con su voto positivo. La consecuencia razonable de todo ello es entender que los pro-

mente, su anulabilidad, por lo que si se quiere enervar su eficacia deberá impugnarse dentro del plazo legal. En esta línea se manifiestan, entre otras, las SSTS de 5 de mayo de 2000 (núm. 460/2000) (*RJ* 2000\3990), 26 de junio de 1998 (núm. 631/1998) (*RJ* 1998\5018), y 9 de diciembre de 1997 (núm. 1133/1997) (*RJ* 1997\8782).

(77) Tras la reforma operada por la Ley 8/1999, como señalamos en el texto, el legislador parece haber dado carta de naturaleza a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de invalidez de los acuerdos comunitarios, que distinguía únicamente dos tipos de acuerdos contrarios a la ley: los acuerdos que contravienen una norma de la Ley de Propiedad Horizontal, para los que solo estaría prevista la sanción de la anulabilidad, en la medida en que para que puedan ser declarados nulos se exige siempre el ejercicio de la acción de impugnación dentro del plazo legal de caducidad (hoy del año previsto en el art. 18.3 LPH), y los acuerdos que, por infringir una ley imperativa o prohibitiva distinta de la LPH, que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención, o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho. En esta línea que se abría iniciado con las SSTS de 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984\1928) y de 18 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984\6135), se reiterarían las SSTS de 18 de abril de 2007 (núm. 445/2007) (*RJ* 2007\2073), 30 de diciembre de 2005 (núm. 1050/2005) (*RJ* 2005\1212), 25 de enero de 2005 (núm. 33/2005) (*RJ* 2005\1200), 7 de marzo de 2002 (núm. 195/2002) (*RJ* 2002\4152), por citar solo las sentencias que aunque aplican la legislación anterior, se han dictado después de la vigencia de la Ley 8/1999.

pietarios que se abstuvieron de votar el acuerdo votado favorablemente por los demás no podrán impedir su eficacia jurídica en la hipótesis de que solo la falta del voto positivo del abstencionista sea la que impide la obtención de la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas ahora en el artículo 17.1.^a LPH para la aprobación del acuerdo.

Desde otra perspectiva, cabe también plantearse si el mecanismo de obtención de votos favorables o votos presuntos contemplado para los propietarios ausentes en el párrafo 4.º de la regla 1.^a del artículo 17 LPH puede aplicarse a los propietarios que se abstuvieron en la votación del acuerdo. En este punto resulta de interés traer a colación la doctrina sentada por la STS de 17 de noviembre de 1995 (78). Dejando ahora al margen el concreto caso resuelto por esta sentencia, en ella se estimó que la norma prevista entonces en el párrafo 2.º de la regla 1.^a del artículo 16 LPH y que hoy encuentra su equivalente normativo en el citado artículo 17.1.^a-4.º LPH, podía aplicarse por analogía a los propietarios presentes en la Junta que se abstuvieron de votar el acuerdo aprobado por el resto de los asistentes a la reunión.

Siguiendo dicho enfoque, ciertamente, la LPH no regula los efectos que debe producir la abstención de los propietarios en la formación de los acuerdos que exigen para su válida aprobación la obtención de un número determinado de votos (la unanimidad o las mayorías especiales establecidas en el actual art. 17.1.^a LPH). Ante esta evidente laguna legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, podría aplicarse por analogía al propietario que se abstiene lo previsto para el propietario ausente en el artículo 17.1.^a-4.º LPH. Esta aplicación analógica sería posible porque en el caso previsto en la Ley (propietario ausente) y en el caso del propietario que estando presente en la Junta se abstiene, concurre una situación similar (identidad de razón): en ambos supuestos existe un *propietario que no vota en contra del acuerdo* aprobado por los demás. En el caso del propietario que se abstiene porque estando presente en la Junta si bien no votó a favor del acuerdo por su postura abstencionista tampoco votó en contra del mismo. En el caso del propietario ausente porque al no estar presente en la Junta no votó ni a favor ni en contra del acuerdo pero, posteriormente, cuando se le notificó el acuerdo aprobado por los asistentes a la reunión, no se opuso o manifestó su discrepancia a este acuerdo dentro de los treinta días legalmente previstos.

A partir de esta identidad de razón (no oposición al acuerdo aprobado por los presentes) podría defenderse que el que se abstiene, al igual que ocurre con el propietario ausente que no manifestó su discrepancia al acuerdo, adopta una

(78) Sobre esta sentencia, puede verse mis notas a la misma en: *Aplicación analógica del párrafo segundo del artículo 16.1.^a LPH a los propietarios asistentes a la Junta: cuando no manifiesten su discrepancia al acuerdo comunitario quedan vinculados por él*. Comentario a la STS (Sala 1.^a), de 17 de noviembre de 1995. Ponencia de don Antonio GULLÓN BALLESTEROS, SEPIN, mayo de 1996, núm. 159, págs. 49-53.

postura de pasividad o de silencio que podría computarse como un voto favorable al acuerdo. En el caso del propietario ausente porque así lo dispone expresamente el artículo 17.1.^a-4.º LPH. En el caso del propietario que se abstuvo por aplicación analógica de dicho precepto, que permite computar su silencio en el momento de la votación como un voto favorable al acuerdo, ya que no sería necesario tener que esperar el plazo de los treinta días previsto para el ausente, ya que el abstencionista al estar presente en la Junta ya expresó su no oposición al acuerdo en el momento de la votación.

10. CONCLUSIONES

El análisis que hemos tratado de realizar en el presente estudio permite, a nuestro juicio, establecer las siguientes conclusiones:

- 1.^a El régimen de adopción de acuerdos comunitarios que regula la LPH distingue dos tipos de acuerdos: los acuerdos que se enumeran en el artículo 17.1.^a LPH que exigen, para su válida aprobación, la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas en esta norma, y los demás acuerdos que se incluyen en el artículo 17.4.^a LPH, que tienen por objeto los actos de mera administración, y que requieren para su válida aprobación, en segunda convocatoria, que voten a favor del acuerdo la mayoría de los propietarios asistentes a la Junta siempre que representen, a su vez, más de la mitad de las cuotas de los propietarios presentes.
- 2.^a El significado jurídico de la abstención permite defender, como interpretación del artículo 17.4.^a LPH más favorable a la finalidad perseguida por el legislador (que busca favorecer la adopción de acuerdos de mera administración en segunda convocatoria con los propietarios asistentes a la Junta), que para la aprobación de los acuerdos de mera administración únicamente deben computarse los votos válidamente emitidos por los propietarios asistentes a la Junta, de forma que solo se necesita que haya más votos positivos que negativos de los propietarios presentes en la reunión, siempre que los votos positivos representen, a su vez, mayor porcentaje de cuotas que las cuotas de los que votaron en contra. En consecuencia, no se computan ni las abstenciones, ni los votos en blanco, ni los votos nulos.
- 3.^a Para la válida aprobación de los acuerdos que exigen la unanimidad o una de las mayorías especiales contempladas en el artículo 17.1.^a LPH, es necesario que se obtenga el número de votos favorables que la Ley exige. Para determinar la concurrencia de los votos legalmente necesarios, hay que añadir a los votos positivos de los propietarios asistentes a la Junta (votos expresos), el de los propietarios ausentes,

ya que la ley computa como voto favorable al acuerdo el silencio de los propietarios que no habiendo asistido a la Junta no se han opuesto al acuerdo dentro del plazo de treinta días previsto en el artículo 17.1.^a-4.º LPH (votos presuntos).

Los propietarios que se abstuvieron en la votación carecen de legitimación para impugnar los acuerdos comunitarios (art. 18.2 LPH), por lo que no podrán oponerse a la eficacia de los acuerdos adoptados por los demás propietarios y respecto de los que ellos se abstuvieron. Además, podría sostenerse que, por aplicación analógica del artículo 17.1.^a-4.º LPH, para la formación de los acuerdos que exigen la unanimidad o una de las mayorías especiales previstas en el artículo 17.1.^a LPH, a los votos positivos (expresos de los propietarios presentes y presuntos de los ausentes) hay que añadir las abstenciones que deben computarse como votos favorables, en la medida en que el que se abstuvo no manifestó su oposición a la aprobación del acuerdo adoptado por los demás propietarios.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. MAYORÍA

Una interpretación del artículo 17.4.^a LPH, que tiene en cuenta el significado jurídico de la abstención y que satisface mejor la finalidad perseguida por el legislador (que busca favorecer la adopción de acuerdos de mera administración en segunda convocatoria con los propietarios asistentes a la Junta), permite defender que, en segunda convocatoria, para la aprobación de los acuerdos de mera administración únicamente deben computarse los votos válidamente emitidos por los propietarios asistentes a la Junta, de forma que solo se necesita que haya más votos positivos que negativos de los propietarios presentes en la reunión, siempre que los votos positivos representen, a su vez, mayor porcentaje de cuotas de participación que las cuotas de los que votaron en contra. En consecuencia, no se computan ni las absten-

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY ACTS OF ADMINISTRATION. MAJORITY

One interpretation of section 17.4 of the Horizontal Property Act is to take into account the legal meaning of abstention. Such an interpretation is far more conducive to meeting the goal sought by legislators, i.e., to make it easier for resolutions concerning mere administration to be passed in second adjournment by whatever tenants are attending the meeting. Furthermore, this interpretation makes it possible to defend the idea that, in order to pass resolutions concerning mere administration in second adjournment, only the votes validly given by tenants attending the meeting must be counted. Accordingly, it is only necessary for the positive votes given by attending tenants to outnumber the negative votes given by attending tenants, provided that the positive votes, in their turn, represent a larger percentage of building

ciones, ni los votos en blanco, ni los votos nulos.

Igualmente, en la adopción de los acuerdos que exigen unanimidad o las mayorías especiales del artículo 17.1.^a LPH, las abstenciones deben considerarse como votos favorables al acuerdo aprobado por los asistentes.

ownership than do the negative votes. As a consequence, neither abstentions nor blank votes nor votes that are null and void are counted.

Likewise, in the making of resolutions that require unanimity or special majorities under section 17.1 of the Horizontal Property Act, abstentions must be regarded as votes in favour of the resolution approved by the attending tenants.

(Trabajo recibido el 16-2-2011 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)

Consorcio real y propiedad consorciada

por
EMILIO PÉREZ PÉREZ
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. COMUNIDAD DE INTERESES.
- III. CONSORCIO REAL:
 - 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL.
 - 2. CARACTERES TÍPICOS DEL CONSORCIO REAL.
- IV. PROPIEDAD CONSORCIADA.
- V. SUPUESTOS DE CONSORCIO REAL Y PROPIEDAD CONSORCIADA:
 - 1. CONSORCIOS REALES SIMPLES. LA MEDIANERÍA Y OTRAS SITUACIONES DE ESTRUCTURA CONSORCIAL SIMILARES A LA MEDIANERÍA:
 - A) *Medianería.*
 - B) *Figuras análogas a la medianería.*
 - C) *Medianería horizontal.*
 - D) *Propiedad horizontal de hasta cuatro propietarios.*
 - 2. CONSORCIOS REALES RELATIVOS A LA PROPIEDAD RÚSTICA (AGRARIA Y FORESTAL).
 - 3. CONSORCIOS REALES HÍDRICOS.
 - 4. CONSORCIOS REALES MINEROS.
 - 5. CONSORCIOS REALES URBANÍSTICOS.
 - A) *Entidades consorciales que actúan en el proceso de urbanización:*
 - a) Juntas de Compensación.
 - b) Entidades de Conservación Urbanística.
 - B) *Consortios reales resultantes del proceso de urbanización y construcción:*

- a) Propiedad horizontal simple o de casas por pisos o locales.
- b) Urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios.
- c) Conjuntos inmobiliarios.
- C) *Prehorizontalidad*:
 - a) Cesión de suelo por obra futura.
 - b) Derecho de sobreedificación y subedificación.
- D) *Otras situaciones de consorcio real en la propiedad urbanística*.

I. INTRODUCCIÓN

Junto a situaciones colectivas de unidad objetiva (comunidad de bienes) y de unidad subjetiva (sociedad), existe otro tipo de situación colectiva en la que, a la vez que se mantiene la mayor independencia posible en la esfera de poder de cada titular individual sobre bienes concretos, se hace necesario compartir otros bienes para la utilización adecuada de aquellos. Sin perjuicio del carácter unitario de esta clase de situación colectiva considerada en su conjunto y de cada uno de los tipos de relaciones que en ella concurren (individuales, comunes y asociativas u organizativas), cabe distinguir, en cuanto a la titularidad de la misma, tres componentes: 1) La cotitularidad sobre los elementos comunes que serán, en principio, indivisibles, por razón de permanencia del conjunto (indisolubilidad). 2) Las titularidades separadas sobre los elementos privativos. 3) La conexión de los elementos comunes y privativos, por razón de destino de los segundos, determinante de la inseparabilidad de unos y otros y de la indisponibilidad —por separado— de los mismos.

Esta estructura de las titularidades compartidas viene a configurar la que puede ser denominada propiedad consorciada. Díez-PICAZO (1), al estudiar el derecho de propiedad en la legislación urbanística, ha puesto de relieve la contraposición entre los regímenes de la «propiedad solitaria», que puede presumir de ser independiente, y de la «propiedad gregaria», en la que la propiedad vive dentro de una masa de propiedades, de modo semejante a como el hombre vive inmerso dentro de una masa social. La primera es una propiedad aislada, soberana («mi propiedad es mi reino, mi castillo», dice un adagio inglés), y la segunda es «una forma de participación en una «comunidad zonal», de la que, una vez más, es precedente ejemplar la propiedad horizontal («el edificio en propiedad horizontal es como un área

(1) Cf. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 1971, págs. 13-33; «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 9-32; y *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Relaciones jurídico-reales. Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1978, pág. 114 y sigs.

con propiedades conectadas en comunidad»), aplicable a las urbanizaciones privadas, que vienen a ser como «una propiedad horizontal tumbada» (2) e, incluso, a la «propiedad agraria sometida a específicas formas de racionalización de orden agrícola, como son la concentración parcelaria, la ordenación rural o las órdenes administrativas sobre cultivos», de modo que «toda propiedad inmueble, considerada dentro de una zona o de un sector, origina una «comunidad de intereses» en la que hay elementos privativos y elementos comunes, esferas de competencia exclusiva y esferas de competencia social (3).

II. COMUNIDAD DE INTERESES

El concepto amplio de comunidad del artículo 392 del Código Civil y la regulación preferente de la misma por contratos y disposiciones especiales, establecida en el propio precepto, permite ver recogida, en nuestro Derecho Positivo, la figura de la comunidad de intereses, a la que parecen referirse en particular el artículo 394 (al ordenar que no se perjudique «el interés de la comunidad»), y el 398, que reconoce expresamente la posible objetivación de intereses al aludir a los «que constituyan el objeto de la comunidad». La comunidad de intereses vendrá a ser el sustrato de la comunidad de bienes, de la sociedad y de otros supuestos de cotitularidad jurídico-patrimonial.

III. CONSORCIO REAL

El hecho de que, al analizar los diversos supuestos de cotitularidad de derechos sobre bienes inmuebles, la doctrina se haya preocupado, sobre todo, de calificarlos como comunidad o como sociedad, ha dificultado el reconocimiento de una tercera situación jurídica comprensiva de numerosos casos en que aparecen inseparablemente unidas la propiedad de determinados fundos y las *proprietates pertinenens ad fundus*; difícilmente cabe encajar estos casos como supuestos de comunidad de bienes o de sociedad, siendo, sin embargo, evidentes comunidades de intereses de estructura consorcial (4).

(2) Cf. SAPENA TOMÁS, J., «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», en *RDN*, 1967, 3, pág. 63 y sigs.

(3) Cf. Díez-PICAZO, «Los límites del derecho de propiedad...», *ob. cit.*, pág. 30.

(4) Para GRECO (cf. Paolo GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Turin, 1959, pág. 3 y sigs.) deben distinguirse tres tipos de relaciones asociativas: a) con actividad esencialmente conservativa y consuntiva: comunidades; b) con actividad esencialmente productiva de un resultado que se determina en la misma esfera

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 398 de nuestro Código Civil viene a ser reproducción casi literal del artículo 678 del *Codice Civile* de 1865, salvo el párrafo 4 o último de aquél que es original de nuestro Código, pues no figuraba en el italiano. ¿Cuál pudo ser la razón de que el codificador español añadiera este último párrafo? ¿Cuáles los supuestos de hecho que quiso regular? ¿No serán los mismos que el legislador italiano contemplaba en los artículos 657 a 661 del *Codice* de 1865, reguladores del consorcio real? Con independencia del precedente del *consortium erecto non cito* (estado de indivisión del patrimonio hereditario en que quedaban los hijos a la muerte del *pater familias*, anterior a las XII Tablas y del que derivaron tanto la *communio* como la *societas*), la doctrina suele considerar que la figura del consorcio fue una creación del *Codice Civile* de 1865, regulada en sus artículos 657 a 661, refiriéndose el artículo 659 a su rasgo más característico, al disponer que: «cuando se trate del ejercicio, de la conservación y de la defensa de derechos comunes cuya división no sea posible sin grave daño, la formación del consorcio podrá ser ordenada por la autoridad judicial a petición de la mayoría de los interesados, oídos sumariamente los demás».

Los Proyectos de Código Civil español anteriores al Código italiano de 1865, siguiendo el ejemplo del Código Napoleón, no regulaban la comunidad de bienes sino que se limitaban a recoger, al tratar de la partición de las herencias, el principio de que «ninguno puede ser obligado a permanecer en comunidad de bienes con otro» (art. 2402, inciso primero del Proyecto de 1836) o de que «todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes puede pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia» (art. 893 del Proyecto de 1851). En cambio, el Proyecto de 1882 regulaba ya la comunión de bienes en los artículos 394 a 409. El 400 era similar al 398 actual, salvo el párrafo 4 que decía que «cuando parte de la cosa perteneciera privadamente a cada partícipe o a alguno de ellos y otra fuese común, no será aplicable a este caso la disposición anterior».

En la edición primitiva del Código vigente (concretamente en la Gaceta de 29 de octubre de 1888), el párrafo 4 del artículo 398 decía así: «Cuando parte de la cosa perteneciera privadamente a cada partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior». En el texto definitivo se ha sustituido la expresión «cada partícipe» por «un partícipe».

asociativa: sociedades; c) con actividad que se ejercita mediante la organización conjunta, pero cuyo resultado recae directamente en la esfera de los intereses de los singulares partícipes: consorcios.

Se ha producido, pues, un doble cambio en la redacción del repetido párrafo último del artículo 398 de nuestro Código Civil: del supuesto de que la parte no común perteneciera privadamente a cada uno o a algunos, se ha pasado al de que solo sea de uno o algunos; y se declara expresamente aplicable a la parte común la «disposición anterior» (al parecer, del propio art. 398) que, en el proyecto de 1882, parecía también excluida de tal aplicación. ¿Cuál puede ser la razón de estos cambios? ¿Se habrá considerado que la parte no común no podía ser de todos porque entonces también sería común? De cualquier modo, no parece que deba entenderse excluido el supuesto de que sean titulares de partes privativas todos y cada uno de los titulares de la parte común (y no solo algunos de ellos); admitido este caso, también sería aplicable a su parte común la «disposición anterior» a que alude el artículo 398.4 del Código.

2. CARACTERES TÍPICOS DEL CONSORCIO REAL

Fue, sobre todo, FERRARA (5), quien configuró el consorcio real como una institución típica, una situación jurídica especial que merece un puesto propio en el sistema del Derecho. Para FERRARA, los caracteres relevantes que diferencian esta figura, son los siguientes:

- a) La cualidad de miembro del consorcio viene determinada por una relación real de propiedad o posesión de determinados inmuebles. En un cierto sentido, el *prius* es el fundo y solo en razón de él y en beneficio del mismo, los propietarios vienen —voluntaria o forzosamente— a formar parte del consorcio, y quien enajena aquel fundo se sustrae a la relación consorcial, en la que el adquirente se subroga.
- b) El fin que persigue el consorcio es una ventaja que se refiere a los fundos y no individualmente a las personas consorciadas. El interés dominante y los fines del consorcio son inherentes a los fundos, trascienden la simple consideración personal de los propietarios y el provecho que éstos reciben no proviene de que sus personas sean parte directa en la relación sino de su calidad de propietarios. A veces este interés se impone a la voluntad de los propietarios; de aquí la categoría de los consorcios forzosos.
- c) Las obligaciones de los consorciados de contribuir proporcionalmente a los gastos de la obra gravan como carga real a los mismos fundos. No se trata de obligaciones personales, sino de graváme-

(5) Cf. *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura*, Atti del primo Congr. naz. di dir. agr. Firenze, 1935, pág. 474, y *Escritos jurídicos*, III, pág. 217.

nes inmobiliarios que pasan a los adquirentes de los fondos, tanto a título universal como particular, quedando liberados quienes pierden la propiedad.

Este consorcio del «Código» de 1865 era calificado gráficamente por algunos como «consorcio de fondos» para contraponerlo a los que denominaban «consorcios de personas» constituidos por el Estado, las provincias, los municipios u otras entidades o particulares con la finalidad de realizar o conservar alguna obra o prestar algún servicio de interés común.

IV. PROPIEDAD CONSORCIADA

Conforme hemos visto, el párrafo 4 y último del artículo 398 del Código Civil establece que cuando una parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior. Buena parte de la doctrina pasa por alto este párrafo último del artículo 398 del Código Civil o se limita a transcribirlo como algo obvio que no requiere mayor comentario.

LACRUZ BERDEJO (6) estima que el último proyecto de Código Civil, al decir que «no será aplicable a este caso la disposición anterior», parecía excluir el recurso judicial, aunque el precepto resultaba de difícil inteligencia, mientras que la disposición actual es inteligible pero obvia e innecesaria. En cambio ÁVILA ÁLVAREZ (7) dice no haber entendido nunca el último párrafo del artículo 398 del Código Civil aplicado a los inmuebles porque, a su juicio, la parte privativa de la cosa a que se refiere tal precepto en realidad no es tal parte, sino un todo, otra cosa distinta.

MUCIUS SCAEVOLA (8) considera que lo que quiere decir el precepto que comentamos es que el dueño particular de porción determinada de una cosa podrá administrarla y disfrutarla por sí, «siempre que no perjudique el derecho de los dueños de las demás partes de la cosa que estén en copropiedad». Y MANRESA (9) cree que lo que ha querido decir y explícitamente consigna el apartado último del artículo 398 del Código Civil es que los principios generales relativos a la administración y goce de los bienes o derechos indivisos jamás pueden extenderse a aquello que está absolutamente fuera de la comunidad, limitando, en su consecuencia, las restricciones en aquél establecidas a lo que es común a todos los partícipes, sin hacerlas en modo alguno

(6) Cf. *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona, 1980, pág. 272.

(7) Cf. «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978, pág. 47.

(8) Cf. *Código Civil*, Tomo VII, Madrid, 1943, pág. 412.

(9) Cf. *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo III, Madrid, 1952, pág. 609.

extensivas a lo que privativamente corresponda a los condueños, siquiera esté contenido su dominio dentro de la cosa que en parte sea materia de la copropiedad. Desde perspectivas distintas, ambos comentaristas de nuestro Código Civil señalan la relación que necesariamente se dará entre las situaciones de titularidad separada y de titularidades indivisas, pero no contemplan la situación conjunta y unitaria derivada del hecho de que todas esas titularidades se refieren a una misma «cosa». En cambio, COMAS (10) puso de relieve el que la identidad de la cosa, al originar entre los distintos propietarios un vínculo de unión, ha de dar lugar a que, «por lo menos respecto de algunos componentes de la misma, surjan derechos y pretensiones recíprocos fundados en la propiedad que los une y en el interés que para todos y cada uno representa la necesidad de semejantes componentes para la existencia o para la integridad de la cosa que en una u otra forma es pertenencia de todos», añadiendo que «si ha de subsistir para la propiedad la integridad de una cosa perteneciente a varios, siendo no obstante posible arraigar en partes ciertas o determinadas de la misma el derecho de propiedad correspondiente a cada uno, entonces aparece la situación a que es de suponer que se refiere el último párrafo del artículo 398 del Código, en que coinciden, por la determinación de la parte de la cosa a que se contrae el interés particular de cada copropietario, la propiedad singular y la común, aunque, por necesidad, tengan que ostentar semejante coincidencia componentes o partes materiales de la cosa que han de ser objeto de un verdadero interés común entre aquellos que relativamente al resto tienen su propiedad determinada o concreta». «Podrá no verse en estos casos tan marcadamente como en los de pura indeterminación —precisaba COMAS (11)— la proindivisión que caracteriza a la propiedad común; pero al fin, a poco que se medite, se observará forzosamente que, aunque sea graduando por la estimación o riqueza correspondiente a la parte privativa de cada uno, la participación del mismo en el interés común de todos sobre aquellas cosas indispensables a la existencia o integridad de la que es objeto de la propiedad de varios, siempre resultará entre éstos una verdadera comunidad que habrá, por tanto, de regirse, siquiera sea en los indicados límites del común interés que la motiva, por las disposiciones que regulan esta forma de propiedad». «No porque una parte, por ejemplo, de la cosa, pertenezca privadamente a un copropietario, deja de dar lugar a que su interés sea común con el de los demás partícipes de la cosa». El que fuese propietario de parte determinada, mientras ésta no constituya por sí sola cosa distinta, «ha de encontrarse ligado, en razón de interés común, con los demás, relativamente a los componentes mediante los cuales su porción determinada

(10) Cf. Augusto COMAS, *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pág. 126 y sigs.

(11) Cf. *ob. cit.*, pág. 128 y sigs.

fuese parte de la cosa perteneciente a varios». Observaba, pues, COMAS, que el artículo 398.4 del Código Civil contemplaba los diversos supuestos de comunidad de intereses en que se produce un nexo entre titularidades separadas e indivisas de componentes de una misma cosa y por ello proponía, en su Proyecto de Reforma del Código Civil español (12) que se introdujera en dicho precepto (que en su proyecto era el art. 1268) una fórmula legal análoga a la del artículo 396 (que ya se ocupaba de la propiedad en que los distintos pisos de una casa pertenecen a propietarios diferentes).

Consideramos que la interpretación dada por COMAS es la única que justifica y da sentido al repetido párrafo último del artículo 398 del Código Civil y que hay razones suficientes para entender que nuestro legislador quiso referirse en él, con carácter general, a los diversos supuestos de comunidad de intereses de carácter consorcial (con titularidades sobre elementos privativos y cotitularidad conexa sobre otros comunes) que nos ofrece la realidad, de los que la propiedad horizontal no es sino el caso paradigmático (13).

Lo que importa destacar es que este párrafo último del artículo 398 del Código Civil contempla también y sobre todo la integridad de una «cosa» (precisamente aquella a que aluden los párrafos precedentes del propio artículo) que será objeto de un interés común (14). Según esto, cabe pensar que el artículo 398.4 del Código Civil, puede referirse a la «cosa» como unidad

(12) Cf. Augusto COMAS, *Proyecto de Reforma del Código Civil español*, Madrid, 1900, pág. 64.

(13) El antiguo artículo 396 del Código Civil de 1889, tal como fue interpretado por el TS, parecía partir del criterio de que existía una copropiedad sobre el edificio entero, distribuyéndose por apartamentos el goce del mismo, debiendo contribuir los diferentes propietarios a las obras necesarias en los términos establecidos en los títulos de propiedad o en los pactos celebrados al efecto y observándose en su defecto las reglas del precepto, según las cuales cada propietario costeaba el suelo de su piso, mientras el pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos se costeaban a prorrata de todos los propietarios, y, en cuanto a la escalera, se disponía que la que desde el portal conduce al piso primero se costeaba a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo, la que desde el primer piso conduce al segundo se costeaba por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente (reglas 2.ª y 3.ª), en tanto que la regla 1.ª disponía que las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarían a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso. Por consiguiente, tanto los pisos como las partes comunes se atribuían en uso, adscribiendo este uso a una cuota de participación en la totalidad del edificio, de modo similar a como acontece ahora en los supuestos de comunidad funcional, por lo que la propiedad horizontal configurada tal como se concibió a partir de la reforma de 1939 (con sus partes privativas y comunes y con la vinculación real de las primeras a las cuotas de participación en las segundas), no parecía contemplada en el primero de los textos del artículo 396 de nuestro Código Civil, sino más bien en el párrafo último del artículo 398.

(14) Cf. los párrafos 2 y 3 de este artículo que expresamente hablan de «intereses que constituyan el objeto de la comunidad» y de «interesados en la cosa común».

económica de elementos con titularidades distintas: la plural sobre unos y las privativas sobre otros, aunque vinculados todos ellos, voluntaria o necesariamente, a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas sobre administración y mejor disfrute de la comunidad, excluyéndose la aplicación de las normas generales reguladoras de la disposición y división de las cosas comunes. En cuanto a estas últimas normas, habrá que estar únicamente a los contratos y a las disposiciones especiales a que alude el párrafo 2 del artículo 392 del Código Civil; en cambio, en cuanto a las facultades de administración y mejor disfrute se aplicarán las normas generales del Código contenidas en su artículo 398.

V. SUPUESTOS DE CONSORCIO REAL Y PROPIEDAD CONSORCIADA

Debemos distinguir entre los consorcios reales simples o sin organización y los complejos, que requieren organización.

1. CONSORCIOS REALES SIMPLES. LA MEDIANERÍA Y OTRAS SITUACIONES DE ESTRUCTURA CONSORCIAL SIMILARES A LA MEDIANERÍA

A) *Medianería*

Está calificada como servidumbre y regulada, en sus diferentes supuestos, en los artículos 571 a 579 del Código Civil. Como ha puesto de relieve la doctrina, el propio Código emplea el término «mancomunidad», en el artículo 579, para calificar a la medianería, y en los supuestos en que existe un signo contrario a la medianería, habla de pertenencia exclusiva de paredes, setos, vallados o zanjas, de lo que se deduce que la medianería entraña la pertenencia común de esos elementos (15).

Esa comunidad de la medianería ha recibido diversos calificativos, para destacar su especificidad, pues también constituye casi una opinión común que no es una comunidad ordinaria o de tipo romano: comunidad *sui generis* (DE BUEN) (16), comunidad social (PELAYO HORE) (17), comunidad de utili-

(15) Cf. MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código Civil español (Notas para su estudio)», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963, pág. 258 y sigs.

(16) Cf. «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XX-VIII, pág. 708.

(17) Cf. «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942, pág. 459.

zación (PÉREZ Y ALGUER) (18), comunidad funcional (LACRUZ BERDEJO) (19) y comunidad de intereses en la utilización (ROCA JUAN) (20).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (21) ha puesto de relieve que se trata de una comunidad que se distingue por tres notas: 1.^a) El derecho de comunidad tiene carácter anejo del de propiedad, constituyendo, con el dominio, una sola unidad jurídica, sujeta al mismo destino jurídico; es en este sentido en el que cabe decir —como lo hace respecto de las servidumbres el art. 534 del CC— que la medianería es inseparable de la finca a que activamente pertenece. 2.^a) Es también especial esta comunidad por razón del objeto, pues no recae sobre una unidad real independiente sino sobre elementos (paredes, cercas, etc.), que en sí no constituyen jurídicamente un bien autónomo sino que están al servicio de las unidades reales objeto de la propiedad: los fondos separados por la medianería. 3.^a) Se trata de una comunidad que reconoce en los elementos comunes zonas de uso exclusivo de uno u otro medianero (cf. art. 579 CC).

Destacaríamos de estas opiniones doctrinales algunas ideas que parecen especialmente significativas: la de que se trata de una comunidad de intereses, aunque referida, naturalmente, a la utilización, por lo que será una comunidad de intereses en la utilización del elemento medianero (ROCA JUAN); la inseparabilidad del derecho de medianería y de cada una de las fincas a las que activamente está adscrito dicho derecho, para el servicio de esas fincas (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS); y las posibilidades de utilización autónoma, de

(18) Aceptan la construcción de WOLF, en «Derecho de cosas», obra de la que son traductores. GARCÍA GARCÍA, J. M., en *RCDI*, núm. 498, septiembre-octubre de 1973, pág. 1239 y sigs. También acepta esta terminología de WOLF, pero observa que este autor no excluye la idea de servidumbre; también la incluye GARCÍA GARCÍA, que ve en la medianería dos situaciones jurídicas: una comunidad de facultades de uso y una servidumbre recíproca de un predio sobre el otro.

(19) Cf. *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales*, vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991, pág. 297 y sigs. Considera que «hay, al menos, en la medianería, una comunidad funcional: la pared sirve de apoyo y cerramiento a uno y otro fundo a la vez... desempeña sus funciones en su unidad y no como dos medias paredes, que no existen en cuanto tales, porque la pared no es divisible, y por tanto no podrían constituir objeto de propiedad independiente... Sobre todo, debe valorarse en la caracterización de esta comunidad cómo la influencia de cada medianero se ejerce en la cara de pared que cierra su casa, y no en la contraria, y como tal influencia está limitada, al menos en lo más importante, a la mitad de la pared en cuestión. En particular, cada uno usa de la cara exterior de muro que da a su lado como si fuera propia suya, y no puede usar de la cara exterior que da a la propiedad del vecino». Estas observaciones ponen de relieve que se trata de una comunidad en la que el régimen jurídico del elemento medianero aparece configurado en función de los predios a los que está vinculado dicho elemento, lo que responde a la estructura del consorcio real.

(20) Cf. ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Eder-sa, t. VII, vol. 2, Madrid, 1990, pág. 200.

(21) Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 257.

modo que cada uno de los propietarios usa de la cara de muro que da a su lado como si fuera propia suya, y no puede usar de la cara exterior que da a la propiedad del vecino (LACRUZ).

Estas características hacen de la medianería una situación compleja que, considerando el conjunto de sus elementos constitutivos, nos aparece definida como una situación de estructura consorcial, la más sencilla de estas situaciones. En su análisis podemos observar: la comunidad de intereses explicativa de la situación global, unos fondos independientes pero contiguos, unos elementos comunes que son precisamente los medianeros y la conexión o vinculación real entre los autónomos y los comunes, que viene a constituir el interés común objetivado de aquella comunidad. Cada dueño de uno de los predios contiguos de la situación de medianería tiene una propiedad consorciada, una propiedad cuyo objeto unitario es su finca y la participación aneja, inseparable e indisponible por separado en el elemento medianero común. Esta construcción de la medianería como comunidad de intereses de estructura consorcial puede contribuir a explicar las peculiaridades que la distinguen de la comunidad de bienes y, por supuesto, de la servidumbre.

B) *Figuras análogas a la medianería*

Actualmente, el Capítulo V del Título VI de la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 14 de junio de 2006, bajo el nombre de las *Agras y los Vilares*, establece lo siguiente: La propiedad sobre las fincas integrantes del *agra* o *vilar* llevará inherente un derecho de copropiedad sobre sus muros y cercados. Las partes en copropiedad no podrán ser enajenadas o gravadas con independencia de las fincas de las que se reputan elementos anejos e inseparables, y en la transmisión, por cualquier título, del dominio de alguna de ellas, se entenderá comprendida la cuota de participación en tales elementos (art. 71); si no hubiese pacto o normas específicas de concentración parcelaria, el uso regirá el aprovechamiento y, en general, las relaciones jurídicas de los propietarios de las fincas que integren el *agra* o *vilar* (art. 72); el propietario o persona que utilice el *agra*, en su nombre o por título distinto, y use la parcela o parcelas sin respetar los usos indemnizará por los daños y perjuicios ocasionados (art. 73); ningún propietario o persona que a título distinto utilice la finca o fincas del *agra* vendrá obligado a pagar mejoras, nuevos servicios o instalaciones, pero no podrá aprovecharlas sin antes pagar lo que corresponda a su finca o fincas (art. 74). Se trata, pues, de la cerca común o muro circundante de varias fincas, unido inseparablemente a las mismas, de una situación jurídica consorcial en la que aparecen con toda claridad los elementos estructurales de tal situación: las parcelas propias de cada comu-

nero, el cierre que las circunda y que es común a todos los propietarios y la conexión entre unos y otros elementos que determina la disponibilidad necesaria de la parte ideal en el elemento común, como anejo inseparable del privativo, en el supuesto de transmitirse el dominio de alguna parcela.

La Ley 376 de la Compilación Navarra dispone que, «salvo acuerdo unánime, la comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros, cercas o vallados medianeros... u otros semejantes, será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan». Tendríamos que repetir aquí cuanto acabamos de decir respecto del «agra» gallega, ya que se da también en este caso una situación consorcial.

Son, además, numerosos los supuestos en los que se presenta la situación de fincas rústicas de varios propietarios con pertenencias comunes a todas ellas. En nuestro Derecho Positivo está expresamente recogida tal situación en la Ley 376 de la Compilación de Navarra, en la que, junto al caso ya visto —de paredes, muros, cercas o vallados medianeros— se contemplan los de «molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias u otros semejantes», considerándolos también como elementos comunes al servicio de varias fincas que, salvo acuerdo unánime, «serán indivisibles y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas que aquellos elementos sirvan».

Una Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 11 de abril de 1928, se refiere a un caso en el que los propietarios *pro indiviso* y en partes iguales de una finca rústica compuesta de un caserío y de 42 pertenecidos acuerdan dividir la finca con sus pertenecidos en cuatro lotes iguales en valor, exceptuando de la división el edificio de la finca, horno de cocer pan y dos terrenos, por la casi imposibilidad de efectuarla y adjudicándose los cuatro lotes formados con pertenecidos y con porciones indivisas del edificio, horno y terrenos destinados a caminos. El Registrador no admitió la inscripción de los «lotes» por no ser posible considerar como una sola finca partes indivisas y partes determinadas de la finca objeto de la división y este mismo criterio fue mantenido por la Audiencia y la Dirección General, a pesar de que la parte recurrente adujo, entre otras razones, una que —según tuvimos ocasión de ver anteriormente— parece de especial relevancia: la de que «el artículo 398 del Código Civil, en su párrafo último, admite la existencia de un objeto de derecho de una parte de propiedad privativa de una persona y de otra que sea común», añadiendo que todos los partícipes querían permanecer en la indivisión de determinados elementos «como único medio para explotar la finca agrícola». Puede que el criterio seguido para la solución de este problema registral hubiera sido diferente al de la Resolución reseñada, si se hubiese planteado después de la regulación de la propiedad de casas por pisos por la Ley ya derogada de 26 de octubre

de 1939 y por la vigente de 21 de julio de 1960, reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril (22).

C) *Medianería horizontal*

Si la medianería regulada en nuestro Código Civil (o medianería propiamente dicha) es la medianería vertical, es decir, aquella en que el elemento medianero es perpendicular al suelo (o está en el mismo suelo: caminos), la medianería horizontal será aquella en que el elemento medianero es paralelo al suelo (23).

Los supuestos que tradicionalmente han venido contemplando la jurisprudencia del TS y las Resoluciones de la DGRN son las «casas a caballo» y las «casas empotradas».

Las casas empotradas —dice LÓPEZ FRÍAS (24)— hacen referencia a edificios que, contruidos cada uno de ellos sobre un solar, tienen el respectivo vuelo interferido entre sí, invadiéndose recíprocamente o bien el uno al de la otra, mientras que las casas a caballo son las contruidas sobre un solar único, pero, debido al desnivel pronunciado de los terrenos, las viviendas se han contruido la una sobre la otra, de manera que la de abajo tiene entrada por la calle inferior y la de arriba, por la superior, por lo que el edificio de arriba descansa totalmente sobre el otro. Las casas empotradas se conocen también con la denominación de engalabernos.

Observa GOMÁ LANZÓN (25) que la perspectiva de los Tribunales y de la DGRN respecto del engalaberno es distinta, pues mientras aquéllos se encuentran con una situación de medianería horizontal, que ya existe en la realidad física, generalmente la Dirección se encuentra con la constitución de la misma; esto hace que la jurisprudencia civil sea menos restrictiva que la hipotecaria, aunque también en ésta se advierte cierta evolución.

(22) Cf. ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978, pág. 46 y sigs., que se refiere a este mismo supuesto y señala el cambio que supuso la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal. En otra Resolución, de 28 de julio de 1930, se sostiene el mismo criterio de la de 11 de abril de 1928, estimándose rechazables los tipos híbridos contruidos por la mera agrupación de un trozo de terreno con una participación ideal en otra finca o parcela.

(23) Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 28 de abril de 1972», en *RCDI*, núm. 498, 1973, pág. 1243.

(24) Cf. LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, núm. 650, enero-febrero de 1999, pág. 89 y sigs.

(25) Cf. GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo. La finca tridimensional», en *Revista La Notaría*, núm. 9-10, septiembre-octubre de 2001, págs. 75 y 81.

La Resolución más importante de la DGRN sobre la figura de la medianería horizontal es la de 20 de julio de 1998. En ella —dice GOMÁ LANZÓN (26)— la Dirección General se encuentra, no ya con una escritura en la que se constituya una medianería horizontal o se refleje un engalaberno, sino directamente con una sentencia judicial en la que se acuerda declarar el dominio del actor sobre una casa y además «declarar el dominio del actor sobre una extensión de 11,10 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la calle Rosal de San Pedro» y «declarar el dominio del actor sobre una extensión de 29,60 metros cuadrados en la planta primera de la casa número 4 de la Placeta de Carvajales, en la parte anterior de dicha casa y comprensiva de la fachada». De la relación de hechos y alegaciones se desprende que tales elementos no tienen salida independiente a través de la casa en que están incrustados y que las casas afectadas son independientes y no tienen salida común. El Registrador no practica asiento porque —según dice— la autoridad judicial no especifica cuáles deben ser los asientos a practicar, aunque se dice en el mandamiento que se inscriba el dominio; y, en concreto, en cuanto a los engalabernos, por no estar prevista la posibilidad de inscripción, señalando que podría hacerse o bien según el régimen de propiedad horizontal o por el sistema de una creación de comunidad de bienes.

La Dirección General —comenta CORRAL (27)— «no admite la equiparación con la propiedad horizontal, pues hay indeterminación sobre los elementos comunes y no existe salida independiente para cada parte. Pero, dada la realidad de que ambas casas están ya inscritas por separado a favor de su respectivo dueño, no se debe negar la entrada en el Registro de una situación existente y entonces la cuestión estriba en cómo se debe reflejar esta especial situación en los folios registrales». Se impone —según el fundamento 8.º de la Resolución— una doble actuación: *a)* Por una parte, la consignación registral del específico y limitado alcance de los derechos que sobre esas dos casas colindantes tienen sus actuales titulares registrales, y sin que pueda oponerse a ello la alegación de la indeterminación de que adolecerían tales derechos (al omitir la cuota inherente sobre el todo), pues no se trata de decidir su acceso registral *ex novo*, sino de restringir a sus justos términos (según la sentencia recurrida) el alcance de un pronunciamiento registral que ha sido siempre inexacto por excesivo, y que, en la parte en que se mantenga, está amparado por la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, y *b)* por otra —y siempre que se solicitare expresamente, conforme al art. 19 de la LH—, acceder al reflejo registral provisional por medio de una anotación (cfr. art. 42.9 de la LH) del derecho que sobre parte de dichas casas corresponde al actor, en tanto judicial o convencionalmente se completen

(26) Cf. *ob. cit.*, pág. 84 y sigs.

(27) Cf. el comentario de CORRAL DUEÑAS a la RDGRN de 20 de julio de 1998, en *RCDI*, 1999, pág. 1583 y sigs.

—tal como en la propia sentencia se apunta— las determinaciones necesarias para que esa cotitularidad *sui generis* quede plenamente configurada y, por ende, quede perfectamente delimitado el derecho del actor, y pueda inscribirse definitivamente en el Registro de la Propiedad (cf. arts. 9 y 21 de la LH y 51 del RH).

La segunda parte de esta solución puede ser ingeniosa —añade CORRAL— pero es solo provisional y quizá poco acorde con la sensación de seguridad que debe aportar el Registro. Se trata de una situación estable y casi siempre perdurable, y hay que buscar una solución que no sea provisional o solo perentoria. Cualquier solución sería aceptable con tal de producir una inscripción definitiva y no la provisional de la anotación preventiva.

GOMÁ SALCEDO (28) resume la posición doctrinal actual diciendo que «no faltan en la doctrina quienes destacan el hecho indiscutible de que en la realidad práctica se dan edificios o construcciones encabalgadas, construidas unas sobre otras; y sostienen que el encuadramiento jurídico de estas situaciones no tiene por qué encajarse necesariamente en el mecanismo de la propiedad horizontal, sino que puede resolverse a través de la llamada “medianería horizontal”, concepto aceptado por las sentencias de 28 de abril de 1972 y 9 de julio de 1988. En esta línea, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (29) considera viable la medianería horizontal para casos de inmisiones parciales, y GARCÍA GARCÍA (30) admite que la medianería puede darse también en el plano horizontal, aunque a su juicio solo cabe para circunstancias excepcionales, siendo lo más recomendable la constitución en propiedad horizontal de ambos edificios empotrados. Destaca especialmente el problema que puede representar en estos casos la falta de determinación de la titularidad del vuelo. Y yendo más lejos, algunos autores (31) sostienen que no hay que considerar estos casos como excepcionales y anómalos, sino dar paso abiertamente a la posibilidad de que existan, al margen de la propiedad horizontal, otros tipos de construcción en los que unos edificios reposen directamente sobre otros sin más relaciones entre ellos que las derivadas de esa medianería horizontal, de modo que se llegue al concepto de finca tridimensional, delimitada no solamente por los cuatro puntos cardinales sino también por su lindero superior y por el inferior».

Por mi parte, considero que, desechada la explicación del supuesto como servidumbre *oneris ferendi* en plano horizontal (fundamentalmente porque para que haya servidumbre debe existir un predio dominante y otro sirviente,

(28) Cf. GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Barcelona, 2004, pág. 543 y sigs.

(29) Cf. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, 602, nota 3.

(30) Cf. *RCDI*, 1973, pág. 1239 y sigs.

(31) Cf. GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen...», *ob. cit.*, *La Notaría*, 9-10, septiembre-octubre, 2001, pág. 68.

lo que no se da en estas situaciones) y señalados los inconvenientes que entraña la aplicación del régimen de propiedad horizontal (en particular la exigencia del requisito de salida independiente de los pisos o locales y el de que se vean involucrados en la toma de decisiones sobre elementos comunes de un edificio los del otro, que nada tienen que ver con ellos y al que nada afectan), queda como solución un concepto amplio de medianería horizontal que es, en realidad, un supuesto de la figura del consorcio real, de una comunidad de intereses de estructura consorcial de carácter general que englobe las situaciones consorciales o individuales de los titulares de las casas a caballo o empotradas. Enlazando con la idea de GARCÍA GARCÍA de la constitución en propiedad horizontal de ambos edificios empotrados, y la de GOMÁ LANZÓN de llegar al concepto de finca tridimensional, la configuración de la medianería horizontal como consorcio real respondería a los siguientes datos:

1. El suelo del edificio que engloba los edificios empotrados será la agrupación de los suelos de los edificios entrecruzados por engalabernos. El de las casas a caballo será el suelo del edificio inferior, que será también el suelo del superior, como el vuelo de éste lo será también del edificio inferior, sin perjuicio de la existencia en este caso de dos subcomunidades (la de los pisos que tienen salida a la calle inferior y la de los pisos que salen a la calle de arriba), cada una de ellas con sus elementos comunes.
2. Cada uno de los pisos o locales del nuevo consorcio real, incluidos los engalabernos, será un elemento privativo. Para la perfecta concreción de los engalabernos, deberán describirse éstos reseñando también sus límites superior e inferior.
3. Habrá que realizar una descripción detallada de los elementos comunes, diferenciando, en su caso, los de cada subcomunidad.
4. Para la determinación de las cuotas de participación en la comunidad general de intereses de estructura consorcial, habrá que partir del volumen edificado de cada elemento privativo (incluidos los engalabernos), en relación con el volumen total del inmueble, y no de la superficie de cada local, piso o departamento. De esta forma se resolverá adecuadamente la titularidad sobre los derechos de sobre y subedificación; no sería justo que el dueño de un engalaberno que ocupa la mayor parte de la superficie de la planta baja o de la última planta pretendiera una participación en esos derechos (respectivamente, de subedificación y de sobreedificación) proporcional a la superficie del local o piso de su propiedad.

D) *Propiedad horizontal de hasta cuatro propietarios*

El apartado 8 del artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, reformada en 1999, se refiere al supuesto de propiedad de casas por pisos cuyos propietarios no excedan de cuatro y se hayan acogido al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil. Su estructura es la misma de la propiedad horizontal en general y, por tanto, se tratará —como veremos más adelante— de una situación jurídico-real de naturaleza consorcial, pero su sencillez hace innecesaria una organización que la gestione o administre y, por tanto, cabe incluirla entre los supuestos de consorcio real simple.

2. CONSORCIOS REALES RELATIVOS A LA PROPIEDAD RÚSTICA (AGRARIA Y FORESTAL)

La determinación de zonas de actuación de la Administración Pública en el campo español aparece en buena parte de nuestra legislación agraria, sobre todo en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y, más en concreto, en las operaciones de concentración parcelaria y de transformación en regadío de zonas de interés general (nacional o regional). Cabe encontrar en las normas reguladoras de estos trabajos de reordenación de la propiedad rústica e, incluso, en las de ordenación de explotaciones u ordenación rural y en las de auxilios para mejoras de interés común (comprendidas en la antigua colonización de interés local) datos característicos de la figura del consorcio real (32), reveladores de que tales trabajos van orientados, en muchos casos, a la constitución de situaciones consorciales y a la creación de una auténtica propiedad consorciada, ya que, como resultado de las mismas, se constituyen muchas veces «comunidades zonales».

Son también numerosos los casos en que los titulares de varias explotaciones agrícolas, cuyas bases territoriales están situadas en una zona determinada, ejecutan conjuntamente una obra o mejora que beneficia a todos ellos, que es puesta al servicio del cultivo de las tierras de cada uno y destinada,

(32) El supuesto en que aparecen más claras las características del consorcio real es el de las transformaciones en regadío: antes el IRYDA y ahora las Administraciones de estructuras agrarias de las Comunidades Autónomas asumen en ellas las funciones, facultades y derechos de las Comunidades de Regantes (auténticos consorcios reales, según veremos), hasta tanto que llegue el momento de su constitución por los propios usuarios (art. 51.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario); y las fincas reservadas, cualquiera que sea su poseedor, están afectas con «carga real» al pago de las cantidades invertidas por el Instituto (ahora la Administración Agraria de la correspondiente Comunidad Autónoma) en las obras, en la proporción imputable al propietario (art. 77 de la misma Ley). Cf., para el supuesto de la concentración parcelaria y otros también considerados como consorcios reales, BALLARÍN MARCIAL, A., *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 341 y sigs.

consiguientemente, a permanecer vinculada a las propiedades independientes, como anejo común e inseparable de las mismas.

Los supuestos más abundantes han sido, mientras las aguas subterráneas fueron privadas, los de transformación o mejora de regadío con estas aguas. Cuando los propietarios de las fincas, objeto de transformación o mejora, vinculaban el agua a la tierra, constituían una verdadera «comunidad de regantes» con aguas privadas. Junto a ellas, relacionadas o no con el riego, podemos también señalar las agrupaciones para la defensa o desecación de terrenos, el saneamiento de tierras, las electrificaciones comunes, la formación de estercoleros o cañaverales también comunes, etc.

La doctrina se ha ocupado de la naturaleza jurídica de estas situaciones, pudiendo destacarse dos posturas: 1.^a) La de considerar que pueden calificarse como sociedades civiles aunque para ello deban aplicarse con cierta amplitud algunos de los preceptos del Código Civil reguladores de tales sociedades. Así lo mantiene GARRIDO PALMA (33), opinando que «la realidad de la vida nos muestra la existencia de relaciones que exigen protección y que no cabe encajar en el marco estrecho, individualista y meramente transitorio del condominio», pues se trata de situaciones pensadas para perdurar, en las que no es admisible que cualquiera de los interesados, en cualquier momento, pueda pedir la disolución de la comunidad o disponer libremente de su cuota, pudiendo en cambio «tener pleno encaje dentro de la normativa legal de la sociedad civil, interpretando objetivamente y sin prejuicios doctrinales el artículo 1665 y teniendo en cuenta que el olvidado artículo 1678 habla del uso de cosas determinadas como objeto posible de la sociedad civil». 2.^a) Entender que se trata de asociaciones especiales de tipo consorcial —tal como califica las situaciones que estudiamos LUCAS FERNÁNDEZ (34)— que adoptarían normalmente la forma de los antiguos Grupos

(33) GARRIDO PALMA, V. M., «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, septiembre de 1972, pág. 759 y sigs. Aunque este autor se refiere al caso «de que varias personas convengan en realizar una actividad económica común aportando lo para ella necesario, pero no con la intención de obtener un lucro o ganancia dineraria inmediata, directamente obtenida por la enajenación de lo por la común actividad producido, de las relaciones con los terceros, sino con el fin de obtener los interesados un resultado económicamente beneficioso», más amplio que el que analizamos en el texto, no cabe duda de que también se refiere a él; cita varios supuestos, entre ellos el de «la explotación de un cañaveral cuando no se persigue vender las cañas a terceros y repartirse las ganancias de ese modo obtenidas, sino que cada socio retire su parte para utilizarlas en el cercado y en las labores agrícolas de su propia finca...» (pág. 764). También JORDANO BAREA, J. B. («Comunidad y sociedad en la explotación agraria», en *AAMN*, t. XVIII, pág. 291 y sigs.) considera aplicable la forma de la sociedad civil —entre otras— a las sociedades agrarias, e incluye entre éstas las que tengan por objeto «las actividades preparatorias de puesta en explotación o mejora de tierras», que podrán suponer la realización de las obras y mejoras comunes a que nos referimos.

(34) LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1965, pág. 78 y sigs.

Sindicales de Colonización, hoy insertos en las Sociedades Agrarias de Transformación.

La nueva Ley de Montes, de 21 de noviembre de 2003, dispone en su artículo 27 que las Administraciones Públicas fomentarán la agrupación de montes, públicos o privados, con el objeto de facilitar una ordenación y gestión integrada mediante instrumentos de gestión forestal que asocien a pequeños propietarios. El número 2 de la Disposición Derogatoria Única de la misma Ley 43/2003 establece que las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos derogados a los que se refiere el apartado anterior (entre las que figura la Ley de 8 de junio, de 1957, de Montes) continuarán vigentes, en tanto no se opongan a lo previsto en esta Ley, hasta la entrada en vigor de las normas que puedan dictarse en su desarrollo. En esta materia de agrupaciones forestales, habrá que aplicar, por consiguiente, las normas del Reglamento de Montes de 1962.

En dicho Reglamento, de 22 de febrero de 1962, se mencionan o regulan dos clases de asociaciones (35) de propietarios de fincas forestales que constituyen situaciones compartidas de carácter consorcial:

- 1.^a) Una de estas entidades es la formada por los particulares, asociados en grupos sindicales (hoy sociedades agrarias de transformación), que se propongan la mejora de los montes que les pertenecen; la configuración de estas Sociedades de Transformación forestales será la misma de las agrícolas que acabamos de analizar.
- 2.^a) La otra clase de asociaciones de propietarios de fincas forestales será la formada por los dueños de las incluidas en las «agrupaciones forestales» reguladas en los artículos 247 a 262 del citado Reglamento de Montes de 1962. Habrán de determinarse, en todo caso, el perímetro y cabida aproximada de la zona y las fincas afectadas, cuyos propietarios pertenecerán necesariamente a la asociación que se constituya, por lo que se trata sin duda de una asociación *ob rem* que viene a constituir un claro ejemplo de titularidad compartida de carácter consorcial.

La peculiaridad de la figura que analizamos se pone sobre todo de manifiesto en el hecho de que el artículo 258.2 del Reglamento de Montes de 1962 establezca que «las asociaciones constituidas por los propietarios... para regir las agrupaciones voluntarias u obligatorias tendrán personalidad jurídica una

(35) La Disposición Adicional quinta de la nueva Ley de Montes, denominada *sociedades de propietarios forestales*, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo de dos años desde la aprobación de esta Ley una propuesta de modificación de la legislación de sociedades que incorpore una nueva figura que se adecue a las especificidades forestales. Estas especificidades pueden muy bien ser las de las actuales Asociaciones de Montes.

vez inscritas en el libro registro de agrupaciones», lo que resulta incompatible con lo dispuesto en el número 3 del mismo artículo («las asociaciones de propietarios podrán revestir cualquiera de las formas sociales reconocidas por el Derecho Civil y Mercantil o por la legislación de Cooperativas, previo el cumplimiento de los requisitos en cada caso exigidos») o revela que se trata de una figura jurídica sustancialmente distinta a la sociedad.

Si las normas que regulan las Sociedades Civiles y Mercantiles (incluidas la legislación de Cooperativas y la de las Sociedades Agrarias de Transformación, calificadas expresamente de civiles por el Real Decreto de 3 de agosto de 1981), que tienen rango de Ley, reconocen la personalidad jurídica de tales sociedades, no cabe admitir que el Reglamento de Montes, aprobado por Decreto, supedita tal reconocimiento de personalidad a la inscripción en el libro-registro de agrupaciones; en realidad lo único que este Reglamento establece es que las Asociaciones que regula puedan «revestir» la forma de sociedad, pero no que «sean» sociedades. No pueden serlo porque, como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (36), «la posibilidad de asociación forzosa no parece, en principio, que vaya a encontrar un cauce adecuado en las formas sociales mercantiles o civiles comúnmente conocidas, que se basan en la libre voluntad de todos los asociados». GRAU (37) y el propio MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (38) piensan que el Reglamento de Montes ha querido regular una nueva figura que el segundo considera tiene gran semejanza con varios *consorzi fra privati* del Derecho italiano y con otras asociaciones *propter rem* previstas en nuestro Derecho Positivo; NIETO (39), siguiendo a OTTAVIANO (40), ha puesto de relieve el carácter instrumental de estas entidades (refiriéndose en concreto a las Mancomunidades y Agrupaciones Municipales de Montes); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (41) ha visto su parecido con las comunidades de regantes, y LEGUINA VILLA (42) ha considerado que la unidad forestal, que agrupa a varios propietarios individuales es una técnica análoga al polígono urbanístico. Nos encontramos, una vez más, con semejanzas con figuras ya analizadas o que veremos más adelante, reveladoras de que existen en nuestro Derecho Positivo unas cotitularidades compartidas que parecen tener en común una naturaleza o estructura consorcial.

(36) Cf. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *Los consorcios en el Derecho Español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974, pág. 493.

(37) Cf. GRAU, S., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*, Madrid, 1966, pág. 416.

(38) Cf. *ob. cit.*, pág. 493 y sigs.

(39) Cf. NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, 1964, pág. 903.

(40) Cf. *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.

(41) Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración*, Madrid, 1972, pág. 67.

(42) Cf. LEGUINA VILLA, J., «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», en *REDA*, núm. 3, octubre-diciembre de 1974, pág. 467.

3. CONSORCIOS REALES HÍDRICOS

Debemos distinguir entre los relativos a la propiedad del agua y al uso de la misma.

Entre los primeros destacan los heredamientos y comunidades canarios, cuya regulación por la Ley de 27 de diciembre de 1956 planteó problemas relacionados con la explicación de su naturaleza jurídica. La pretensión originaria de que se confiriera la personalidad jurídica a los «Heredamientos» seculares se hizo extensiva por la Comisión Codificadora a las modernas «Comunidades», lo que dio lugar a que normas pensadas para aquellos resultasen incongruentes cuando se refieren a las segundas (43), teniendo que esforzarse la doctrina para superar contradicciones y hacer compatibles disposiciones que contemplan a la vez situaciones asociativas dotadas de personalidad y situaciones de comunidad. La contradicción más evidente es la relativa a la titularidad de la gruesa o caudal de agua —y demás elementos indivisibles y de uso común— que el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley atribuye a la Agrupación y que, sin embargo, se considera también que pertenecen por cuotas indivisas a todos los comuneros, conservando cada partícipe el dominio de su cuota (art. 5, párr. 1, y 7, párr. 2) y estableciéndose la improcedencia de la acción divisoria y del retracto de comuneros (art. 7, párr. 3) así como la posibilidad del secuestro de aguas (art. 8).

La explicación de este aparente contrasentido se ha buscado distinguiendo entre la titularidad de los bienes y la de su gestión o administración y considerando que es solo esta última la que se atribuye a la Agrupación de propietarios constituida como Asociación a la que la Ley confiere personalidad jurídica. En concreto, son dos las teorías que procuran desentrañar de este modo la naturaleza jurídica de los Heredamientos y Comunidades regulados en la Ley de 1956:

- a) La seguida por CREHUET (44), de las llamadas «titularidades de disposición sin atribución patrimonial», atribuidas por ley o voluntad reconocida «a una persona distinta del titular o titulares de goce de la cosa o cosas objeto de la relación jurídica dominical» que «es, cabalmente, la asociación o sociedad que erige en la agrupación de propietarios la Ley de 27 de diciembre de 1956».

(43) Cf. NIETO, «Las Comunidades de aguas canarias en 1956», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969, pág. 172; MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, «Los Heredamientos y Comunidades en su Ley reguladora», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969, pág. 190 y sigs.; y CREHUET, P., «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», en *ADC*, 1957, pág. 1138 y sigs.

(44) Cf. *ob. cit.*, pág. 1143 y sigs.

- b) La propuesta por NIETO (45), que ve en la figura consorcial la solución que despeja las dificultades indicadas. Según él, «en el consorcio (a diferencia de en la sociedad) no se crea un nuevo centro de intereses, sino que cada propietario conserva su interés propio, y lo único que hace es encomendar la gestión de su interés al nuevo ente: el consorcio es, pues, un ente de gestión». Aplicando esta figura del consorcio a los Heredamientos y Comunidades de aguas de la Ley de 1956, estas entidades tendrían que considerarse titulares de los «bienes instrumentales», tal como el *caput aquae* (la boca o manantial), mientras que a los partícipes les pertenecerán los frutos de dicho *caput*, el derecho a participar de tales frutos en proporción a sus cuotas.

Posiblemente sea esta figura consorcial la que mejor explique la naturaleza de esa «institución permanente —la Heredad— que posibilita la división del agua en el tiempo y mantiene esta división permanente en los sucesivos periodos llamados dulas», tal como escribía, poco antes de la Ley de 1956, DÍAZ SAAVEDRA (46), quien, como subraya el propio NIETO (47), formulaba con otro lenguaje el principio consorcial, al añadir que «la Heredad no es una comunidad de bienes, ni es una sociedad, es solo una institución encargada de mantener dividida en el tiempo una propiedad móvil, como el agua... La facultad de la Heredad, como institución, queda concretada a la conservación del caudal y reparación de los elementos comunes».

Aunque las comunidades de usuarios de agua se configuran por el TR de la LA de 2001 como Corporaciones de Derecho Público, dotadas por consiguiente de personalidad jurídica, no dejan por ello de estructurarse como comunidades de intereses cuyo objeto es la vinculación real de bienes privativos de cada partícipe y de otros comunes adscritos a aquéllos, entre los que tiene especial relevancia el propio aprovechamiento colectivo de las aguas concedidas a la comunidad. De esta naturaleza consorcial de las comunidades de usuarios derivan sus características más fundamentales: el que su constitución se lleve a cabo en consideración a los fundos, por lo que los comuneros deben ser siempre los propietarios, automáticamente sustituidos por los adquirentes en cualquier supuesto de sucesión o transmisión de tales fundos; y el que estos fundos queden sujetos con carga real al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la conservación, administración y mejor disfrute de los elementos

(45) Cf. NIETO, A., «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, Tenerife, 1969, pág. 217 y sigs.

(46) Cf. DÍAZ-SAAVEDRA y NAVARRO, N., «La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble inmóvil», en *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1955, págs. 30 y 31.

(47) Cf. «Hacia una teoría consorcial...», *ob. cit.*, pág. 241.

comunes, sin que puedan quedar excluidos de esta afección especial los bienes cuyos titulares se beneficien de la actividad común.

Estas características fundamentales del consorcio real aparecen en la regulación que de las comunidades de usuarios hace el TR de la LA de 2001, sobre todo en los artículos 82.2 y 83.4:

1.^a) *El intuitus rei*

Los Estatutos u Ordenanzas de las comunidades de usuarios —dice el art. 82.2 del TR de la LA de 2001— incluirán la finalidad y el ámbito territorial de la utilización de los bienes de dominio público hidráulico y regularán la participación y representación obligatoria, y en relación a sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua. Ámbito territorial y participación, en relación a sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos, son datos reveladores de que, en las comunidades de usuarios, la pertenencia a la situación viene determinada por una relación real de propiedad de ciertos inmuebles situados en una zona. Como señala la doctrina, se trata de entidades que se constituyen y regulan en consideración a los fundos, no de los titulares de los mismos.

2.^a) *La «carga real»*

Las deudas a la comunidad de usuarios por gastos de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas —dice el art. 83.4 del TR de la LA de 2001— gravarán la finca o industria en cuyo favor se realizaron, pudiendo la comunidad de usuarios exigir su importe por la vía administrativa de apremio, y prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan, aún cuando la finca o industria hubiese cambiado de dueño (48).

(48) El mismo criterio —añade el precepto transcrito— se seguirá cuando la deuda provenga de multas e indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de Riego. Y en el artículo 83.1 del TR de la LA de 2001 se establece también la exigibilidad, por la vía administrativa de apremio, del coste (o abono de gastos y perjuicios) de la ejecución subsidiaria por incumplimiento de las obligaciones de hacer, a menos que revistan un carácter personalísimo. Análogo sistema regirá para el cobro de los cánones o exacciones regulados en los artículos 112 a 114 del TR de la LA de 2001, conforme dispone el artículo 115. Y el artículo 212.2 del RDPH también establece que en las concesiones de aprovechamientos colectivos para riegos, todos los terrenos comprendidos en el plano general aprobado quedarán sujetos al pago de las obligaciones aunque los propietarios rehúsen el agua.

4. CONSORCIOS REALES MINEROS

Entiende por coto minero el artículo 108 de la Ley de Minas, de 21 de julio de 1973 (reproducido y desarrollado por el 134 del Reglamento de 25 de agosto de 1978), «la agrupación de intereses de titulares de derechos de explotación en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de éstos, situados de forma tal que permitan la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento».

A pesar de que en este concepto de coto minero se alude únicamente a la utilización conjunta de servicios, la Ley y el Reglamento de Minas contemplan un doble fin de la posible agrupación: *a)* La instalación de servicios mancomunados de desagüe, ventilación y transporte o la utilización conjunta de establecimientos de beneficio; *b)* La constitución de una entidad de explotación más ventajosa que (agregando, segregando y aun desmembrando autorizaciones y concesiones si fuera necesario) permita obtener mayor rendimiento de los aprovechamientos, simplificar o reducir las instalaciones o facilitar la salida de los productos.

También distinguen la Ley y el Reglamento de Minas entre los cotos voluntarios y los obligatorios. Los voluntarios pueden perseguir cualquiera de los dos objetivos señalados, mientras los obligatorios (que son más bien forzosos, pues deberán formarse a propuesta de los Servicios de Minas, de otros Organismos relacionados con asuntos mineros o de titulares de derechos mineros que pretenden formar un coto de aprovechamiento más ventajoso, siempre que se trate de aprovechamientos de recursos que hayan sido declarados de interés nacional, o cuando la falta de unidad de sistema en aprovechamientos colindantes o próximos de distintos titulares pueda afectar a la seguridad de los trabajos, integridad de la superficie, continuidad del recurso o protección del medio ambiente, o cuando resulte así un aprovechamiento más favorable de los recursos) tendrán siempre por finalidad la constitución de una nueva entidad de explotación que el artículo 111 de la Ley y el 137 del Reglamento de Minas denominan consorcio de aprovechamiento y que —añaden— llevará la administración y dirección de la empresa. En cambio, cuando se refieren a los cotos voluntarios, la Ley y el Reglamento de Minas solo prevén la celebración de un convenio entre los interesados (con los Estatutos que lo regulen), a pesar de que uno de sus objetivos pueda ser también (como en los obligatorios) el constituir una entidad de explotación.

Aunque se mantienen diferentes criterios sobre la naturaleza de estas entidades vinculadas a cotos mineros (49), parece que cuando tengan por objeto

(49) Cf. MANZANEDO MATEOS, J. A. (en *Curso de Derecho Administrativo Económico*, de MANZANEDO, J. A.; HERNANDO, J., y GÓMEZ REINO, E., Madrid, 1970, pág. 798 y sigs.) que, siendo partidario de admitir la figura del consorcio en nuestro Derecho, considera que, aprobado un coto forzoso, los concesionarios interesados están obligados a constituirlo; y

la gestión y explotación en común de los aprovechamientos (tanto si se trata de cotos forzosos u obligatorios como de cotos voluntarios) vendrán a constituir verdaderas sociedades y que, únicamente cuando persigan el objetivo más limitado de establecer algunos servicios mancomunados, permaneciendo independientes las explotaciones de los diferentes concesionarios, estaremos en presencia de una titularidad compartida de carácter consorcial (50).

5. CONSORCIOS REALES URBANÍSTICOS

Las situaciones jurídicas de estructura y naturaleza consorcial aparecen, con carácter transitorio, en el proceso urbanizador de compensación y, con carácter permanente, una vez concluida la urbanización y realizadas las subsiguientes construcciones.

A) Entidades consorciales que actúan en el proceso de urbanización

a) Juntas de Compensación

La pertenencia a la Junta de Compensación se produce *intuitus rei*; como ocurre con otras situaciones jurídicas similares, se puede decir que se trata de una comunidad de fincas, más que de propietarios, puesto que el cambio de titularidad de una de las fincas del perímetro de actuación urbanística o del derecho de aprovechamiento urbanístico sustitutivo lleva aparejado el cambio del cotitular en la comunidad de intereses que es la Junta de Compensación.

en los cotos voluntarios, aunque no exista la obligación expresa de constituir un consorcio, es patente que la gestión colectiva de los servicios comunes o de la explotación deberá ser asumida por una entidad explotadora que responda a la técnica consorcial. En cambio, MARTÍN MATEO, R. (*Los consorcios locales*, Madrid, 1970, pág. 29) estima que en el supuesto de utilización de servicios comunes no se prevé un órgano colectivo sino únicamente el establecimiento de un Reglamento, y en el de explotación en común de minas la figura del consorcio opera como una sociedad; éste es también el criterio de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., en *ob. cit.*, pág. 111. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., en *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 2002, pág. 121, incluyen los cotos mineros forzosos entre las que denominan transferencias coactivas no expropiatorias, que constituyen una técnica de intervención general de la economía.

(50) El artículo 8 del Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras, dispone que «cuando razones de tipo geológico o geomorfológico aconsejen la realización de un Plan de Restauración conjunto para aprovechamientos mineros realizados por titulares distintos, la Administración podrá imponer la creación de un coto minero de acuerdo con lo previsto en el artículo 110 y concordantes de la Ley de Minas y su Reglamento de Minas. El Consorcio correspondiente determinará las obligaciones de cada titular en la ejecución del Plan de Restauración».

b) Entidades de Conservación Urbanística

También las Entidades de Conservación Urbanística, reguladas en los números 2 y 3 del artículo 25 y en los artículos 68 a 70 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, tienen la naturaleza de Entidades *ob rem*, puesto que la pertenencia a las mismas será obligatoria para todos los propietarios comprendidos en su ámbito territorial (art. 25.3) y la transmisión de la titularidad que determine la pertenencia a la entidad llevará consigo la subrogación en los derechos y obligaciones del causante, entendiéndose incorporado el adquirente a la entidad a partir del momento de la transmisión (art. 28).

B) *Consortios reales resultantes del proceso de urbanización y construcción*

Tres son los supuestos más importantes de propiedad urbana en los que creemos existen situaciones compartidas de carácter consorcial y respecto de los cuales cabe hablar de propiedad consorciada: la propiedad de casas por pisos, las urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios y los conjuntos inmobiliarios.

a) Propiedad horizontal simple o de casas por pisos o locales

Se ha llegado a afirmar de la propiedad horizontal que «nos hallamos ante una institución tan vital, que sus múltiples facetas resulta imposible compendiarlas en una fórmula mental adecuada» y que «es inútil buscarle semejanzas o identidades parciales para que sea absorbida por otros tipos clásicos» (sentencia de 2 de abril de 1971) (51).

Una referencia sistemática a las posiciones más generalizadas nos permitirá discernir si se trata de una institución tan peculiar que no admite apenas parangón o si, por el contrario, responde a un esquema jurídico más amplio,

(51) La STS de 18 de mayo de 1960 (de la que fue ponente BONET RAMÓN) dice así en uno de sus considerandos: «La propiedad de casas por pisos es una institución de carácter complejo, cuyo género es el derecho de propiedad, pero dentro de él es una especie destacada de las demás tradicionales, y *es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales* para que sea subsumida y absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, ni la servidumbre sirve para explicar la situación de todas las cosas comunes, sino determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos, pero que afectan a todos ellos, como ha venido a reconocer nuestra Ley reformadora del artículo 396 del Código Civil, la doctrina científica en su mayor parte y, asimismo, la Jurisprudencia de esta Sala...».

a una figura comprensiva de las diferentes situaciones compartidas de estructura consorcial.

Las teorías anteriores a la configuración moderna de la propiedad horizontal están relacionadas con las posturas de los primeros Códigos Civiles y se concretan en las posiciones de quienes entienden que se trata de relaciones y derechos de servidumbre o de superficie. Aunque no han sido del todo abandonadas en las nuevas legislaciones y en la doctrina más moderna, tanto aquéllas como ésta se centran fundamentalmente en las figuras de la comunidad, de la propiedad y de la sociedad.

El Código Civil francés y el italiano de 1865 incluyen la regulación de la propiedad por pisos entre las normas de las servidumbres, lo que sin duda influyó en que se mantuviera que dicha propiedad era una forma de servidumbre. Sin embargo, se considera en general que los derechos que configuran la llamada propiedad horizontal corresponden a los partícipes como verdaderos dueños y que la propiedad y la servidumbre no son compatibles (en el sentido de que las facultades que se ejercitan como propietario no pueden estimarse ejercitadas por título de servidumbre), ya que *nemini res sua servit iure servitutis*.

La teoría del derecho de superficie es mantenida por el Código Civil alemán, al recoger la norma prohibitiva de la propiedad por pisos, y la mantuvo también al principio el Código Civil suizo, perdurando en los tratadistas germanos a pesar de que la nueva regulación de la propiedad horizontal en su país responde más bien a la idea de comunidad. La gran mayoría no considera aceptable esta teoría porque el derecho de superficie es un derecho de construcción sobre suelo ajeno, mientras que lo normal en la propiedad por pisos es que el suelo sea elemento común y, aunque en algún caso pudiera pertenecer a tercero, ello no significaría una modificación del régimen de propiedad horizontal del edificio así construido.

Nuestro Código Civil (separándose del criterio del Proyecto de 1851, que había seguido al francés) insertó la regulación de la propiedad por pisos en el título de la comunidad de bienes. Esto hizo que, en general, pudiera ser considerada como una modalidad de dicha comunidad, cuya disciplina permitiría resolver bastantes cuestiones, aunque algunos principios de la comunidad, como la acción de división y los derechos de preferente adquisición de los comuneros, constitufan realmente un obstáculo para el desarrollo de la propiedad por pisos. «Estos inconvenientes —dice BENACCHIO (52)— apenas aflo-
rados en una fase histórica en la cual el fenómeno quedaba limitado al ámbito de una casa de dos o tres pisos que, con motivo de una sucesión hereditaria

(52) Cf. BENACCHIO, G., *Il condominio edilizio*, Padua, 1969, pág. 178. A continuación, para confirmar su criterio, recoge la opinión de VENTURA TRAVESET: el que adquiere un piso o local, lo hace para disfrutarlo solo, no porque le seduzca convivir con los demás titulares en las partes de general uso (escalera, patios, etc.) (*Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, pág. 37 de la 2.ª ed., de 1976).

o de otros hechos jurídicos, era dividida entre pocos propietarios, restando comunes pocas cosas como la entrada, las escaleras y el techo, se convertirán en insoportables en la propiedad por pisos moderna en la que encuentran alojamiento centenares de personas e incluso familias, cada una de las cuales pretende resolver su problema de manera definitiva e independiente, o sea disponer de un derecho exclusivo».

Por esto se modifican los Códigos o aparecen leyes especiales reguladoras de la propiedad horizontal, que pretenden responder a estas nuevas exigencias de habitación en una sociedad fundamentalmente urbana e industrial, y la doctrina se esfuerza en explicar la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, dando lugar así a una posición bastante generalizada que pretende que estamos en presencia de una figura completamente original, caracterizada precisamente por su complejidad, porque en ella se manifiestan unos derechos de propiedad privada unidos a la copropiedad indivisible sobre los elementos comunes. Esta concepción dualista, que distingue entre la titularidad dominical ordinaria sobre el piso o departamento y un derecho accesorio de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, ha inspirado a nuestros legisladores de 1939, 1960 y 1999 y ha sido recogida en nuestra jurisprudencia, pasando a ser casi una *communis opinio* que, sin embargo, no parece satisfactoria por dos razones: en primer lugar, porque fracciona innecesariamente la titularidad de cada copropietario en dos titularidades yuxtapuestas (bien que indisolublemente unidas), siendo así que ambas integran un solo todo. En segundo término, porque la titularidad de cada propietario no puede considerarse como una titularidad dominical totalmente autónoma, ordinaria y desconectada de las demás. Esta falta de unidad intenta ser superada por aquellos que consideran que la propiedad horizontal no es una figura *sui generis* sino que puede ser explicada acudiendo a otras instituciones jurídicas ya consagradas.

Poniendo el acento en uno de los dos componentes de la construcción dualista o buscando fórmulas integradoras, se han propuesto numerosas opiniones doctrinales de carácter unitario. La posición mantenida por nuestra doctrina tradicional y que aún hoy parecen defender CÁMARA, GARRIDO Y SOTO (53) es la de que «solo si se acepta que la copropiedad horizontal es, en definitiva, una forma especial de copropiedad, adquiere su cabal significado la afirmación de que el derecho de cada propietario es «complejo», «interdependiente» y «funcional». También así se justifica plenamente que la cuota o coeficiente de participación no se refiera exclusivamente a los elementos comunes sino, como dice el artículo 3.º de la Ley, a «las cargas y beneficios por razón de la comunidad», y que exprese, por tanto, la proporción en que cada propietario

(53) Cf. «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pág. 992.

participa en el valor total del inmueble. PELAYO HORE (54) incluyó la propiedad horizontal entre los supuestos que calificó de comunidad social y MONEDERO GIL (55) la considera un supuesto de comunidad asociativa, entendiendo por tal «aquella comunidad que no agota su ser en el régimen de disfrute y de convivencia, sino que superpone a este régimen endógeno otro dirigido a la proyección externa de la comunidad».

La mayoría de la doctrina española considera que la propiedad por apartamentos es una verdadera propiedad. Alguno —como FUENTES LOJO (56)— cree que es una forma más de la propiedad en general, porque ésta «ya no se concibe hoy como un derecho que otorgue un poder ilimitado, exclusivo y perpetuo sobre la cosa, sino como un derecho abstracto, elástico, pudiendo tener existencia distinta e independiente de sus facultades e incluso ampliaciones o reducciones en su extensión, sin perder su naturaleza»; otros muchos estiman que constituye una propiedad especial que califican, por ejemplo, de «compleja, interdependiente y funcional» o de «funcional, zonificada, gregaria y solidaria».

Hay posiciones doctrinales que pretenden llegar a cierta unificación de la compleja situación jurídica que es la propiedad horizontal considerando que se trata de una sociedad, un ente colectivo o persona jurídica o un ente de gestión. Han sido sostenidos estos criterios por diversos autores extranjeros, sobre todo italianos, pero han tenido escasa influencia en nuestro país.

Únicamente algunos mantienen posturas intermedias, pretendiendo responder de algún modo al aspecto organizativo de la propiedad horizontal que ni en las teorías de la propiedad o de la comunidad, ni tampoco en la concepción dualista o *sui generis*, parece clara y suficientemente planteado y resuelto. Así, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (57) considera que «la propiedad horizontal es una fórmula intermedia entre la comunidad ordinaria y la sociedad. Se asimila a esta última en su forma de administración (Junta de condueños, presidente, administrador, etc.) y se diferencia de la misma en no habersele reconocido personalidad jurídica por la Ley, así como en que cada propietario tiene la propiedad independiente y separada de un piso o local». PÉREZ PASCUAL (58) estima que la Junta de Propietarios tiene ya una personalidad de hecho (admitida así por la jurisprudencia) y que tal personalidad debiera serle

(54) Cf. PELAYO HORE, S., «La indivisión perpetua...», cit., en *RDP*, 1942, pág. 458.

(55) Cf. MONEDERO GIL, F., «La comunidad de propietarios. Sus órganos: la Junta de Propietarios. Régimen de los acuerdos. El Presidente. La representación de la comunidad. El Administrador», en *Rev. Pretor*, núm. 23, septiembre-octubre de 1964, pág. 647.

(56) Cf. FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, t. I, Barcelona, 1969.

(57) Cf. ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F., «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1967, núm. 462, pág. 1246.

(58) Cf. PÉREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid, 1974, pág. 271 y sigs.

reconocida por el Derecho para que fuera titular de los elementos comunes; se explicarían de este modo muchos de los problemas de la propiedad horizontal que no tienen ahora solución satisfactoria. Y MUÑOZ DE DIOS (59) dice estar «convencido de que la propiedad horizontal es comunidad de goce, en ese camino que lleva a la personalidad jurídica, pero sin llegar a obtenerla... intermedia entre la comunidad propiamente dicha y la persona jurídica».

No parece que pueda prescindirse del aspecto comunitario en la institución de la propiedad horizontal, ni siquiera aunque se ponga en primer plano «la propiedad privativa o singular del piso o local, quedando la comunidad como accesoria» e incluso, «dando un paso más», se lleve «al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto» (Exposición de Motivos de la Ley de 21 de julio de 1960). Lo que ocurre es que esta comunidad (que la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1960 refiere al conjunto del inmueble dividido económicamente en fracciones o cuotas, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales) es comprensiva de la situación jurídica completa —y no tan solo de los llamados elementos comunes—, y es únicamente una comunidad de intereses, ya que es el interés común, existente entre los dueños de los pisos, el que constituye el objeto inmediato de la titularidad compartida por todos ellos, en tanto que el edificio será su objeto mediato.

En esta comunidad de intereses surgirán necesariamente —como en toda comunidad— relaciones asociativas, o de los comuneros entre sí y respecto de terceros, que requerirán una organización como cauce de ejercicio de determinados derechos y obligaciones.

Será necesario —como dice TORRALBA (60)— «unificar la gestión de los intereses de la agrupación a través de la atribución de unas facultades a unos organismos especialmente creados al efecto». Este aspecto organizativo ha quedado en general postergado en las construcciones doctrinales que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, al referirlas sobre todo al aspecto primario o real, a los elementos privativos y comunes o al edificio en su conjunto.

No se trata, en absoluto, de que la propiedad horizontal sea considerada un ente de gestión, sino meramente de que existen en ella unos órganos de gestión y de que también estos órganos deben formar parte, por consiguiente, de las explicaciones del instituto, de su naturaleza. «El dueño del piso —dice LACRUZ BERDEJO (61)— tiene conciencia de que su propiedad se realiza a través, no ya

(59) Cf. MUÑOZ DE DIOS, G., «Posibles formas empresariales en la propiedad horizontal», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, págs. 1521 y 1523.

(60) Cf. TORRALBA SORIANO, O. V., «Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal», en *Documentación Jurídica*, julio-diciembre de 1975, pág. 151 y sigs.

(61) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2.º, Barcelona, 1980, pág. 315.

solo de unos bienes comunes que son los más valiosos e importantes por cuanto sustentan y delimitan el piso (solar, muro, techo, suelo, tabiques medianeros) y le dan acceso (patio, escaleras, ascensor, etc.), sino de un consorcio de condueños que organiza los servicios que hacen utilizable el piso y le dan figura de «vivienda». Es a ese consorcio al que, como si tuviera personalidad jurídica, considera el dueño del piso acreedor de su contribución mensual o trimestral a los gastos generales; y es el propio consorcio quien, como si fuera una persona, puede establecer sobre un piso determinado «las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17» (art. 9.1.c).

Para comprender en ella este aspecto organizativo fundamental —y descartando, por supuesto, el ver en la institución una sociedad o cualquier otra entidad con personalidad jurídica—, no parece que la propiedad horizontal tenga explicación suficiente y satisfactoria a través de las figuras de la comunidad de bienes, tomada en sentido estricto, o de la propiedad ordinaria. En tal caso, ¿habrá que deducir que estamos en presencia de una institución *sui generis*, tan peculiar que no admite parangón? Creo que responde a un esquema más amplio, a una estructura típica de unas titularidades compartidas que no encajan ni en la comunidad estricta de bienes ni en la sociedad, a una comunidad de intereses de estructura consorcial, configuradora de las situaciones de propiedad que hemos denominado —por ello— propiedad consorciada.

Las características fundamentales del consorcio real aparecen en la regulación que de la propiedad horizontal se realiza en la Ley de 21 de julio de 1960, modificada por la Ley de 8/1999, de 6 de abril:

1.^a) *El intuitus rei*

La pertenencia a la situación viene determinada por una relación real de propiedad de los pisos o locales situados en un edificio. Como señala la doctrina, se trata de comunidades que se constituyen y regulan en consideración a los fondos, no de los titulares de los mismos.

2.^a) *La «afectación o carga real»*

Las deudas a la comunidad por gastos generales de la misma, así como por los gastos derivados de la realización de las obras de conservación, necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble, gravarán las viviendas o locales, pudiendo la comunidad exigir su importe mediante el embargo del piso o local del deudor, aunque hubieran cambiado de dueño (arts. 9, 10 y 21 de la LPH). El alcance de la afectación o carga real a que se refieren los preceptos reseñados consiste en que serán los propietarios de los pisos o locales, en el momento de exigirse el pago de las deudas con la comunidad los que responderán, con sus bienes puestos en comunidad y con su participación en la

misma, del pago de la porción o cuota correspondiente. Se trata de la aplicación del principio *res transit cum onere suo*, conforme al cual los gastos necesarios para mantener el *status quo* de la comunidad afectarán realmente a la «propiedad consorciada» y el propietario no podrá excepcionar el pago basándose en que los gastos se originaron con anterioridad al momento en que adquirió su propiedad, pudiendo únicamente repetir contra los propietarios anteriores el importe de estos gastos también anteriores.

b) Urbanizaciones privadas y complejos inmobiliarios

MARTÍNEZ GARCÍA (62) considera que, aunque el criterio de la Ley 8/1999, de 6 de abril, es el de identificar los complejos inmobiliarios privados con las urbanizaciones privadas, es preferible establecer una relación de género a especie entre unos y otras, considerando complejos inmobiliarios todos los supuestos de propiedades más o menos independientes entre las que existe vinculación con determinados elementos o servicios comunes, y urbanizaciones privadas las compuestas por parcelas edificadas o susceptibles de serlo entre las que existe la misma vinculación; serían complejos inmobiliarios pero no urbanizaciones: a) Las casas empotradas unas en otras. b) Las casas «a caballo» de otras, o engalabernos (63). c) Los centros comerciales, formados por una pluralidad de locales que se combinan con zonas recreativas, aparcamientos y viales y otros servicios comunes. d) Todos los supuestos de «edificios complejos», con cimientos y/o plantas de sótano y/o plantas comerciales comunes, pero con diversas alas o bloques de viviendas, con accesos y servicios propios independientes entre sí. e) Nuevas realidades inmobiliarias como los parques industriales o los parques tecnológicos (64).

El artículo 24 de la LPH regula los requisitos de los complejos inmobiliarios privados (a los que será aplicable el régimen especial de propiedad

(62) Cf. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Urbanizaciones privadas*, Academia Sevillana del Notariado, t. XIII, Madrid 2003, pág. 326 y sigs.

(63) Este supuesto y el anterior han sido analizados antes, al referirme a la medianería horizontal.

(64) Desde hace años se incluye entre los complejos inmobiliarios el conjunto de los puntos de amarre de un puerto deportivo y también puede incluirse ahora el denominado campo solar, que es un espacio dedicado exclusivamente a alojar instalaciones de producción de electricidad (energía solar fotovoltaica), está compuesto por varias instalaciones, cada una de un dueño diferente, y dotadas de servicios comunes a todas ellas: evacuación eléctrica a la red, medidas de seguridad, mantenimiento, gestión, etc. Otro supuesto es el de la RDGRN de 21 de marzo de 2001, un conjunto inmobiliario destinado a cementerio privado formado por ocho subconjuntos, destinados, el primero de ellos a servicios administrativos e instalaciones, y los otros siete a enterramientos, divididos éstos, a efectos de su posterior transmisión, en cuotas ideales, cada una de las cuales da derecho a determinado número de enterramientos.

establecido en el art. 396 del CC), su constitución, las especialidades del régimen de la agrupación de comunidades y el régimen de los complejos inmobiliarios que no se constituyan como una sola comunidad de propietarios ni como una agrupación de comunidades de propietarios. Dice así el número 1 de dicho artículo 24 de la LPH:

«El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.
- b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Deben existir, pues, dos o más edificaciones o parcelas, estén o no éstas edificadas. Tienen que ser independientes entre sí, y los titulares de los inmuebles o de las viviendas o locales en que aquéllos estén divididos horizontalmente deben participar, como inherentes a los mismos, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios. Es esta inherencia o vinculación *ob rem* lo que determina que dichos elementos sean indivisibles.

El artículo 24.2 de la LPH dispone que «los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán:

- a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo segundo del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultarán íntegramente de aplicación.
- b) Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizados por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios (65). El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los

(65) Como señala RAGEL SÁNCHEZ, L. F., en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 743, el nuevo texto legal responde a la realidad social imperante en la actualidad y trata de conjugar en lo posible los intereses individuales y los colectivos, requiriendo el voto unánime de los Presidentes de las comunidades, pero solo la mayoría en el escrutinio que se realice en cada una de éstas.

elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Cuando el complejo inmobiliario privado se constituya en una sola comunidad de propietarios, el procedimiento de constitución será el establecido en el artículo 5 de la LPH. Como señala el precepto, ya no se dará una aplicación analógica de la LPH, sino una aplicación directa y completa de la misma (66).

Cuando se constituya como una agrupación de comunidades, el título constitutivo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas. Se trata, en realidad, más que de una Agrupación, de una Comunidad de

(66) «A la hora de valorar el alcance de esa aplicación íntegra —dicen ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., en *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000, pág. 112 y sigs.—, no puede dejar de observarse que, además, habrá de tenerse en cuenta la particular configuración material de cada complejo inmobiliario; piénsese, por ejemplo, en las diferencias en el alcance del régimen sobre los elementos privativos que hay entre un complejo formado por varios bloques de apartamentos y otro compuesto por una pluralidad de viviendas unifamiliares...; en los casos de complejo inmobiliario organizado como comunidad única de propietarios, las cuotas sobre el conjunto del complejo corresponden directamente a los titulares de los elementos privativos: la razón es obvia, pues no existe posibilidad de organización intermedia». MARTÍNEZ GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 340 y sigs., analiza las diferencias existentes entre la propiedad horizontal típica y las urbanizaciones privadas, siendo destacable el que en éstas los elementos comunes por naturaleza sean escasos o que no existan y que, sin embargo, son abundantes los que lo son por destino. Ello obliga, en la constitución del régimen, a definir con precisión qué elementos tienen el carácter de comunes, no siendo totalmente útil la interpretación dada para la propiedad horizontal (todo lo que no se define como privativo en el título, es elemento común). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. I. *Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Madrid, 2001, pág. 578 y sigs., pone también de relieve que «en el régimen de los complejos urbanos hay siempre un juego de autonomía de la voluntad mayor que en el régimen de propiedad horizontal de un edificio. Los pisos o locales de un único edificio, como por naturaleza son partes integrantes de una misma cosa (el edificio), solo podrán ser objeto de propiedad separada dentro del régimen de propiedad horizontal constituido sobre el edificio (cf. art. 396 CC); este régimen es, pues, entonces de existencia necesaria y las propiedades separadas sufrirán, consiguientemente, también de modo necesario, las cargas y limitaciones que, con amplio alcance, implica siempre el régimen de propiedad horizontal. En cambio, las edificaciones y parcelas que integran el complejo urbano pueden ser objeto de propiedad separada, haya o no un régimen de complejo urbano, por lo que el alcance de este régimen, *conforme a la voluntad de los propietarios*, puede ser máximo (análogo al régimen de propiedad horizontal constituido sobre un único edificio), ser menor (limitado a los elementos y servicios comunes ya existentes al ser constituido el régimen del complejo, o a los que pueda crear la Junta), ser mínimo (por ejemplo, el mantenimiento de una piscina colectiva) o, simplemente, no existir. Solo será necesario un régimen conjunto cuando haya viales o servicios urbanísticamente imprescindibles que sean comunes, mas entonces también puede pactarse un alcance mínimo».

comunidades o de una Supracomunidad. Las comunidades integradas responderán conjuntamente de la obligación de contribuir a los gastos generales de la comunidad resultante de la agrupación (67).

c) Conjuntos inmobiliarios

Después de que la reforma de la Ley de propiedad horizontal, de 6 de abril de 1999, haya regulado los complejos inmobiliarios privados en su artículo 24, parece necesario delimitar el ámbito propio de los conjuntos inmobiliarios, diferenciándolos de los complejos inmobiliarios privados.

Considera DORREGO (68) que la posible integración de las propiedades individuales en los complejos inmobiliarios del artículo 24.1 de la LPH, «deriva de una elemental exigencia del sentido común: en caso contrario quedarían fuera de esta regulación legislativa y condenadas a una difícil autorregulación, aquellas urbanizaciones residenciales (tan frecuentes en la práctica) en las que los bloques divididos horizontalmente concurren con chalets o viviendas unifamiliares en la titularidad de elementos y servicios comunes. Resulta evidente que en estos supuestos las referencias del artículo 24.2.b) a las comunidades de propietarios deben entenderse realizadas a la propiedad separada (sea simple o compleja). Si el legislador ha utilizado la referencia a las comunidades ha sido únicamente buscando una mayor claridad y su más fácil comprensión por los ciudadanos, y —sobre todo— porque la concurrencia de comunidades es la hipótesis jurídicamente más relevante y en la que se hace precisa una regulación más acabada».

Lo que ocurre en la realidad, sin embargo, es que la pretendida inclusión de esas propiedades separadas simples en los complejos inmobiliarios plantea importantes problemas; se manifiestan, sobre todo, cuando se pretende que sus dueños participen en algunos gastos comunes del complejo inmobiliario y se niegan porque consideran que ellos son ajenos a las comunidades de propietarios del complejo. Para solucionar este problema, se han propuesto distintas fórmulas que buscan integrar a todos los propietarios que comparten la utilización de elementos, instalaciones o servicios comunes.

(67) El hecho de que la Ley hable de responsabilidad conjunta no debe llevar a pensar que la responsabilidad de las comunidades integradas sea solidaria, sino proporcional a la cuota de cada comunidad y a prorrata, que es la regla establecida con carácter general en el artículo 9.1.e) de la LPH (cf., en este sentido, RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 744 y sigs.)

(68) Cf. DORREGO DE CARLOS, A., «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», en *RCDI*, núm. 655, noviembre-diciembre de 1999, pág. 2334. También admiten la integración de los propietarios individuales en los complejos urbanísticos ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., en *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000, pág. 150.

Se trata de núcleos urbanos en los que existen casas de propiedad privada que no forman parte de ninguna urbanización o complejo inmobiliario pero que, de hecho, por la situación en que se encuentran, gozan de algún elemento, instalación o servicio correspondiente a todo el núcleo urbano; éste, normalmente, está formado además por varios edificios o casas de pisos en régimen de propiedad horizontal y por urbanizaciones privadas (con casas de propiedad separada y participación en elementos comunes), también, por tanto, en régimen de propiedad horizontal.

Estas situaciones no están contempladas en el artículo 24.2 de la Ley de propiedad horizontal, que solo se refiere a los supuestos de constitución de una comunidad de primer y único nivel, en régimen de propiedad horizontal, o de lo que denomina agrupación de comunidades de propietarios que, como considera en general la doctrina, constituye una comunidad de segundo o mayor nivel en las que se integran, piramidalmente, las de niveles inferiores.

Esas casas de propiedad privada, que no forman parte de ninguna urbanización o complejo inmobiliario pero que, de hecho, por la situación en que se encuentran, gozan de algún elemento, instalación o servicio correspondiente a todo el núcleo urbano, no están integradas en ninguna comunidad que se pueda agrupar con las otras comunidades del complejo. Para declarar documentalmente la existencia del conjunto inmobiliario de que hablo tendrá que formalizarse una agrupación de fincas, no una *agrupación* de comunidades.

Normalmente se trata de núcleos turísticos importantes que se han ido formando junto a algunas casas aisladas o alrededor de las mismas, de tal forma que estos edificios de viviendas aisladas quedan de hecho englobados en el complejo construido con posterioridad (69).

(69) Un buen ejemplo puede ser el de la SAP de Barcelona, de 3 de septiembre de 1998, según la cual la compleja realidad social y económica de nuestros días ha venido alumbrando formas asociativas en defensa de intereses comunes que se resisten a un encuadre sistemático dentro de las figuras institucionales clásicas por mezclarse aspectos de derechos individuales y comunitarios y aun de Derecho Público-Administrativo en el mismo fenómeno, de manera que, como ocurre en otros muchos casos, la realidad va por delante de los instrumentos jurídicos creados para regular derechos y obligaciones de los implicados en tales situaciones, donde inciden, a veces en forma contradictoria, normas positivas de derecho voluntario (*ius facultativus*) con otras de derecho necesario (*ius cogens*), a las que hay que atender dentro de una interpretación superadora, ajustada a la realidad social del tiempo de su aplicación, para conseguir extraer el principio informador de dichas relaciones complejas, según el espíritu y finalidad de las mismas, que es la *ratio essendi*, junto a la equidad concurrente. Tal cosa ocurre con el fenómeno de las urbanizaciones privadas donde, al lado del Plan General o Particular aprobado por la Administración, existen de ordinario reglas asociativas por las que los propietarios de parcelas y edificios regulan sus relaciones comunes en orden a la defensa de sus intereses y que ha llevado a crear abundante literatura sobre la naturaleza jurídica y régimen de tales asociaciones de propietarios o vecinos, sin olvidar también el interés de los entes públicos que ha dado pie a disposiciones administrativas, entre las que cabe citar, con relación al recurso, la Ley Municipal o de Régimen Local de Cataluña y la Ley de Asociaciones de Vecinos, dentro de la Ley de «Associacions de Catalunya» 7/1997, de 18 de junio

C) Prehorizontalidad

Tienen especial interés, por su importancia y por el debate doctrinal que han suscitado, los supuestos de cesión de solar por pisos o locales y de sobre y subedificación.

a) Cesión de suelo por obra futura

La finalidad última del intercambio de solar por edificación se consigue normalmente mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal del edificio construido para posibilitar la atribución de pisos o locales concretos y determinados al dueño del solar y al constructor, conforme a lo convenido entre ambos. Está clara, por tanto, la existencia de una comunidad de bienes en régimen de propiedad horizontal en la última etapa del *iter* negocial. Y si esto es así, la situación jurídica en las etapas anteriores, desde la formalización del contrato por el que se convenga el intercambio de solar por edificación, será una situación de prehorizontalidad, una situación de comunidad preparatoria de la comunidad de casas por pisos.

BATISTA MONTERO-RÍOS (70) creía que la cesión del suelo a cambio de pisos futuros responde a un tipo especial de convenio constitutivo de una forma intermedia entre comunidad y sociedad civil. CÁMARA ÁLVAREZ (71) se refiere

(arts. 35-42); y que la doctrina civilista ha asimilado bien a figuras de comunidad horizontal (atípica) o a una forma de propiedad especial (sobre derechos exclusivos, y servicios comunes), y, otras veces, a una modalidad de comunidad general de bienes o a una sociedad civil, siendo fuente de derechos y obligaciones en aplicación del principio de libertad de pactos.

(70) Cf. BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Comunidad para edificar», en *RDP*, 1969, pág. 99 y sigs. No estamos —añadía— ante un contrato asociativo normal, puesto que difícilmente puede hablarse de una sucesiva utilización; la comunidad para construir agota sus posibilidades en el momento en que se realiza el objeto, es decir, el de la terminación del inmueble, y hasta ese momento no hay beneficio en sentido estricto. Pero, *tempore intermedio*, la situación es la de una «comunidad activa» en la que hay una aportación de inmueble (la del dueño del solar), otra de industria (la del contratista) y puede haberlas de dinero (las de los adquirentes de los pisos si participan en esta relación originaria). Comunidad con un área de obligaciones y derechos perfectamente determinados en el contrato constitutivo. Pero, naturalmente, no hay autonomía patrimonial ni menos aún personalidad jurídica. Mientras esté pendiente de cumplimiento la aportación del constructor, no hay un régimen de propiedad horizontal; en la construcción del inmueble solo hay, desde el punto de vista real, un régimen comunitario sobre el solar y, por efecto de la acesión sobre las obras que se vayan incorporando. El régimen de administración y disposición resultará de lo pactado y, en su defecto, de las normas generales del Código, moduladas por el especial carácter de esta comunidad.

(71) Cf. CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (con la colaboración de GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.), «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, abril-junio de 1969, pág. 196 y sigs.

a este mismo supuesto como acto de comunicación de bienes, y considera que tanto el terreno como la edificación, a medida que se vaya ejecutando, devienen comunes en una determinada proporción. No es fácil, sin embargo —añade—, con base en esta concepción, estimar que *ab initio* surge la situación de propiedad horizontal, salvo que imaginemos ésta como una forma especial de comunidad (referida a todo el edificio) que se articula de modo especial. MUÑOZ DE DIOS (72) considera que, en este tipo de intercambio, la correcta calificación del negocio pasa por sostener que el cedente retiene un derecho de vuelo sobre las plantas o pisos reservados, transmitiendo al constructor la propiedad del solar, o retiene la propiedad de éste, cediendo al constructor un derecho de vuelo sobre los pisos resultantes.

CARRASCO PERERA (73) comenta que la construcción de MUÑOZ DE DIOS debió influir en la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Dice esta Resolución que debe tenerse en cuenta que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II CC) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que debe cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que debe cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 CC).

Esta posición de la DGRN inspiró la reforma del RH de 1998, en cuyo artículo 13, parcialmente derogado, se decía que, al practicarse la inscripción, se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario.

(72) Cf. MUÑOZ DE DIOS, G., *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987, pág. 58 y sigs.

(73) Cf. «Comentario de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, 1997, núm. 43, pág. 71.

RUDA GONZÁLEZ (74), interpretando conjuntamente la Resolución de 16 de mayo de 1996, y los párrafos anulados del artículo 13 del RH, dice que la DGRN viene a anticipar en cierto modo el efecto propio de la constitución de la propiedad horizontal, consistente, como es sabido, en que cada propietario lo es exclusivamente de unos elementos privativos, pero al mismo tiempo es copropietario de unos elementos comunes, entre los que se encuentra el suelo (art. 396.1 CC). Esta anticipación es una posibilidad admitida también por la doctrina y alguna sentencia (STS de 18 de mayo de 1994), para las que el contrato de cesión de suelo por obra produce el efecto de crear una comunidad sobre el solar. De este modo, resulta que para esta resolución el cedente no ha transmitido todo el solar a la otra parte —tal como originariamente quería— sino que conserva o retiene una cuota indivisa del mismo. Este mecanismo es el que recogerá el artículo 13 RH. Ni la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, ni el artículo 13 RH establecían una transmisión de la propiedad de cosas futuras, sino más bien una adquisición gradual de objetos actuales en transformación que son los pisos o locales futuros. Al existir una comunidad sobre el solar, la obra llevada a cabo por el cesionario accedería al suelo y las partes la adquirirían progresivamente a medida de su realización. Terminada la obra, se procedería a la división horizontal del edificio conforme a lo que disponía el artículo 13.II RH. En la medida en que pueda entenderse que la adquisición de la propiedad de la obra se produce por un mecanismo —la accesión— no regulado por el RH sino por el Código Civil (en especial arts. 353 y 358), y que la división de la cosa común para constituir el régimen de propiedad horizontal no constituye un acto traslativo de la propiedad, sino a lo sumo un acto con efecto extintivo de la anterior situación jurídica de comunidad y su conversión o modificación en otra situación diferente, no parece acertado atribuir al artículo 13 RH —como hace la sentencia (de 31 de enero de 2001)— la introducción en nuestro ordenamiento de un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 del Código Civil... En definitiva, el contrato no producía los efectos queridos por las partes (transmisión del solar más transmisión de los pisos) sino un efecto distinto (constitución de comunidad sobre el solar). El artículo 13 RH hacía el resto para que, al final, el resultado práctico querido por las partes —el intercambio de solar por pisos o locales— acabase realizándose.

Tanto las opiniones doctrinales transcritas como la interpretación de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, y de los apartados derogados del artículo 13 del RH son favorables al criterio de que en la situación de prehorizontalidad del intercambio de suelo por obra existe una comunidad especial.

(74) Cf. RUDA GONZÁLEZ, A., «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 31 de enero de 2001», en *Revista La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001, págs. 1 a 6.

ALONSO PÉREZ (75) mantiene que debe quedar claro que la comunidad especial a la que aludía el artículo 13 del Reglamento Hipotecario no encaja en el concepto típico de comunidad que recoge nuestro Ordenamiento jurídico privado y resalta que hay acuerdo en evidenciar la diferente cualidad de la titularidad de una y otra parte de la relación: Así, GARCÍA GARCÍA y SERRANO CHAMORRO dicen: «Estas dos titularidades son las que forman la comunidad especial a que se refiere el artículo 13 RH, y tan especial, pues son titularidades de distinta naturaleza: una actual, sobre el solar; y la otra sobre objeto futuro...». Por su parte, ARNAIZ EGUREN (76) dice que habrá que apreciar sobre el solar una titularidad interina, la del cesionario, que se someta a determinadas limitaciones, y, además, una titularidad de pendencia atribuida al cedente que origina desde luego una situación de cotitularidad cuyo ejercicio se condiciona a la edificación o, al menos, a la constitución del régimen de propiedad horizontal; incluso piensa que esta comunidad podría calificarse como una situación de propiedad horizontal, por entender que participa de las notas definidoras del régimen al que tiende, es decir, el carácter funcional e indivisible de la propiedad horizontal.

ALONSO PÉREZ considera que, pese a ser cierto que lo normal hubiera sido que la situación de cesión de solar condujera a una situación de propiedad horizontal, esto no debería llevar a entender que la situación previa a la consolidación definitiva de la finca reunía los elementos típicos para haber entendido concurrente tal propiedad horizontal. Aunque ha sostenido la aplicación de este régimen a los derechos de sobre y subedificación (77), cree que en el caso del intercambio de solar por edificación falta uno de los elementos fundamentales para poderlo entender concurrente: ninguno de los componentes de la finca, susceptibles de ser objeto de titularidades jurídico-reales, pertenecería en común a quienes detentaran derechos de propiedad privativos sobre diferentes partes de la finca; es decir, mientras no se consolidaba definitivamente la estructura jurídica de la finca ya construida —normalmente a través de un régimen de propiedad horizontal— concurrían en la finca un derecho de propiedad sobre los pisos futuros que constituyen el precio por la cesión y, además, un derecho de propiedad sobre el suelo y el resto del edificio futuro; derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro, puesto que, en ese preciso momento, no había ninguna de las partes de la finca en comunidad. Nos encontrábamos claramente ante una situación de disociación de la propiedad inmobiliaria: sobre una misma finca que conservaba su unidad

(75) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio de 2001, pág. 1039 y sigs.

(76) Cf. ARNAIZ EGUREN, R., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 105.

(77) Cf., más adelante, la opinión de esta autora sobre la naturaleza jurídica de estos derechos.

se hacían concurrir dos derechos de propiedad absolutamente independientes el uno del otro.

Desde luego que esta comunidad especial no es una comunidad de bienes, ni romana o por cuotas ni germánica o en mano común, pero sí es una comunidad de intereses. El artículo 394 del Código Civil se refiere expresamente al «interés de la comunidad», y el artículo 398, párrafo 2.º del mismo Código, a «los intereses que constituyan el objeto de la comunidad». Será la existencia de un interés común objetivado y la supeditación al mismo de los intereses individuales (para la mejor protección de éstos) lo que determinará que una situación jurídica comunitaria sea una verdadera comunidad de intereses, diferenciándola de los supuestos de simple coincidencia de intereses (78). En el caso que nos ocupa, de prehorizontalidad en la cesión de suelo por edificación, el interés común será la construcción de un edificio del que se beneficiarán (mediante la distribución de los pisos o locales, conforme a lo convenido) los dos comuneros, es decir, el cedente del suelo y el constructor.

Aunque ALONSO PÉREZ (79) cree que el párrafo 4.º del artículo 398 del Código Civil, que contempla el supuesto en el que «parte de la cosa pertenciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos, y otra fuere común», no es aplicable a la comunidad que nos ocupa, ya que no parece que en ella haya ninguna parte de la finca en comunidad, cabe opinar que sí que le es aplicable dicho precepto, pues, como decía COMAS (80), el que fuese propietario de parte determinada, mientras ésta no constituya por sí cosa distinta, «ha de encontrarse ligado, en razón de interés común, con los demás, relativamente a los componentes mediante los cuales su porción determinada fuese parte de la cosa perteneciente a varios». El artículo 398.4.º del Código Civil contempla la «cosa» (en nuestro caso, el edificio) como unidad económica de elementos con titularidades distintas, aunque vinculados todos ellos a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas del Código Civil sobre administración y mejor disfrute de la comunidad. Lo que mantenemos, en definitiva, es que en todo intercambio de suelo por edificación futura existe entre cedente del suelo y constructor una comunidad de intereses y en los casos en que se convenga la constitución del régimen de propiedad horizontal para la distribución de los pisos o locales entre el dueño del solar y el constructor, la situación de prehorizontalidad es un consorcio real.

(78) Como dice PESCARORE, S. (en *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milán, 1974, pág. 119), mientras la comunidad de intereses es una situación jurídica, la coincidencia de intereses es una mera situación de hecho.

(79) Cf. *ob. cit.*, pág. 1039, nota 21.

(80) Cf. COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pág. 128 y sigs.

b) Derecho de sobreedificación y subedificación

El artículo 16.2 del RH regula la inscripción del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio, o realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserva el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, o transmite a un tercero. Esta es la única norma de Derecho Común (y, además, no de rango legal sino solo reglamentario) relativa al derecho de sobreedificación y subedificación. Únicamente el Fuero de Navarra contiene una regulación completa de este derecho, cuyo concepto es recogido en su Ley 435 diciendo que «los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad».

El artículo 16.2.a) del RH dispone que en la inscripción se harán constar las cuotas que deban corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento o determinación. Se recogen aquí, como comenta FONT BOIX (81), dos posibilidades distintas: la fijación actual de las cuotas, lo cual implica una determinación también actual de la parte del solar que deberá transmitirse con el derecho de vuelo; y la fijación futura de esa cuota, cuando solo se establezcan las bases para su determinación, en cuyo caso no puede producirse una transmisión actual de una participación del solar. Surgen así —añade— dos especies de «derecho de vuelo», que más adelante analiza; a saber, el derecho de «vuelo» con transmisión actual de una cuota parte de la propiedad del solar y restantes elementos comunes, y la mera facultad de construir sobre un edificio, de manera que la propiedad del piso construido pertenezca al constructor junto con una copropiedad sobre los llamados elementos comunes del edificio, entre ellos el suelo.

El derecho de sobreedificación y subedificación puede, por consiguiente, configurarse de dos maneras diferentes: puede pactarse expresamente la transmisión al titular de dicho derecho de una cuota del suelo edificado desde el primer momento o, por el contrario, considerar implícita la transmisión de cuota de suelo y retrasarla hasta el momento en que se ejercite el derecho. En ambos casos, bien sea desde la concesión del derecho o desde su ejercicio, existirá una comunidad sobre el suelo correspondiente, siendo comuneros el propietario del edificio y el titular de los derechos de sobreedificación o subedificación.

Con independencia de la existencia necesaria de esa comunidad sobre el suelo, perteneciente al dueño o dueños del edificio y al titular del derecho de

(81) Cf. FONT BOIX, V., «El derecho de vuelo y de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, pág. 39 y sigs.

sobreedificación y subedificación, este derecho se considera por una parte de la doctrina como un verdadero derecho de propiedad sobre la nueva edificación o subedificación, mientras otra parte de la doctrina estima que se trata de un derecho real limitado y limitativo del dominio del edificio sobre el cual o bajo cuyo suelo se puede edificar en el ejercicio de tal derecho de sobre o subedificación.

Una tercera posición toma en consideración la situación objetiva completa y definitiva (comprensiva del edificio base y de la nueva edificación) y estima que esa situación jurídica es una comunidad constituida por el propietario o los propietarios del edificio base y el titular del derecho de sobre o subedificación.

En el estudio del derecho de sobreedificación o subedificación —dice PÉREZ DE ONTIVEROS (82)— existe una corriente doctrinal para la que la construcción jurídica de esta figura solo puede articularse considerando que el titular de la facultad de construir nuevas plantas adquiere un derecho de propiedad pleno sobre el espacio superior o inferior a un fundo, que le permitirá edificar y adquirir la propiedad de la edificación resultante, como consecuencia del ejercicio de la facultad dominical que le corresponde.

Aunque en un principio hubo en los autores que defienden esta postura una transposición de la teoría de la propiedad del espacio de SAVATIER, después se han realizado planteamientos más ajustados a la realidad material y a la regulación jurídica del derecho de propiedad. Así, DE LOS MOZOS dice que el titular del derecho de vuelo adquiere lo mismo que tenía el propietario, aunque si bien éste lo tenía como extensión de su dominio, el edificante lo tendrá como un derecho real de propiedad, pero nuevo y distinto. GARCÍA-GRANERO sostiene que el titular del derecho de sobreedificación no tiene el vuelo, es decir, no es propietario del vuelo, sino que respecto a éste solo le corresponde el poder jurídico de utilizarlo en cierta medida, a fin de realizar para sí determinadas construcciones. Y DOMENGE AMER sostiene que lo que realmente se concede con el derecho de subedificación o sobreedificación no es la posibilidad de construir en todo el vuelo o subsuelo de un edificio sino la posibilidad de construir en un espacio previamente delimitado, de forma que, una vez realizada la construcción, el derecho del titular se habrá agotado, y el vuelo o el subsuelo situados a continuación de la nueva edificación serán nuevamente elementos comunes, con posibilidad de que sean cedidos nuevamente a terceros (83).

(82) PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Madrid, 2003, pág. 202 y sigs.

(83) Para un análisis más completo de esta postura doctrinal, puede verse PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación...*, cit., pág. 202 y sigs., de donde entresaco las opiniones recogidas en el texto.

La posición más generalizada es la de calificar el derecho de sobre y subedificación como derecho real limitado (84), si bien hay quienes la consideran compatible con la que mantiene que se trata de un derecho de propiedad. Si se transmite al sobre o subedificante una cuota del suelo, el derecho de sobre o subedificación será un derecho de propiedad; si no se transmite una cuota de suelo, se tratará de un derecho real sobre cosa ajena (85).

PÉREZ DE ONTIVEROS (86) opina que la existencia de un edificio en el que se integre la construcción resultante es requisito para el nacimiento del derecho real de sobre y subedificación, pese a que sea posible articularlo pendiente del cumplimiento de la obligación de edificar; lo que el artículo 16.2 del RH requiere no es tanto la existencia física del edificio sino la necesidad de que la edificación resultante se integre en un régimen de propiedad horizontal. Lo gravado será el edificio en su conjunto, que forma una unidad con el suelo en que se asienta, de manera que, al efectuarse la construcción, el titular de las nuevas plantas adquirirá una cuota o parte de éste y también la que le corresponda en el resto de los elementos comunes.

De los Fundamentos de Derecho de las Resoluciones de la DGRN, de 6 de noviembre de 1996 y 29 de abril de 1999, deduce PÉREZ DE ONTIVEROS (87) que, para la Dirección General, el derecho real configurado en el artículo 16.2 del RH es un derecho real en cosa ajena que, como tal, exige la determinación exacta de su contenido, no pudiendo incluirse en el ámbito del precepto aquellos casos en los que, tras la aparente indeterminación, se está sustrayendo con carácter perpetuo una facultad dominical que eventualmente pudiera surgir en el futuro. La Resolución de 6 de noviembre de 1996 se refiere concretamente a la materialización del aprovechamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias que, en el futuro, pueda decidirse, conforme a la normativa urbanística, que corresponderían al propietario. En ambas resoluciones se reitera la doctrina conforme a la cual la jurisprudencia registral ha negado la inscribibilidad, por falta de

(84) En términos generales —dice PÉREZ DE ONTIVEROS, en *ob. cit.*, pág. 236 y sigs.— existe una opinión doctrinal favorable a su configuración como derecho real limitado del dominio. Tanto en su redacción original como en la practicada tras la reforma del Reglamento Hipotecario, el artículo 16.2 señala que este derecho nace bien mediante la reserva efectuada por el titular al enajenar toda o parte de la finca, bien mediante su transmisión a tercero, conservando el concedente la propiedad del edificio que sirve de apoyo. Sin embargo, se admite también la reserva de estos derechos de sobre y subedificación aunque no se produzca enajenación de todo o parte de la finca, por ejemplo, cuando el propietario de un edificio se limita a constituir el régimen de propiedad horizontal del mismo.

(85) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación)*, Madrid, 2000, pág. 208 y sigs., y «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura...», cit., en *RCDI*, mayo-junio de 2001, pág. 1059 y sigs.

(86) *Ob. cit.*, págs. 240 y 244.

(87) *Ob. cit.*, pág. 255 y sigs.

determinación del inmueble o de los requisitos necesarios para la efectividad del derecho a causa de los factores de indeterminación (88).

(88) La DGRN se refiere, en la Resolución de 6 de noviembre de 1996, a un supuesto de división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en el que las dueñas del mismo se reservan, en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores, con previsión de fijación de cuotas entre las existentes y las que se edifiquen en proporción a la superficie resultante. El Registrador suspende la inscripción por indeterminación de dicha cláusula estatutaria, al conculcar el principio de especialidad ya que: *a)* no se concreta el número de plantas por edificar, y *b)* no queda especificado hasta cuándo las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio. Ciertamente, las exigencias del principio de especialidad, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos cuanto en su contenido y alcance (cf. arts. 9 de la LH y 51 del RH), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). Lo que ocurre en el caso debatido es que, tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, etc.), lo que subyace no es un derecho de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística; se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso tendría que integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 y sigs. del CC), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 de la LH) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. arts. 2 de la LH y 7 del RH), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. arts. 513, 526, 546, 1608 y 1655 del CC), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad. La RDGRN, de 29 de abril de 1999, se refiere a un supuesto similar, y la Dirección General sienta la misma doctrina. En ambos casos se trata de reservas de derecho de vuelo con motivo de la constitución de sendos regímenes de propiedad horizontal, sin que exista enajenación del edificio o de parte de él, por lo que no puede plantearse la posible constitución de ningún derecho real sobre cosa ajena; más que la indeterminación temporal del derecho que se constituye, lo que motiva la inadmisibilidad del recurso es la pretensión de crear un derecho exorbitante que se equipara a un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los artículos 368 y siguientes del Código Civil. Idéntica doctrina se estable-

A partir de la consideración de los tres tipos de derechos reales limitados (de goce, de garantía o realización de valor y de adquisición), la doctrina se inclina por considerar al derecho de sobreedificación y subedificación como un derecho de naturaleza análoga a la de los de adquisición. Si bien en éstos (tanteo, retracto y opción) —dice GARCÍA-GRANERO (89)— la propiedad se adquiere mediante el pago de una suma de dinero, en el derecho de sobreedificación o subedificación la propiedad se adquiere mediante el ejercicio de una facultad de construir y edificar (90).

Algunos autores han planteado el estudio de la naturaleza jurídica de estos derechos de sobreedificación o subedificación considerándolos objeto de comunidad junto con el derecho o los derechos relativos al edificio ya construido o pendiente de construcción.

PÉREZ DE ONTIVEROS (91) dice que, inicialmente, solo desde su posible configuración como una situación especial de prehorizontalidad es posible articular jurídicamente la construcción del derecho de sobreedificación o subedificación como una forma específica de comunidad; solución que resulta más factible cuando sea la construcción de nuevas plantas el hecho que determine el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, pero que es más difícil argumentar cuando el derecho se constituye vigente el régimen.

ALONSO PÉREZ considera que nos encontramos ante una especial relación de comunidad únicamente cuando se pacte la transmisión de una cuota del suelo al titular del derecho de sobre y subedificación desde el primer momento (no en el caso de que se retrase la transmisión de dicha cuota del suelo

ce en el Fundamento 2 de la RDGRN, de 18 de noviembre de 2002 [dictada después de las sentencias del TS de 24 de febrero de 2000 y 31 de enero de 2001, que anularon, respectivamente, los apartados *c)* y *b)* del art. 16.2 del RH en su regulación de la reforma de 4 de septiembre de 1998], al desestimar el recurso en cuanto a la falta de especificación de las plantas a cuya construcción faculta el derecho de sobreelevación constituido y del tiempo en que se podrá ejercitar el mismo; en cambio, en el Fundamento 3 de esta RDGRN, de 18 de noviembre de 2002, se establece que «en cuanto al defecto que, aunque formulado con notable imprecisión, parece referirse a la falta de plazo de duración del derecho sobre lo construido, debe ser revocado. El derecho de sobreelevación constituido trae como consecuencia que, realizada la construcción, sobre lo construido surgen nuevos elementos privativos en propiedad horizontal sobre los que recae un derecho de propiedad y copropiedad, el cual no tiene por qué estar limitado en el tiempo».

(89) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Derecho de sobreedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, 1975-76.

(90) Es esta analogía con los derechos reales de adquisición lo que más puede influir en la defensa de la naturaleza del derecho de sobre y subedificación como derecho real limitativo del dominio. Pero esta analogía no parece muy clara. Los derechos de tanteo, retracto y opción otorgan a su titular una posibilidad de adquisición de una cosa ajena; en el derecho de sobre o subedificación no se da una mera posibilidad sino una reserva, una transmisión o una adquisición efectivas del ejercicio del *ius aedificandi* que es inherente a la propiedad, que es el contenido de la propiedad misma, derecho real pleno y no limitativo del dominio.

(91) *Ob. cit.*, pág. 306.

hasta el momento en que se ejercite el derecho) y que puede intentarse en este caso la aplicación del régimen de la propiedad horizontal, pero, ante los recelos que puede suscitar tal solución, estima que puede entenderse concurrente el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil (92). Advierte, sin embargo, que la regulación aplicable a la relación es sustancialmente coincidente; la única diferencia significativa es que, de entenderse aplicable el artículo 398.4 del Código Civil, podría enajenarse separadamente la cuota del suelo de la facultad de sobre o subedificar; no obstante, la posibilidad de enajenar separadamente la propiedad del suelo y el derecho de sobre o subedificar supondría la posibilidad de concertar un derecho de superficie (93).

SOTO BISQUERT (94) conceptúa el derecho de vuelo urbanístico como una propiedad sobre el espacio aéreo situado encima de un edificio construido, en construcción o proyectado, pudiendo ocurrir que al constituirse dicho derecho exista ya un régimen de propiedad horizontal o, al menos de prehorizontalidad, que se ampliará; de no ser así, la concesión o reserva del derecho de vuelo urbanístico desembocará en una situación de propiedad horizontal. En definitiva, siempre que se cree un derecho de vuelo urbanístico se constituirá una comunidad en régimen de propiedad horizontal.

FRANCO PAZ (95) plantea la posibilidad de que el sobreedificante sea un peculiar partícipe en el dominio del suelo y considera que, para sostener tal hipótesis, es necesario analizar si la copropiedad de bienes del Código Civil admite esa configuración. Distingue los tres supuestos de que el suelo y edificio pertenezcan a un único propietario, a varios condóminos o a varios titulares en un régimen de propiedad horizontal; si a cada uno de estos casos se añade la existencia de un derecho de sobreedificación a favor de otro titular diferente, tendremos la situación que nos ocupa.

Cuando el suelo y el edificio perteneciesen a un solo dueño, a partir de la constitución del derecho de sobreedificación habría una copropiedad sobre el suelo mientras el edificio seguiría bajo el dominio de aquél. En el caso de la copropiedad sobre suelo y edificio, el sobreedificante pasaría a ser uno de los cotitulares del terreno, quedando la copropiedad del edificio con los mismos titulares anteriores. En ambos casos, por la relación entre el sobreedificante y el resto de propietarios, no operaría el principio *superficies solo cedit*.

En el supuesto de propiedad horizontal, como el suelo es elemento común que, junto con los demás, se encuentra en una situación de dependencia res-

(92) Recordemos que este precepto dice que cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuere común, solo a ésta será aplicable la disposición anterior.

(93) Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., *Una alternativa...*, cit., pág. 1060 y nota 41.

(94) Cf. SOTO BISQUERT, A., «El derecho de vuelo», en *RCDI*, julio-agosto de 1971, pág. 930 y sigs.

(95) Cf. FRANCO PAZ, F. DE, *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Pamplona, 2001; en particular, págs. 159 y sigs. y 257.

pecto a los elementos privativos, no es posible que el sobreedificante pueda tener una participación en el suelo sin ser titular de algún piso o local. Sin embargo, como es admisible que el suelo del edificio en régimen de propiedad horizontal pertenezca a un tercero, teniendo vida jurídica al margen del edificio, entiende FRANCO PAZ que la constitución de un derecho de sobreedificación sobre el mismo edificio exigiría la simultánea desafectación del suelo como elemento común, mediante el correspondiente acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, de modo que, a partir de ese momento, el suelo pertenecería en régimen de comunidad a los antiguos propietarios y al sobreedificante, no operando tampoco el principio *superficies solo cedit* a causa de la relación jurídica establecida entre unos y otro (96).

La tesis que propone FRANCO PAZ acerca de la naturaleza jurídica del derecho de sobreedificación, a partir de las anteriores consideraciones y del análisis de los diferentes tipos de comunidad de bienes admitidos en nuestro sistema jurídico, es la de que dicho derecho implica la existencia de una comunidad ordinaria sobre el suelo, siendo el sobreedificante uno de los comuneros, con su correspondiente cuota de participación. Esta comunidad ordinaria tiene un carácter peculiar: por una parte el sobreedificante ostenta, al igual que los demás comuneros, el poder de edificar, pero no podrá realizarlo hasta que haya un edificio base, lo cual se desprende de lo implícitamente pactado al constituir el derecho de sobreedificación; por otra parte, todos los comuneros están desprovistos de la facultad de pedir la división de la cosa común.

Acabo de referirme a las posiciones doctrinales que consideran que la situación jurídica existente al constituir, transmitir o reservar un derecho de sobreedificación o subedificación responde al régimen de propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal; PÉREZ DE ONTIVEROS y ALONSO PÉREZ admiten esta explicación solo en supuestos concretos, y SOTO BISQUERT la acepta con carácter general. Por otro lado, FRANCO PAZ propone su tesis de una comunidad ordinaria peculiar que refiere únicamente a lo sobre o subedificado (97).

Para la comprensión de la figura que analizamos parece necesario tomar en consideración la situación jurídica completa, resultante del ejercicio proyectado o efectivo del derecho de sobre o subedificación. Sobre el edificio definitivo, los propietarios del edificio base y los titulares del derecho de sobre o subedificación no tienen una copropiedad ordinaria de bienes porque

(96) PÉREZ DE ONTIVEROS, en *ob. cit.*, pág. 248, considera que esta solución resulta un tanto forzada y continúa dejando al margen la forma en la que el posible ejercicio de la facultad de edificar afectará al resto de los elementos comunes.

(97) En la conclusión decimocuarta (cf. pág. 257 de su *ob. cit.*) dice: «Si se estima que el sobreedificante es un copropietario del suelo, adquirirá el dominio de lo sobreedificado mediante la accesión. Sin embargo, no será condueño del edificio base porque éste y el suelo se consideran dos objetos jurídicos distintos». Se trata, pues, no de una comunidad, sino de tres comunidades que tienen por objeto el suelo, el edificio base y lo sobreedificado.

unos y otros propietarios lo son de objetos diferentes; lo que sí que tienen es una comunidad de intereses de estructura consorcial.

Para mantener la existencia de esta comunidad de intereses de estructura consorcial, lo que importa destacar es que el párrafo último del artículo 398 del Código Civil contempla también y sobre todo la integridad de una «cosa» (precisamente aquella a que aluden los párrafos precedentes del propio artículo) que será objeto de un interés común (cf. los párrafos 2 y 3 de este artículo, que expresamente hablan de «intereses que constituyan el objeto de la comunidad» y de «interesados en la cosa común»).

Según esto, cabe pensar que el artículo 398.4.º puede referirse a la «cosa» como unidad económica de elementos con titularidades distintas: la plural sobre unos y las privativas sobre otros, aunque vinculados todos ellos, voluntaria o necesariamente, a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas sobre administración y mejor disfrute de la comunidad, excluyéndose la aplicación de las normas generales reguladoras de la disposición y división de las cosas comunes. En cuanto a éstas, habrá que estar únicamente a los contratos y a las disposiciones especiales a que alude el párrafo 2.º del artículo 392; en cambio, en cuanto a las facultades de administración y mejor disfrute se aplicarán las normas generales del Código contenidas en su artículo 398. Además y sobre todo, el interés común de las situaciones de estructura consorcial es un interés objetivado, un interés que tiene «carácter objetivo y es apreciable en abstracto, en una simple relación del bien común con los bienes individuales contiguos, sea de utilidad o necesidad (98). La inseparabilidad de los elementos comunes y privativos es el instrumento idóneo para satisfacer las necesidades o conveniencias de todos los comuneros que, únicamente con la continuidad de ese nexo jurídico entre unos y otros elementos, pueden ejercer su derecho de propiedad.

Son muchos los supuestos de comunidad de intereses de estructura consorcial (99). También el supuesto que nos ocupa de derecho de sobre o subedifi-

(98) Cf. DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, París, 1968, pág. 229.

(99) Al analizar ALONSO PÉREZ (en *La construcción en finca ajena...*, cit., pág. 207) el párrafo último del artículo 398 del Código Civil, considera que «puede estar refiriéndose a situaciones distintas a las típicas de propiedad horizontal, aunque resulte difícil imaginar otras situaciones concretas de disociación, diferentes a las de propiedad horizontal, que puedan entenderse aquí contempladas. En efecto —dice—, el tenor literal del precepto permite plantear que quepan en él situaciones de disociación sobre fincas con características diferentes a las que, en principio, parecen aptas para ser constituidas en régimen de propiedad horizontal. En cuanto a la estructura de la disociación a la que alude el artículo 398.4 solo está claro que contempla un supuesto en el que sobre una parte o varias de la finca recaen derechos de propiedad privativos, mientras que otras están en comunidad. De modo que, sería posible, que, por ejemplo, estuviera contemplado el siguiente supuesto de hecho: una finca en la que hay una serie de elementos en comunidad, como por ejemplo, el subsuelo, mientras solo uno de los comuneros del suelo detenta un derecho de propiedad privativo sobre el edificio que se encuentra encima. Este caso no es una situa-

cación puede explicarse como una comunidad de intereses de estructura consorcial entre el propietario o propietarios del edificio construido o cuya construcción se tiene convenida con el titular del derecho de sobreedificación o subedificación y este titular; el objeto del derecho de cada uno de estos comuneros es distinto (edificio construido o pendiente de construcción y edificación sobre él o bajo su suelo), por lo que no hay un bien único objeto de la comunidad, pero sí un interés común en la realización de la nueva construcción; el resultado último del cumplimiento de ese interés común será la constitución de un solo régimen de propiedad horizontal para la antigua y la nueva construcción o la de varios regímenes de propiedad horizontal interrelacionados, con elementos comunes conjuntos o independientes, pero siempre con un elemento común básico que es el suelo, lo que puede dar lugar a la existencia de comunidades y subcomunidades, de consorcios reales de diverso orden (100).

D) *Otras situaciones de consorcio real en la propiedad urbanística*

Una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 31 de diciembre de 2001, relativa a un cambio de uso urbanístico que había sido denegado por el Ayuntamiento competente, contempla una situación de consorcio real urbanístico y, en función de ella, niega la legitimación de la parte demandante para interponer el recurso (101).

ción típica de Propiedad Horizontal, y, sin embargo, hay disociación de la propiedad inmobiliaria que cabría en el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil».

(100) Conforme a la RDGRN, de 19 de junio de 2001, es posible inscribir la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre una parte material de un edificio que aparece inscrita, con otras partes del mismo, bajo un único número registral. No es un supuesto de modificación del régimen de propiedad horizontal existente a través de la división de una de las entidades que lo integran en otras que se pretenda queden integradas en él sino de la superposición de dos regímenes independientes, de un lado el preexistente, en el que la finca subdividida conservará su identidad, número, cuota y representación unitaria cual si no se subdividiera, y el de ésta, referido tan solo a ella, con sus propios elementos independientes a los que corresponderá una participación en sus propios elementos comunes entre los que necesariamente estará la cuota de participación que al elemento subdividido corresponde en la propiedad horizontal superior.

(101) Dice así: para la apreciación de la concurrencia o no concurrencia de la legitimación de la parte demandante, resulta necesario analizar previamente la conexión existente entre la comunidad en régimen de propiedad horizontal del edificio construido por la mercantil P. G., S. L., comunidad de la que forman parte los propietarios de los trece estudios profesionales cuyo cambio de uso urbanístico es denegado por el acuerdo municipal que se recurre, y la titularidad del patio interior formado por terrenos de varias propiedades en cuya existencia pretende fundamentar su pretensión la parte demandante. ...Tienen interés legítimo en el presente recurso los dueños de los terrenos que, por agrupación de hecho, forman el patio interior de manzana sobre el que se abren los huecos de los estudios profesionales cuyo cambio de uso se pretende.

Otra sentencia de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 29 de febrero de 2002, relativa al Proyecto de Reparcelación de una unidad de actuación, contempla otra situación de consorcio real urbanístico y, en función de ella, acepta la legitimación de la parte demandante para interponer el recurso (102).

Los dos casos descritos de consorcio real urbanístico, analizados por un mismo Tribunal en el plazo de dos meses, parecen ser, al menos, indicio de la existencia de numerosas situaciones jurídicas urbanísticas, de muy diversa configuración, que deben responder a la estructura del consorcio real (103).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación)*, Madrid, 2000.

(102) Dice así: La Sociedad codemandada P. la C., S. A., es la única propietaria de los terrenos de la Unidad de Actuación número 12 del Plan Especial de Reforma Interior de El Algar, cuyo Proyecto de Reparcelación es objeto de impugnación en el presente recurso. En dicho proyecto de reparcelación se describen las dos fincas de origen aportadas a la misma y veintitrés fincas resultantes de la reparcelación, de las cuales las números 1 a 5 son de cesión obligatoria y gratuita y en la 6 se comprenden las subparcelas destinadas a calles y avenidas, describiéndose la número 6.3 del siguiente modo: «Calle Sartén. Situada en la zona Norte de la unidad de ejecución, desarrollándose en prolongación de la calle del mismo nombre en dirección Este, hasta la calle Azabara, con una anchura de 5 metros para ampliar el tramo existente y de 9 metros para el tramo que va desde la Avenida de Asturias hasta la calle Azabara». Es en el tramo de la calle Sartén que se dice se ampliará con una anchura de 5 metros, en el que se considera que existen terrenos ya destinados a calle y que, sin embargo, ha quedado probado que pertenecen a propietarios que no han participado en el proyecto de reparcelación. Uno de estos propietarios es el demandante don F. L. G. y la propiedad del mismo y de otros dueños de varias casas con fachada principal en la calle Juan Bravo de El Algar es una franja de dos metros de anchura, situada en la parte posterior de estas casas, que, según inscripción registral, fue dejada para el servicio de los patios de las viviendas y a la que se abren puertas de las mismas viviendas... Ninguno de los propietarios de la franja de dos metros cuyo destino urbanístico se plantea en esta *litis* ha participado en ningún momento en la tramitación del expediente administrativo de aprobación de Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Actuación número 12 del PERI de El Algar, por lo que no puede pretenderse que, en aplicación de los preceptos que regulan la reparcelación urbanística y para el cumplimiento de los fines que la misma persigue, queden desposeídos de su propiedad los dueños de terrenos extraños al procedimiento de reparcelación.

(103) La falta de regulación positiva de la figura del consorcio real hace difícil la búsqueda de estas situaciones en nuestra jurisprudencia. Si realizamos esa búsqueda en una base de datos, a partir de las referencias al párrafo 4.º del artículo 398 del Código Civil, que es el precepto fundamental para la construcción doctrinal de la comunidad de intereses de estructura consorcial, lo normal será que no encontremos información alguna. Por ello me he tenido que limitar a exponer los dos supuestos de los que he tenido conocimiento directo y que revelan que, al menos en materia de legitimación, la figura del consorcio real tiene indudable interés.

- «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subdividificación», en *RCDI*, núm. 665, mayo-junio de 2001.
- ARNÁIZ EGUREN, R., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P., «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones», en *RDU*, mayo-junio de 1978.
- BALLARÍN MARCIAL, A., *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975.
- BÄRMANN, J., «Sobre la dogmática del condominio», en *RDN*, julio-diciembre de 1956.
- BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Comunidad para edificar», en *RDP*, 1969.
- BENACCHIO, G., *Il condominio edilizio*, Padua, 1969.
- BUEN, D. DE, «Servidumbre de medianería», en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA (con la colaboración de GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.), «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *RDN*, abril-junio de 1969.
- CÁMARA, GARRIDO y SOTO, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996», en *CCJC*, 1997, núm. 43.
- COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902.
- *Proyecto de Reforma del Código Civil español*, Madrid, 1900.
- CORRAL DUEÑAS, F., «Comentario a la RDGRN, de 20 de julio de 1998», en *RCDI*, 1999.
- CREHUET, P., «Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956», en *ADC*, 1957.
- DELHAY, F., *La nature juridique de l'indivision*, Paris, 1968.
- DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, N., «La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble inmóvil», en *Revista del Foro Canario*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1955.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Relaciones jurídico-reales. Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1978.
- «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 1971.
- «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973.
- DORREGO DE CARLOS, A., «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», en *RCDI*, núm. 655, noviembre-diciembre de 1999.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F., «Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1967, núm. 462.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R., *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 2000.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972.
- FERRARA, F. (Sr.), *Escritos jurídicos*, III.
- *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura*, Atti del primo Congr. naz. di dir. agr. Firenze, 1935.
- FONT BOIX, V., «El derecho de vuelo y de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, julio-diciembre de 1967, pág. 39 y sigs.
- FRANCO PAZ, F. DE, *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Pamplona, 2001.
- FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, t. I, Barcelona, 1969.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la STS de 28 de abril de 1972», en *RCDI*, núm. 498, 1973.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Derecho de sobreedificación», en *Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral*, 1975-76.
- GARRIDO PALMA, V. M., «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, septiembre de 1972.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Las insuficiencias del régimen de la propiedad horizontal. Casas empotradas y a caballo», en *Revista La Notaría*, núm. 9-10, septiembre-octubre de 2001.
- GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Barcelona, 2004.
- GRAU, S., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*, Madrid, 1966.
- GRECO, Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Turín, 1959.
- JORDANO BAREA, J. B., «Comunidad y sociedad en la explotación agraria», en *AAMN*, t. XVIII.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona, 1980.
- «Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales», vol. II, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Barcelona, 1991.
- LEGUINA VILLA, J., «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», en *REDA*, núm. 3, octubre-diciembre de 1974.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, núm. 650, enero-febrero de 1999.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1965.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1952.
- MANZANEDO MATEOS, J. A. (*Curso de Derecho Administrativo económico*, de MANZANEDO, J. A.; HERNANDO, J., y GÓMEZ REINO, E.), Madrid, 1970.
- MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, *Los heredamientos y comunidades en su Ley reguladora*, Estudios de Derecho Administrativo especial canario, III, Tenerife, 1969.
- MARTÍN MATEO, R., *Los consorcios locales*, Madrid, 1970.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Urbanizaciones privadas*, Academia Sevillana del Notariado, t. XIII, Madrid, 2003.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Madrid, 1974.
- MELÓN INFANTE, C., «En torno a la situación de medianería en el Código Civil español (Notas para su estudio)», en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1963.
- MONEDERO GIL, F., «La comunidad de propietarios. Sus órganos: la junta de propietarios. Régimen de los acuerdos. El Presidente. La representación de la comunidad. El Administrador», en *Rev. Pretor*, núm. 23, septiembre-octubre de 1964.
- MONET Y ANTÓN, F., «Estatutos de propiedad horizontal», en *AAMN*, t. XII, 1961.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo VII, Madrid, 1943.
- MUÑOZ DE DIOS, G., «Posibles formas empresariales en la propiedad horizontal», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553.
- *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987.
- NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, 1964.
- «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, Tenerife, 1969.
- «Las Comunidades de aguas canarias en 1956», en *Estudios de Derecho Administrativo especial canario*, III, Tenerife, 1969.
- OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959.
- PELAYO HORE, S., «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. T. I. *Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, Madrid, 2001.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1982.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Madrid, 2003.
- PÉREZ PASCUAL, E., *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid, 1974.
- PESCARORE, S., *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milán, 1974.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 1999.
- ROCA JUAN, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, t. VII, vol. 2, Madrid, 1990.
- RUDA GONZÁLEZ, A., «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 31 de enero de 2001», en *Revista La Ley*, Diario 5400 de 19 de octubre de 2001.
- SAPENA TOMÁS, J., «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», en *RDN*, 1967, 3.
- SOTO BISQUERT, A., «El derecho de vuelo», en *RCDI*, julio-agosto de 1971.
- TORRALBA SORIANO, O. V., «Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal», en *Documentación Jurídica*, julio-diciembre de 1975.
- VENTURA TRAVESET, *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1976.
- WOLF, M., *Derecho de cosas*, 3.ª ed., t. III, vol. 1, del Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf. Traducción y notas de PÉREZ y ALGUER. Barcelona, 1971.

RESUMEN

CONSORCIO REAL
PROPIEDAD

En nuestro Derecho Positivo es posible ver recogida la figura de la comunidad de intereses, a la que aluden los artículos 394 del Código Civil (al ordenar que no se perjudique «el interés de la comunidad») y 398 del mismo Código, que reconoce expresamente la objetivación de intereses al aludir a los «que constituyan el objeto de la comunidad»; el último párrafo de este artículo 398 se refiere al supuesto de cosas compuestas de partes privativas y comunes, permitiendo ver en él el tipo de comunidad de intereses de estructura consorcial (consorcio real) que explica la naturaleza jurídica de la gran mayoría de cotitularidades inmobiliarias, desde las más simples, como las medianerías vertical y horizontal, pasando por los consorcios reales en suelo rústico y los consorcios reales hídricos y mineros, hasta los relativos a la propiedad urbanística, que actúan en los procesos de urbanización o son resultantes de los mismos.

ABSTRACT

CONSORTIUM IN REM
PROPERTY

The concept of the «community of interests» can be seen to be included in Spanish positive law. The community of interests is alluded to by article 394 of the Civil Code, which dictates against injuring «the interest of the community», and article 398 of the same code, which expressly recognises the objectification of interests in alluding to interests «that constitute the object of the community». The last paragraph of article 398 refers to events where things comprise privately owned parts and common parts. There the definition of a community of interests of a consortial structure (consortium in rem) can be seen, which explains the legal nature of the vast majority of joint real property ownership arrangements, ranging from the simplest (such as vertical and horizontal party walls) to consortiums in rem of rural land and consortiums in rem referring to water and mining assets, to consortiums in rem concerning ownership interests in developments (which interests act in or are the result of land development processes).

(Trabajo recibido el 22-12-09 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)

DICTÁMENES Y NOTAS

El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica

FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ

Doctor en Derecho. Abogado

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El artículo 348 del Código Civil establece que:

«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (1).

En realidad esta concepción obedece a la época en que dicho precepto nació. Nuestro Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1889, venía gestándose desde la Constitución de Cádiz de 1812, que en su artículo 258 establecía:

«El Código Civil y Criminal serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Pues bien, por las contingencias políticas y sociales del siglo XIX en nuestra nación, de sobra conocidas (2), de tremendos y repentinos cambios en

(1) En realidad se trata de una copia prácticamente literal del *Code* francés o Código Civil napoleónico de 1804, en su artículo 544, así como del concepto recogido en el Código Civil italiano (copia, a su vez, del francés) de 1849.

(2) Desde el punto de vista histórico, durante el precitado siglo, como acontecimientos más destacables, podemos citar el motín de Aranjuez, la guerra de la independencia (con las tremendas convulsiones y cruentas batallas como las de Bailén, Arapiles, Ciudad Rodrigo, La Albuera, Vitoria, Zaragoza...), vuelta del absolutismo con la llegada de Fernando VII, pronunciamiento de Riego en 1820, trienio liberal, los Cien Mil Hijos de San Luis, vuelta al absolutismo, regencia de María Cristina, reinado de Isabel II, regencia de

la presidencia del gobierno de turno, y correspondientemente en el Ministerio de Gracia y Justicia (García Goyena, Francisco Silvela, Alonso Martínez...) y consecuentemente en la Comisión General de Codificación, no es hasta la indicada fecha de 1889 cuando ve la luz nuestro cuerpo sustantivo civil. Durante este siglo son varias las constituciones de distinto carácter que van a alumbrarse y truncarse, como el Estatuto de Bayona (que tiene categoría de carta otorgada), la Constitución de Cádiz de 1812, el Estatuto Real de 1837, la Constitución de 1845, la de 1869, la de 1876 que rigió hasta la de la II República de 1931.

En dicho precepto se pone de manifiesto prácticamente la inexistencia de límites al derecho de propiedad, considerado en la realidad de la época como un derecho por naturaleza absoluto.

Sin duda ello responde a la concepción individualista de la época, propia y característica del romanticismo reinante, corriente ésta imperante durante el desarrollo de los trabajos de la propia Comisión General de Codificación que desarrollaba la redacción de los preceptos del Código Civil y que alargó sus trabajos durante varios decenios.

Como es bien sabido, el romanticismo nace en las postrimerías de la Alemania de finales del siglo XVIII y se extiende en Europa hasta bien entrada la primera mitad del siglo XIX.

El *romanticismo* preconiza lo infinito, lo sublime, lo maravilloso y lo fantástico. Era la convicción suscitada por KANT de la originalidad y de la actividad de la naturaleza espiritual (3).

Espartero, alternancia de diversos y variados gobiernos, entre ellos los de Narváez, O'Donnell, tres guerras carlistas, revolución de 1868 con la batalla de Alcolea, regencia de Serrano, presidencia y asesinato de Prim, instauración de nueva dinastía en la persona del Duque de Aosta, Amadeo de Saboya, 1.^a República (Salmerón, Pi y Margall, Castelar...) entrada del general Pavía, pronunciamiento del General Martínez Campos en Sagunto, restauración de la monarquía en la persona de Alfonso XII, gobierno de Cánovas, Sagasta, pérdida de las últimas colonias en 1898...

(3) Los primeros románticos alemanes se distinguieron por su individualismo radical. Uno de sus aspectos más característicos era la íntima conexión entre el arte y la vida. El poeta no lo era por lo que su genio creaba, sino que su vida humana era también materia esencial de su creación artística. De ahí provenía con frecuencia el desequilibrio, a veces trágico (piénsese en Mariano José de Larra), en la vida del poeta, resultado del conflicto permanente entre el ideal y la realidad.

Esto se manifiesta claramente en Schiller y Goethe, donde *Fausto* (interpretada musicalmente por otro romántico Franz Liszt) representa la supeditación de la vida al ideal. En Inglaterra, el *Manfredo* de Lord Byron es el que mejor representa el desequilibrio moral producido por el conflicto permanente entre realidad e ideal.

Francia presenta como exponentes a Chateaubriand, Madame Staël, Madame de Staël, Alejandro Dumas o el mismo Víctor Hugo, enorme y profuso como un soplo único en la poesía de su país.

En España, como señala Menéndez Pelayo, los primeros atisbos de esta corriente la encontramos en 1823 en las revistas publicadas por Aribau y López Soler. El Duque de Rivas (primer presidente del Ateneo de Madrid) se lanza frenético al romanticismo con su

En la Filosofía y el Derecho destaca la Escuela Histórica del famoso jurisconsulto Federico Carlos VON SAVIGNY, quien en contraposición a la concepción racionalista, como comenta ENNECERUS, presenta al derecho como dado por el pueblo mismo, como el lenguaje y las costumbres y como incorporado al mismo pueblo. Es el inicio de la exaltación de los nacionalismos periféricos de escaso fondo histórico que exaltan el individualismo de los pueblos, en contra de los anteriores y posteriores postulados de grandes naciones como pueblos integradores de una colectividad.

Como vemos, a título meramente enunciativo (en la literatura, la música, la pintura o la filosofía) y nunca con carácter taxativo ni excluyente, el siglo XIX fue bien distinto al XX, y no digamos al siglo XXI. Sin duda se trataba de un siglo en el que imperaban modas o corrientes de forma unívocamente global, en todas las artes y las ciencias. Un estilo que se adueñó durante una decena de décadas de la sociedad de la época. Esa exaltación del sentimiento, la exacerbada presencia del individualismo, no podía dejar indemnes a nuestros textos legislativos que quedaron impregnados de aquellos efluvios románticos encarnados en textos y artículos que hoy perviven y cuyas consecuencias en el campo del Derecho, a diferencia de otros del mundo del arte, van a ser nefastos.

La influencia de las revoluciones en Francia en 1848, con el destronamiento de Luis Felipe de Orleáns (4), y las subsiguientes de carácter republicano

drama *Don Álvaro o la fuerza del sino*, y Martínez de la Rosa proclama su drama en la *Conjuración de Venecia*. Vinieron después Mariano José de Larra, Hartzenbusch (autor de los *Amantes de Teruel*), Gustavo Adolfo Bécquer, Ventura de la Vega, Escosura, Quintana y por encima de todos ellos, a nuestro juicio, José Zorilla y José de Espronceda (basta leer el dramático *Canto a Teresa*) sin olvidar las figuras femeninas señeras de Patrocinio de Biedma y de la Moneda, de Carolina Coronado y Romero de Tejada, Rosalía de Castro. En la música destacan desde el propio Beethoven hasta Schubert, Medelssohn, Schumann (que refleja sus traumas amorosos prematuros en *Mi primer dolor*, Straus (padre e hijos que dan a luz el resplandor brillante de esta vertiente con los conocidos vals en los salones de Viena), Chopin (que compone sus *Nocturnos* en su idilio amoroso en el palacio de Valldemosa en Mallorca con la célebre novelista George Sand). La *Traviata* de Verdi, *Tosca* o la *Bohème* de Puccini. En España, Chueca, Barbieri, Chapí hacen lucir las mejores galas del llamado género chico, la zarzuela (el famoso compositor francés Saint-Saens, al escuchar «La Gran Vía» tras su estreno en Madrid en 1886 comentó: «¿y a esto llaman ustedes género chico?»). La pintura tampoco fue ajena a tan influyente corriente. En España despunta Goya, con su afición a los temas populares, el amor a lo fantástico, a lo dramático, o el tratar el paisaje como algo sustantivo y principal. Merecen especial mención Madrazo, Esquivel, Alenza, Villamil, Pradilla, o Rosales (que traza con gran realismo el crudo trance de la muerte de Isabel de Castilla). Palmaroli llega a plasmar en un óleo el cadáver de Gustavo Adolfo Bécquer. O Cano de la Peña, que describe con su pincel a la «Novia enterrada en vida» al ser abandonada por su amado (no podemos olvidar tampoco a Cabral, Gutiérrez de la Vega o Cecilio Pizarro).

(4) Destronamiento que trae al segundo imperio tras la nueva instauración de la monarquía francesa en los hermanos del decapitado Luis XVI, los monarcas Luis XVIII y Carlos X. A las revoluciones que tuvieron lugar en centroeuropa en 1848 se les llamó la «Primavera de los Pueblos». No pueden obviarse las de Alemania o las de Austria, que

socialistas, la influencia de las doctrinas marxistas, o la propia revolución de septiembre en España de 1868, el derrocamiento del segundo imperio de Napoleón III en la batalla de Sedán, junto con innumerables pronunciamientos y conatos de movimientos revolucionarios, no se van encarnar en nuestro precepto, que regula la propiedad, en 1889, nacido con gran desfase en el aspecto social, aunque ajustado a la mentalidad generalizada de la política y la clase dirigente del XIX (especialmente vivo en el proyecto de García Goyena de 1851), y como hemos relatado, hijo predilecto de una época de la que es notable heredero. Sin duda latía una nueva concepción, apenas formulada, pero que presagiaba concepciones bien distintas de las marcadas por nuestro Código Civil. Éste plasmó tardíamente en la definición de la propiedad un concepto que ya en el momento de su publicación definitiva el 24 de julio de 1889 resultaba desfasado, por acrisolar en él aspectos que ya comentaban a matizarse y a cuestionarse de forma imparable. En suma, es preciso destacar que en realidad nuestro concepto no era otro que el del *Code* francés de 1804, con la singularidad de que nuestro código es de 1889, es decir, que ochenta y cinco años después de la formulación napoleónica, nuestro concepto aparece inalterado, como si entre una y otra formulación apenas hubiere pasado el tiempo o no se hubiere modificado el trascendental concepto de la propiedad.

Cuando el 15 de mayo de 1891 el Papa *León XIII* lanzó su resonante mensaje sobre la condición de los obreros, la Iglesia estaba ya preparada para oírlo. ¿De dónde le venía a este aristócrata, arzobispo de Perusa, su preocupación por la cuestión social? Sin duda su visita a los barrios marginales de Bélgica, cuando de nuncio visitó y comprobó la realidad de la dureza de la vida de millones de personas. Igualmente recibió influencia del español Balmes, de Lamennais... Ya en 1877, antes de recibir el solio pontificio, había denunciado el indigno abuso de los pobres y de los débiles por parte de quienes quieren explotarlos en provecho propio, denunciando el exagerado número de las horas de trabajo, denunciando que la crisis moral y religiosa que padecían tantos buenos católicos no tenía otra causa que la miseria inmerecida. Se hablaba del tráfico inhumano de obreros, etc...

Sin lugar a dudas la *Rerum Novarum* de León XIII (5), en una sociedad y estados confesionalmente católicos, supuso un revulsivo importante que marcaría un antes y un después (incluso la Alemania conservadora del can-

provocan la caída del mítico gobernante Metternich. En realidad se ha dicho que todo ello tiene su origen en el reparto que las grandes potencias aliadas llevan a cabo en el Congreso de Viena en 1815, interrumpido por la vuelta de Napoleón de la Isla de Elba y el gobierno de los cien días, hasta que tiene lugar su definitiva derrota en la batalla de Waterloo bajo el mando de Sir Arthur Wellesley (Duque de Wellington) y posterior y definitivo confinamiento del que fuera emperador de los franceses en Santa Elena.

(5) No puede perderse de vista el hecho de que en aquella época no pocos países del entorno eran confesionalmente católicos y la repercusión de las palabras del pontífice eran muy superiores a las que pueda imaginarse.

ciller von Bismarck llevó a cabo importantes iniciativas sociales durante la época especialmente de los kaiser Guillermo I, Federico III y tímidamente con Guillermo II. El Papa denunciaba sin ambigüedades que

«los hombres de las clases inferiores están, en su mayoría, en una situación de miseria y de infortunio inmerecida... los trabajadores aislados e indefensos, se han visto con el tiempo entregados a merced de dueños inhumanos y a la concupiscencia de una dolorosa competencia. A aumentar el daño ha venido una usura devoradora... La concentración en las manos de algunos de la industria y el comercio impone un yugo casi servil a la infinita muchedumbre de los proletarios». La encíclica pedía a gritos directamente la justicia social a todos los legisladores del mundo.

A nuestro juicio, queda claro que la propiedad no es un derecho natural ni consustancial de la persona. Es un derecho ordinario, lógico, correspondiente y primordial de las mismas, pero en absoluto, un derecho innato al ser humano, pues el hombre tiende a la propiedad, a la posesión tiene el derecho de adquirir y poseer bienes, pero en ningún caso se trata de un derecho inherente a su dignidad la mera posesión o titularidad de los mismos.

Es de destacar, en este sentido, al maestro *Francisco de Vitoria*, quien en sus *Relecciones, Comentarios y Sentencias* desde su cátedra de la Universidad de Salamanca, ya en el siglo XVI afirmaba que:

«El derecho de propiedad no es natural, sino positivo, teniendo el origen en el consentimiento de los hombres. Dios hizo todas las cosas comunes para todos los hombres (6).

Los indios tienen derecho a sus propiedades, a sus dominios, a sus leyes, a sus magistrados, a sus industrias y comercios... Los indios son verdaderos dueños de sus cosas, como los cristianos de las suyas (7).

En un principio las cosas eran comunes. La división de las cosas y la propiedad nació por el consentimiento de los hombres, para evitar luchas y disensiones.

En caso de extrema necesidad puede cualquiera tomar lo ajeno, cuando de otra forma no se puede conseguir lo que se necesita. Esto es evidente porque es de derecho natural.

Para los que se encuentran en extrema necesidad, todas las cosas son comunes, de forma que aquéllas que se necesitan no son, en este caso, propias del rico, sino del que padece necesidad (8)».

(6) FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios*, III, pág. 75 y sigs.

(7) FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones*, pág. 664 y sigs.

(8) FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones*, pág. 659 y sigs.

Francisco DE VITORIA llega a definir la propiedad como «*la facultad de usar de una cosa conforme a los derechos o a las leyes racionalmente establecidas*» (9). Verdaderamente guarda similitudes con el artículo 348 del Código Civil mencionado anteriormente, pero como vemos el eminente jurista parte de la base de la existencia de leyes preestablecidas (que no existían de carácter positivo apenas sobre este asunto), mientras que casi cuatrocientos años después, nuestro texto obedece a un principio menos social de la propiedad que el que tuviera el propio padre Vitoria.

La primacía del interés particular sobre el interés general, propio de mentalidades arcaicas y poco desarrolladas intelectual y socialmente, va a ir siendo sustituida por una concepción del derecho objetivo y subjetivo (10). Así el derecho subjetivo, aún en su versión más legítima, queda supeditado a los intereses de la colectividad (a salvo siempre de los verdaderos derechos innatos irrenunciables, como el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad de las personas), y el derecho objetivo que debe regular y garantizar el ordenamiento jurídico en su conjunto, se convierte en un instrumento para hacer efectiva la bondad de la prevalencia de los intereses generales de la colectividad sobre el puro y mero interés particular.

Concebida como teoría, la *doctrina del abuso del derecho*, que no es totalmente nueva, gozando de antecedentes en el propio Derecho romano, ordenamiento en el cual se prohibían determinados actos perjudiciales (11), fue, no obstante, su desarrollo en núcleos urbanos durante el Medievo y la inherente intensificación de las relaciones de convivencia, la causa determinante de buscar solución a conflictos derivados de un ejercicio del derecho que derivaba en abusos, lo que plasmó en la doctrina de los actos de emulación (12).

La revitalización de esta doctrina sin duda vino de la mano del BGB alemán (13) al formular la doctrina del abuso, cuyo párrafo 226 determina: «El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando solo puede tener por fin dañar a otro» (14).

JOSSERAND (15) estudia en Francia, a principios del XX, las consecuencias de lo que supone ejercitar el derecho de propiedad de modo arbitrario y ex-

(9) FRANCISCO DE VITORIA, *Sentencias*, I, pág. 85 y sigs.

(10) Vid. PERTICONE, *La Proprietà e i suoi limiti*, Roma, 1930, pág. 23 y sigs.

(11) *Ius tollendi*, D. 6, 1, 38; desviación del curso del agua de la propia finca, D. 39, 3, 2, 9.

(12) (Formulada por CINO DE PISTOIA y transmitida por BARTOLO y BALDO).

(13) Se comenzó a redactar en 1881 y entró en vigor el 1 de enero de 1900.

(14) A partir de ahí, los ulteriores Códigos (suizo, 1907; soviético, 1922; peruano, 1936; italiano, 1942, etc.) han recogido el principio.

(15) JOSSERAND, *Derecho Civil*. Revisada y completada por Andre BRUN. Buenos Aires, 1950. Este autor decía que «cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su res-

clusivo, con abuso del propio derecho, que aunque propio, afecta, en su ilimitado ejercicio, a la órbita de los demás derechos y libertades de los otros ciudadanos.

En 1917 (16), el Abogado del Estado, don José CALVO SOTELO, que fuera Ministro de Hacienda, publicó su tesis doctoral sobre la «Teoría del abuso del Derecho como límite al ejercicio del derecho de propiedad». En esta tesis se pone de manifiesto la imposibilidad, no ya moral, sino legal de utilizar un derecho con exceso de su verdadera naturaleza y contenido, excediendo por tanto el ámbito de su ejercicio.

Parece recordar aquella antiquísima máxima romana que decía que «*del uso vino el abuso, y del abuso vino el aviso*». Sin duda, tras el indebido uso del ejercicio de la propiedad se produce un abuso manifiesto del mismo, y de ahí nace el aviso del legislador, plasmado en textos de diversa índole.

Un hito importante lo constituyó, sin duda, la sentencia del *Tribunal Supremo*, de 14 de febrero de 1944 (17), en que por primera vez el Alto Tribunal recrimina el abuso del Derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Esta doctrina, verdaderamente avanzada, pasa a nuestras legislaciones de los años cincuenta, sesenta y sucesivos hasta nuestros días, como lo fueran la Ley de Expropiación Forzosa (18), la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Ley de Arrendamientos Rústicos, la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley de

ponsabilidad». Este autor se basa a su vez en BUFNOIR, *Propriété et contrat*, París, 1900. Este último concebía el abuso en el ejercicio como la ausencia de motivación, la presencia de legítima motivación excluiría el abuso, mientras que la inexistencia de aquella motivación, actuando en detrimento de tercero, hace el ejercicio abusivo. El motivo legítimo estaría presente cuando se da un criterio personal y especializado de ese otro criterio universal, e incluso abstracto, que es dado por el destino social de los diferentes derechos.

Con posterioridad MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, París, 1936.

(16) Esta tesis doctoral fue publicada en Madrid el mismo 1917, prologada por Gumersindo de Azcárate.

(17) De esta sentencia fue ponente el que fuera presidente del Tribunal Supremo, el gran maestro CASTÁN TOBEÑAS. La misma recoge que son varios los elementos esenciales: 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 el derecho se actúa con la intención de perjudicar o simplemente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de un exceso de normalidad en el ejercicio del derecho).

La jurisprudencia posterior ha recogido que se requiere en todo caso que la conducta del inminente constituya un ejercicio abusivo del derecho de propiedad, proscrito por el artículo 7.2 del Código Civil. Recordemos que existe abuso de derecho cuando la inmisión no reporta utilidad alguna a su autor y se realiza con la sola intención de causar daño, y también cuando la conducta del inminente sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de propiedad (STS de 14 de febrero de 1944 y de 3 de diciembre de 1987).

(18) Permite la expropiación de bienes, derechos e intereses legítimos siempre sometido al lógico criterio de utilidad pública e interés social y previa la correspondiente indemnización.

Fincas Manifiestamente Mejorables, la Ley del Suelo, las legislaciones tributarias, fiscales, urbanísticas, medioambientales (19), etc..., de suerte que todo ello motivó la modificación del Título preliminar del Código Civil, que introdujo un párrafo segundo en su artículo 7 (20):

«2. 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».

A mi juicio, constituye uno de los más bellos artículos de nuestro Derecho Civil, pues consagra el culmen de lo que constituye nuestra más rica tradición filosófica greco-romana y germánica, y de nuestros propios autores españoles (como hemos visto) transida por la influencia del cristianismo, las conquistas sociales revolucionarias y la superación de postulados de índole romántica, en suma, la preeminencia del bien común, del servicio a la sociedad, frente a postulados individualistas y egocéntricos que consideran al individuo como un ser aislador de sus deberes sociales.

Es la propia sociedad, la organización humana jurídicamente estructurada la que otorga valor a esos bienes. Es evidente que la plusvalía que genera el valor a una vivienda en la calle Serrano de Madrid, se lo confiere su ubicación en un contexto urbano concreto desde el punto de vista geográfico, social y urbanístico en un momento dado en la sociedad madrileña y en una época determinada. Ese es su valor. Esa misma vivienda con idénticas características constructivas y configuración física en un caserío perdido de Cantabria o en las Hurdes extremeñas, carecería de valor, más allá del de su propia utilidad. Es por ende, ese organigrama jurídico-social el que dota de un valor patrimonial determinado la propiedad, del que es deudora y que por tanto ha de corresponder con imposiciones fiscales, urbanísticas, etc...

Nuestra *Constitución de 1978* recoge en su articulado dos importantes preceptos en cuestión:

(19) Esta disciplina aspira a un equilibrio entre el interés social de los bienes que protege, y el sujeto que los disfruta o transforma. El derecho al medio ambiente actual configura el límite normal hasta donde ha de llegar el propietario, y que forma parte del régimen normal de restricciones a que está sometido tal poder, cumpliendo con ello la FUNCIÓN SOCIAL.

(20) La incorporación del abuso del derecho a nuestra legislación aparece por vez primera en el Texto Refundido de la LAU de 1964, en el artículo 9.2 al establecer que «Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho...».

El artículo 33, que reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia, si bien puntualiza que «la función social *delimitará su contenido*», y por otra parte, el que nos parece verdaderamente revolucionario y escasamente conocido, cual es el artículo 128, que establece que:

«1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general».

Pensemos en épocas, como la crisis actual, a qué posibilitaría al Estado.

No podemos obviar preceptos tan importantes en nuestra legislación penal como el artículo 289 de nuestro propio Código Penal, que establece que considera punibles la destrucción, inutilización o daño en cosa propia de utilidad social o cultural, o cuando de cualquier otro modo se sustrajere al cumplimiento de los deberes impuestos en interés de la comunidad. En el mismo sentido la imposibilidad de incendiar bienes propios en el artículo 357.

Cuando el artículo 33 de la Constitución (21) recoge tal aserto, no hace otra cosa que establecer con otras palabras, que las leyes serán las que concreten la función, es decir, las que determinarán las funciones ínsitas en el dominio, así como su extensión e intensidad, cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de soportar por razón de su titularidad. Los límites de la propiedad traen su causa de la función social, y este es un aspecto netamen-

(21) La propiedad privada no alcanza el rango de derecho fundamental en la Constitución Española. La integración de un determinado derecho, dentro de la categoría de los derechos fundamentales, es una cuestión técnico-jurídica de gran importancia práctica.

El artículo 53 de la Constitución justifica claramente por qué los derechos comprendidos en el capítulo segundo aparecen divididos en dos secciones distintas: «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», artículos 15 a 29, y «De los derechos y deberes de los ciudadanos», artículos 30 a 38.

Tanto los derechos fundamentales como los demás derechos de los ciudadanos se encuentran especialmente garantizados constitucionalmente, ya que solo podrán ser regulados por ley. Y esta ley habrá de respetar su contenido esencial, al tiempo que queda sometida al control constitucional —arts. 53.1 y 161.1 de la CE—. Respecto de los derechos fundamentales, esta ley deberá tener el rango de ley orgánica por imperativo del artículo 81.1 de la CE. En conclusión, los derechos fundamentales solo podrán ser regulados por Ley Orgánica.

Por otra parte, según el artículo 53.2 de la CE, los derechos fundamentales gozan de una peculiar garantía constitucional:

a) Su reconocimiento y respeto puede ejercitarse «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad». En la actualidad dicho procedimiento se regula en la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Si queréis consultar esta ley.

b) En el caso de que cualquiera de los derechos fundamentales, no el derecho de propiedad, haya sido conculcado o vulnerado en cualquier proceso judicial, una vez que haya agotado los recursos judiciales ordinarios, su titular podrá recabar la tutela del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 44 y sigs.).

te importante que han puesto de relieve de forma explícita los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (22).

En realidad, como ya señaló el profesor CASTÁN, el problema de la propiedad es un problema de límites, o como dice JOSSEAND, no hay propiedad sino propiedades (no es lo mismo los límites y deberes y derechos que confiere la propiedad de un bien inmueble rústico que un bien mueble o un sombrero) (23).

No vamos ahora a entrar en el examen pormenorizado de cuáles son las *limitaciones de la propiedad* que traen causa de esa función social, si bien merecen una breve mención las siguientes:

1.º Limitaciones genéricas:

- A) Limitaciones al ejercicio del dominio: El abuso del Derecho (es decir, aquellos actos que impliquen un ejercicio del derecho de propiedad anormal o contrario a los fines económicos-sociales del mismo) y los actos de emulación (que obedezcan tan solo al deseo de dañar).
- B) Las limitaciones a la facultad de excluir: como el *ius usus inocui* que COVARRUBIAS formulaba como *lo que cada uno puede hacer en el fundo del otro que a él aprovecha y no daña al fundo*, o como LÓPEZ DE HARO definía *derecho de aprovechar una cosa sin que el dueño sufra perjuicio*.

— Otras manifestaciones consuetudinarias son el espigueo, el pastoreo inocuo o el rebusco, en Extremadura...

2.º Limitaciones legales:

- A) Limitaciones de utilidad pública: Limitaciones urbanísticas, administrativas o fiscales (impuestos, seguridad, salubridad, defensa nacional, etc...). Responsabilidades por razón del dominio (ruina de edificaciones y caída de árboles) (24). La Expropiación Forzosa.
- B) Limitaciones de utilidad privada: Las relaciones de vecindad —por cierto no regladas en nuestro Código, y sí en el italiano (25), y en el alemán (26)—. Los derechos de tanteo y retracto.

(22) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, vol. III, Madrid, 2003, pág. 140 y sigs.

(23) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Tomo 2, vol. I, Madrid, 1987, pág. 149 y sigs.

(24) La Ley Orgánica del Poder Judicial, verbigracia, reconoce el derecho a los Jueces y Tribunales el rechazo de las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

(25) Artículo 844.

(26) Artículo 906.

3.º Limitaciones impuestas por voluntad del transmitente: entre las que destacan las prohibiciones de disponer.

4.º Limitaciones impuestas por el dueño que sigue siéndolo: como la obligación de no enajenar (no inscribibles en caso de no reunir los requisitos del art. 26 de la Ley Hipotecaria, pues hay que asegurar su cumplimiento con alguna garantía).

En realidad los dos instrumentos que más han servido para acreditar y poner de manifiesto la impronta clara y evidente de la función social de la propiedad en las legislaciones han sido, desde hace décadas, tradicionalmente dos: el impuesto y la expropiación forzosa.

Hay que destacar que la Constitución (27) optó claramente por no incluir el derecho de propiedad entre los de la Sección 2.ª y no 1.ª del Capítulo II, unido ello al hecho de que el titular del dominio puede ser privado del mismo mediante la correspondiente indemnización, por causa justificada de utilidad pública o interés social, nos lleva a decir con el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de diciembre de 1983 (Recurso 116/83) que se trata de «*un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por referencia a los conceptos de utilidad pública o de interés social, legitima la expropiación*».

En realidad nuestra Constitución, con gran plagio de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, obliga al legislador al respeto del contenido «esencial» de la propie-

(27) Sobre este tema, vid. también, ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1995. ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993. AMAT LLARI, *La regulación de las inmisiones en el Código Civil*, Madrid, 1990. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad por inmisiones industriales», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993. CORDERO LOBATO, *Derecho de daños y medio ambiente*, Valladolid, 2000. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinación y presentación: MARTÍN RETORTILLO, vol. II, pág. 1257 y sigs., Madrid, 1991. JORDANO FRAGA, «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva», en *Revista de Derecho Ambiente*, Sevilla, 2002. MONTES PEÑADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, in la proprietà nell nuovo diritto*, Milán, 1964. PULIDO QUECEDO, *La Constitución Española: con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano (Navarra), 2001. PÉREZ LUÑO y RODRÍGUEZ DE QUIÑÓNEZ Y TORRES, «Propiedad privada y herencia: artículo 33», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, Tomo III, pág. 491 y sigs., Madrid, 1996-1999. RODRÍGUEZ ZAPATA, «La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (julio-septiembre de 2001), pág. 601 y sigs. ROMERO COLOMA, «Expropiación forzosa, función social de la propiedad y artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978», en *Actualidad Administrativa*, núm. 29 (20-26 de julio de 1998), pág. 621 y sigs.

dad». Nuestro Tribunal Constitucional, sin extrema claridad, entiende que tal esencialidad se mantiene siempre que no se rebase su contenido, es decir, que las limitaciones no sean tan estrictas que hagan impracticable el derecho o lo despojen de la necesaria protección (28).

Antes de finalizar, quiero hacer mención a un importante precedente, a mi juicio único en el Derecho de nuestro entorno y bastante poco conocido. Casualmente se trata del también artículo 7.2, pero ahora de la Ley de Propiedad Horizontal (29), en la que en virtud de este principio de absoluta prevalencia en nuestro Derecho de los intereses generales sobre los particulares, se impide llevar a cabo al propietario u ocupante del piso o local actividades prohibidas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Las consecuencias de tal incumplimiento no son menores. Antes al contrario, se legitima al presidente de la comunidad para instar la acción de cesación ante la vía judicial y con ello llegar a obtener una medida que supone el más importante límite al derecho de propiedad conocido en nuestro Derecho, cual es la privación del uso del inmueble al propio propietario por un plazo no superior a tres años (aún teniendo que soportar el mismo los tributos y gastos inherentes a su titularidad). Igualmente, y como precepto absolutamente excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, se faculta al presidente a instar la resolución del contrato o título cuando el que ocupe el inmueble sea un arrendatario, precarista, comodatario... Fíjese que por vez primera se faculta a un tercero que nos parte en la relación jurídica, por razones de interés general, entablar acción judicial y llegar a obtener al amparo de tal precepto la resolución de relaciones jurídicas que le son absolutamente ajenas.

Lo cierto es que si hoyuviésemos que redactar de nuevo el artículo 348 del Código Civil, no diríamos que «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», sino con todas las limitaciones que establecen las leyes.

Sin duda, este error de concepción, que ha podido llevar, en algunos casos, a especulaciones inmobiliarias desajustadas, prácticas financieras arriesgadas o desmedidas, han puesto de manifiesto el anclamiento de muchos en filosofías individualistas de propiedad exclusiva y excluyente, ampliamente superadas desde hace décadas en nuestro Derecho, y que sin duda estimamos puede ser uno de los orígenes endógenos de la actual crisis económica que padecemos.

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1981. Vid. también las SSTC 156/1995 y de 20 de marzo de 1997.

(29) Vid. LA MONEDA DÍAZ, *Actividades prohibidas en la Ley de Propiedad Horizontal: Privación de uso y extinción de derechos del ocupante*, Barcelona, 2003.

RESUMEN

**FUNCIÓN SOCIAL. PROPIEDAD
ABUSO DERECHO**

Se trata en este estudio el concepto de propiedad desde la promulgación del Código Civil en 1889 hasta nuestros días. La concepción individualista que nuestro cuerpo civil sustantivo sostuvo, no se correspondió ya con la imperante en la época de su entrada en vigor. Importantes acontecimientos anteriores y posteriores van a influir de forma notoria, a fin de corregirlo en darle un importante y trascendental matiz social, que convierten en la actualidad, y desde hace décadas, a nuestro concepto de propiedad, en unos de los más avanzados, desde el punto de vista social y de limitaciones que sobre la misma se imponen por cuestión de interés general. Desde la teoría del abuso del derecho, la histórica sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas, las formulaciones que nuestra doctrina histórica recogía en autores como Francisco de Vitoria, la propia Constitución de 1978, hasta las modernas regulaciones de propiedad horizontal, urbanismo o medio ambiente, ponen en cuestión desde luego el concepto que recoge el artículo 348 del Código Civil y ponen de manifiesto que el derecho de propiedad ha sido interpretado a menudo, de forma decimonónica, obviando los avances legislativos y doctrinales que en este campo se han dado, especialmente en España. Tal vez, la ignorancia de la función social reconocida a nuestro concepto desde hace más de medio siglo, ha podido contribuir a prácticas, en el mundo de las finanzas o de la especulación, que han contribuido en alguna medida al advenimiento de la presente crisis que abarca diversos órdenes.

ABSTRACT

**SOCIAL FUNCTION OF
PROPERTY OWNERSHIP
ABUSE OF RIGHTS**

This study discusses the concept of property ownership from the enactment of the 1889 Spanish Civil Code to the present day. The individualistic conception that Spanish substantive civil law once upheld became out of tune with the conception reigning at the time when it went into force. Important events before and after exerted a well-known corrective influence, lending an important, transcendental social nuance. These events now make—and for decades have made—our concept of property ownership one of the most advanced from the social standpoint and from the standpoint of limitations set on property ownership for the sake of the general interest. From the theory of abuse of rights, the historical Supreme Court ruling of 14 February 1944 (reported by Castán Tobeñas), the formulations that Spanish historical doctrine gathered in authors such as Francisco de Vitoria and the 1978 Constitution itself to modern regulations on horizontal property, development and the environment. They all certainly question the concept given in article 348 of the Civil Code and make it clear that property rights have been often interpreted in a nineteenth-century way, overlooking all the progress that has been made in legislation and doctrine in this field, especially in Spain. Perhaps ignorance of the social function acknowledged as belonging to the Spanish concept of property ownership for over half a century has fanned practices in the worlds of finance and speculation that have to some extent contributed to the onset of the present crisis, which spans diverse spheres.

*(Trabajo recibido el 19-10-2010 y aceptado
para su publicación el 15-3-2011)*

DERECHO COMPARADO

Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile: *¿Un sistema judicial y registral pertinente?*

por

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN
*Profesora de Derecho Privado
Universidad de Talca. Chile*

SUMARIO

- I. BREVES NOTAS GENERALES.
- II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN.
- III. ÁMBITO MATERIAL DE AFECTACIÓN.
- IV. SISTEMA DE AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES:
 - 1. AFECTACIÓN DEL INMUEBLE Y MUEBLES QUE LO GUARNECEN.
 - 2. AFECTACIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES EN SOCIEDADES.
- V. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES.
- VI. PALABRAS CONCLUSIVAS Y VALORACIÓN DEL SISTEMA.

I. BREVES NOTAS GENERALES

La vivienda familiar es una institución jurídica que se funda y sustenta en la existencia de una familia. Se trata de una institución protectora de la familia, que tiene una función existencial, en tanto cobija a sus integrantes y les permite desarrollarse dignamente. Tan esencial es al mantenimiento de la familia, que se superpone a otros bienes jurídicos como la propiedad o el crédito y es independiente del régimen económico del matrimonio, en su caso.

Esta esencialidad de la residencia familiar y de los bienes que la guarnece ha motivado el establecimiento de regímenes jurídicos especiales al respecto, que ofrecen diversidad de reglamentaciones (1): en algunos casos el modelo se encuentra acotado a la familia matrimonial, en otros aparece ampliamente regulado; puede requerir acuerdo o declaración judicial de afectación u operar de pleno derecho; puede decir relación solo con la vivienda y el ajuar, o vincular todo un patrimonio familiar.

Sin perjuicio de las posibles distinciones, se trata, en todos los casos, de ciertos bienes inmuebles y muebles que cumplen una función familiar asistencial directa, al permitir y favorecer la convivencia familiar por constituir la residencia principal de la familia y satisfacer las necesidades vitales más inmediatas de la familia, como el alojamiento y la convivencia diaria (2). Prima, en consecuencia, el interés familiar sobre el individual (3). Esta circunstancia amerita, entre otros efectos, que producido el divorcio, la separación o la nulidad del matrimonio se mantengan, aunque con adecuaciones, las normas protectoras de la residencia de la familia, pues ésta, la familia, no se extingue con el matrimonio: la protección de la familia amerita evitar el desmembramiento de la vivienda familiar y su ajuar en las situaciones de crisis matrimoniales (4).

Influye en la complejidad de la institución la confluencia de diversos caracteres, así concurren en ella aspectos patrimoniales con aspectos personales propios de la dignidad humana y, de otra parte, los intereses implicados no pueden calificarse aisladamente, como puramente referidos a los cónyuges o a los hijos, se trata de un interés simplemente familiar general. A partir de ahí, como refiere GAVIDIA SÁNCHEZ, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar en casos de separación, nulidad y divorcio, es una cuestión en la que se cruzan derechos y principios constitucionales como la propiedad privada, la protección social, jurídica y económica de la familia y el disfrute de una vivienda digna y adecuada, entre otros (5), de donde resulta que ante una eventual colisión de derechos, prima entender que la especial limitación de la propiedad privada, que se puede generar, se encuentra legitimada por el imperativo de protección de la familia (6), especialmente ante la fragilidad de

(1) Algunos antecedentes de Derecho Comparado sobre la protección de la vivienda familiar se pueden ver en CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, 2.ª ed., Santiago, 2007. Editorial Jurídica de Chile, pág. 47 y sigs.

(2) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. IV, 2.ª ed., Madrid, 2008, Colex, pág. 206.

(3) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 55.

(4) CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005, Marcial Pons, pág. 37.

(5) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, en el Prólogo del libro de CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución...*

(6) En este mismo sentido, CORRAL, comentando la inclusión en el año 1994 de la institución de los bienes familiares en la legislación matrimonial chilena, sostiene que no hay inconstitucionalidad por la limitación del derecho de propiedad implicado si se con-

que es susceptible en caso de conflicto. Los bienes son calificados de familiares porque la ley les reconoce una función esencial en la vida cotidiana de la familia y por ello los somete a una protección especial.

Ciertamente el favorecimiento efectivo de la función protectora familiar (7), asignada a los bienes familiares, se encuentra condicionado, entre otros aspectos, por el régimen de constitución, esto es, de afectación de tales bienes —y, luego, por el de desafectación de los mismos— que se consagra. Aunque hay un sinnúmero de cuestiones interesantes en materia de los bienes familiares y la institución puede observarse desde perspectivas diversas, la que aquí nos interesa y constituye el eje de nuestro análisis está referida al régimen de constitución de bienes familiares y su pertinencia; de ahí que la breve exposición que se hace de algunas cuestiones como los efectos de la constitución —un tema de suyo muy complejo— es meramente instrumental a los fines indicados.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN

No fue sino hasta el año 1994 que el Código Civil chileno reguló la institución de los bienes familiares, por medio de la Ley 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó ampliamente el Código Civil —y de menor modo, otros cuerpos legales— principalmente en los aspectos y efectos patrimoniales del matrimonio. La regulación específica fue incorporada por el artículo 28 de la referida Ley que introdujo el párrafo 2, *De los bienes familiares*, al Título VI, *Obligaciones y Derechos entre los cónyuges*, del Libro Primero del Código Civil.

La Ley, cuyo principal objetivo fue introducir el régimen de participación en los gananciales como alternativa a la sociedad conyugal y a la separación de bienes, tuvo su origen a iniciativa del Poder Ejecutivo que ingresó al Congreso, en 1991, el proyecto de ley respectivo (8). El mensaje con que fue enviado, en la parte que nos interesa, razona que advertido el inconveniente del régimen de participación en los gananciales, consistente en que

sidera el deber constitucional de protección jurídica de la familia. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 58.

(7) Sin perjuicio de esta función protectora familiar, algunos autores ubican a los bienes familiares dentro de las medidas correctivas, aplicables a todo evento bajo cualquier régimen patrimonial del matrimonio, y que protegen en general al cónyuge más desvalido económicamente: así, por medio de su regulación se permite proteger los bienes principales de la familia, con independencia del régimen patrimonial por el que hayan optado los cónyuges, y la protección se prolonga después de la muerte con la atribución preferencial de la residencia principal al cónyuge sobreviviente. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Análisis crítico del proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad de gananciales* (2007). Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJD181 MJD181.

(8) Boletín núm. 432-07, de 1991.

durante la vigencia del régimen opera como separación de bienes, no dando origen a un patrimonio familiar, el proyecto introduce los bienes familiares con el objeto de paliar esa desventaja, aun cuando opera con prescindencia del régimen de bienes que entre los cónyuges rija.

En su tramitación, el proyecto recibió algunas indicaciones, que, en lo pertinente, asumen como una reforma de la máxima importancia, la introducción por modo heterónimo —esto es, con prescindencia de la voluntad de los cónyuges— al régimen matrimonial, de la institución del patrimonio familiar consistente en que determinados bienes, los bienes familiares, se sustraen al estatuto jurídico de derecho común y a las peculiaridades del régimen matrimonial para quedar sujetos a un estatuto único e imperativo: la administración conjunta de ambos cónyuges. La firme convicción de que, fuere cual fuere el régimen que entre los cónyuges medie, habrá un ámbito patrimonial en que se exprese, en protección de la familia, la comunidad de vida y de intereses que significa el matrimonio, guió la indicación en dichos términos.

La revisión del articulado que, en definitiva, se aprobó, refleja que no existe en propiedad tal patrimonio familiar de administración conjunta, aun cuando la institución de los bienes familiares puede permitir la protección de la familia por medio de la exigencia de contar con voluntad conjunta (aunque no idéntica en su significación, como veremos) para actos patrimoniales de importancia. No forman un patrimonio especial, más bien se trata de ciertos bienes sujetos a un estatuto jurídico especial, cuyas normas reguladoras son de orden público (9), así el artículo 149 del Código Civil, concluyendo el párrafo relativo a los bienes familiares, precisa: *es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo*.

El párrafo 2 del Código Civil chileno se compone de nueve artículos, destinados a regular el régimen de constitución de bienes inmuebles y los muebles que lo guarnecen en bienes familiares; los efectos de la afectación; los efectos del no requerimiento de la voluntad del no propietario para actos dispositivos; las formas de desafectación de tales bienes; la afectación de derechos y acciones en sociedades; la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes familiares; el beneficio de excusión de que gozan los cónyuges reconvenidos y, finalmente, la sanción de nulidad para estipulaciones contrarias a las normas legales sobre bienes familiares.

III. ÁMBITO MATERIAL DE AFECTACIÓN

Principia el párrafo segundo del Título VI del Código Civil con el artículo 141, que fija un ámbito de aplicación amplio al establecer que determi-

(9) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2004, pág. 230.

nados bienes pueden ser declarados bienes familiares *cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio* (10); en consecuencia vale para todo matrimonio, ya medie entre los cónyuges sociedad conyugal, ya medie participación en los gananciales o separación de bienes, aunque como bien advierte la doctrina nacional, cobra mayor relevancia en los dos últimos regímenes, puesto que en ambos los cónyuges pueden —en principio— disponer libremente de sus bienes, no así en la sociedad conyugal, donde es normal la enajenación del inmueble por el marido con el consentimiento de la mujer (11). Pasa, en consecuencia, a regularse con esta reforma una carga más de aquellas que impone el matrimonio, independiente del régimen patrimonial que rijan entre los cónyuges (12).

Desde un punto de vista material, son bienes familiares el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen. Se trata de una afectación que no es independiente del título de ocupación, pues los bienes deben ser de propiedad de alguno de los cónyuges, lo que ya constituye una diferencia en relación con la regulación de otros ordenamientos, como el español, donde opera el sistema de vivienda y ajuar familiar, cualquiera que sea el título en cuya virtud se ocupa familiarmente la vivienda o se usan los muebles (13), afectándose, en no pocas ocasiones, bienes de terceros. En Chile, para que un bien inmueble —y los muebles que lo guarnecen— pueda adquirir la categoría de bien familiar, se requiere una condición objetiva: que su dominio pertenezca a uno de los cónyuges, esto es, que se encuentre inscrito a su nombre, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces al tiempo de la demanda y de la afectación. Si el cónyuge no propietario intenta evitar la afectación de un inmueble aportando el bien a una sociedad en la cual tiene participación, el legislador nacional, coherente con el presupuesto de dominio por parte de un cónyuge, no permite la afectación directa de dicho bien,

(10) Este ámbito justifica un tratamiento legal separado y previo a los regímenes de bienes del matrimonio, conformando, conjuntamente con otras instituciones, lo que doctrinariamente ha sido llamado el régimen matrimonial primario. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...*, pág. 203. Sin embargo, como apunta Díez-PICAZO y GULLÓN, parece equívoco que esa circunstancia se utilice para denominarlos régimen matrimonial primario, ya que en puridad no existe un régimen simple en oposición a otros más complejos, más bien integran las disposiciones generales en materia patrimonial matrimonial. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10.ª ed., Madrid, 2006, Tecnos, pág. 136.

(11) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la ley número 19.335*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág. 146.

(12) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, págs. 144 y 145.

(13) MARTÍNEZ DE AGUIRRE refiere la independencia del título de ocupación, pudiendo tratarse de bienes de uno solo o de ambos cónyuges o que hayan sido alquilados por uno o por ambos o que hayan sido cedidos gratuitamente a uno o a ambos. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...*, pág. 207.

aunque sea la residencia principal de la familia, pero sí autoriza, afectar los derechos o acciones del referido cónyuge, como veremos más adelante.

Además, se requiere una condición de finalidad: dichos bienes deben servir de residencia principal de la familia, esto es, actualmente deben ser el lugar de cohabitación principal y no accidental de una familia. Considerando dicho fin se obtienen relevantes conclusiones, así —conforme a la norma— no puede afectarse más de un inmueble como bien familiar (14), pues aunque la familia tenga varios inmuebles que en diversas temporadas y con objetivos diversos habita, solo uno constituye su residencia principal, aquel donde se satisfacen ordinarias y diariamente las necesidades vitales más inmediatas de la familia y solo ese puede ser gravado con la afectación. La idea de residencia principal parece pretender excluir de la eventual afectación las residencias temporales usadas esporádicamente o en época de vacaciones, lo que es concordante con la garantía constitucional de protección de la propiedad privada por medio de su no limitación o afectación. Por otro lado, se ha entendido que no se cumple con la finalidad normativa cuando se afecta un bien como familiar si en el inmueble solo habita uno de los cónyuges y no hay hijos, pues ha dejado de ser el hogar familiar (15), razonamiento que compartimos, pues el legislador no se ocupa en esta parte, de intereses individuales —si así fuera, debiera primar el interés del propietario— sino que tiene preeminencia el interés familiar, lo que supone la presencia actual de familia, constituida, al menos, por uno de los cónyuges y los hijos.

Conforme al artículo 146 del Código Civil chileno, pueden también ser afectados como bienes familiares los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Esta afectación —que no recae en inmuebles de propiedad de uno de los cónyuges sino de un tercero (la sociedad)— como comenta CORRAL, pretende evitar que por medio de una propiedad indirecta, a través de formas societarias, se eluda el estatuto de los bienes familiares (16). Se trata de derechos en sociedades de personas o de acciones en sociedades de capitales que pertenezcan a los cónyuges conjunta o individualmente, pudiendo tratarse de sociedades de cualquier naturaleza, civiles o comerciales, colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, anónimas o por acciones, y tanto nacionales o extranjeras, cualquiera sea el valor o cuantía de los derechos o acciones (17). La ley no contempla la posibilidad de que se afecten

(14) TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de Familia*, 10.^a ed., Santiago, 2007, Lexis Nexis, pág. 266.

(15) Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 2009, en autos Rol. 5275-09. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ21813. Antes Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2009, en autos Rol. 1968-09. Disponible en www.microjuris.cl, cita: MJJ20144.

(16) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 67.

(17) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 54. El mismo autor plantea, sin embargo, la improcedencia de la afectación parcial de una parte de esos derechos o acciones.

derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de bienes muebles que guarnecen el hogar, pues la referencia normativa en este caso es exclusiva a los inmuebles.

La jurisprudencia ha extendido la aplicación del artículo 146 del Código Civil a las empresas individuales de responsabilidad limitada, pues la Ley que las regula —Ley núm. 19.857 de 2003— establece que les son aplicables las disposiciones legales que rigen a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (18); en consecuencia, también pueden afectarse los derechos que el cónyuge constituyente o titular tenga en la empresa individual respecto de un bien inmueble transferido inicialmente o adquirido posteriormente por la empresa individual, siempre que constituya residencia principal de la familia.

Sobre los bienes familiares, el juez puede constituir, durante el matrimonio, prudencialmente a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación. Para ello, y para la fijación del plazo que les pone término, el juez debe tomar en especial consideración el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges (art. 147 CC). En este caso, lo que el legislador persigue es asegurar que el aprovechamiento de estos bienes quede radicado en quien mejor convenga atendido los intereses necesitados (19). La declaración judicial que confiere los derechos de usufructo, uso o habitación sobre tales bienes —que nunca puede formularse extinto el matrimonio por expresa exigencia normativa— sirve como título para todos los efectos legales.

Finalmente, oportuno es comentar que la norma gira en torno al supuesto de matrimonio vigente y no de cualquier modelo familiar. En base a ello se ha estimado característica esencial de la institución que la calidad de bien familiar presupone la existencia de vínculo matrimonial (20), de lo que se sigue que el legislador, en esta parte, da protección a la familia matrimonial (21) en desmedro de la familia que subsiste al término del matrimonio o que existe con independencia de vínculo conyugal, lo que resulta cuestionable a la luz de

(18) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 25 de junio de 2009, en autos Rol. 192-2009, caratulados «Yeissy del Pilar Cuevas Troncoso con Richard Humberto Becerra Ramos». Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 42152.

(19) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 199.

(20) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 56. Otras características relevantes son su existencia cualquiera que sea el régimen de bienes que medie entre los cónyuges; la naturaleza de orden público de las normas que los regulan es lo que genera la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por tales normas; la circunstancia de encontrar su fundamento en el deber de proveer a las cargas de familia y en la protección de la vivienda familiar, y finalmente, la naturaleza no alimenticia de la institución.

(21) TRONCOSO, apoyado en el empleo de la expresión «cónyuges» de las normas relativas a los bienes familiares, concluye que estos protegen a la familia fundada en el matrimonio, a la que denomina: familia legítima y, en consecuencia, en forma coincidente con CORRAL afirma que para que pueda hacerse la declaración de bien familiar tiene que haber matrimonio. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de...*, pág. 264.

los principios rectores de las últimas reformas en materia de Derecho de Familia en Chile, como la protección del interés superior del menor o del cónyuge más débil y con la finalidad de la institución (22), cual es, la protección de la familia en términos amplios y no excluyentes.

IV. SISTEMA DE AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES

La afectación de un bien como familiar se encuentra sometida a requisitos y formalidades. A los requisitos ya hemos aludido en el apartado anterior, al dar breve cuenta del ámbito material de la regulación de la institución. En lo que respecta al sistema de constitución propiamente tal, se trata de un modelo formalista, que contrasta con opciones como la española, caracterizada por la desformalización del régimen de la vivienda familiar, lo que impide conocer con certeza qué bienes tienen dicho carácter sino hasta el momento en que se realice algún acto sobre o respecto del bien de que se trate (23). Veamos los dos mecanismos de afectación que consagra el Código Civil chileno:

1. AFECTACIÓN DEL INMUEBLE Y MUEBLES QUE LO GUARNECEN

Tratándose de los bienes a que hace referencia el inciso primero del artículo 141 del Código Civil, esto es, el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnece, las formalidades en el ordenamiento jurídico nacional son dobles: por un lado, el sometimiento a un proceso judicial y, por otro, la anotación marginal en la inscripción respectiva (24).

(22) La Corte Suprema ha señalado al respecto: Que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella. Sentencia de 21 de septiembre de 2009, en autos Rol. 5275-2009, caratulados «Felicia Johnston Mansilla con Rodrigo Guzmán Vargas». Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 42546.

(23) Esta desformalización trae como consecuencia que ante el desconocimiento de cuales bienes constituyen vivienda habitual de la familia, cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, sea necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter (art. 91 del Reglamento Hipotecario).

(24) Comenta TOMASELLO que este sistema difiere del contemplado en el proyecto del ejecutivo de 1991 y también de la indicación sustitutiva de 1992, que proponían que la declaración se hiciera por cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública, anotada

Conforme al artículo 8.º, número 14, de la Ley 19.968 de 2004, corresponde a los Tribunales de Familia conocer y resolver los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares: *a)* Separación judicial de bienes; *b)* Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos (25). Lo anterior se efectúa conforme al procedimiento ordinario, aplicable a todos los asuntos contenciosos regulados en los artículos 55 y siguientes de la referida ley 19.968 (26).

Un punto no abordado hasta el momento es si puede presentarse una solicitud conjunta de los cónyuges en orden a obtener la declaración de un inmueble de propiedad de cualquiera de ellos como bien familiar, y de tal modo, acogerse al procedimiento previsto para los actos judiciales no contenciosos. Nos parece que estando ambos cónyuges contestes en el carácter de residencia principal de la familia del bien en cuestión y acreditándose dicha circunstancia y el dominio respectivo, nada obsta a esta posibilidad, que además posibilita al juez resolver de plano, pues, en principio, no será necesario oír a los interesados. En todo caso, si la solicitud conjunta se hubiere presentado por escrito, el juez puede citar a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes, a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento (art. 102 de la Ley 19.968). El único asunto que podría ser cuestionado es la colusión entre los cónyuges para solicitar conjuntamente la declaración en perjuicio de un acreedor del propietario, sin embargo, en dicho evento resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 141 del Código Civil en relación con una eventual responsabilidad civil y penal por la actuación fraudulenta.

En la situación prevista por el legislador, el cónyuge interesado debe presentar su demanda individualizando completamente el bien inmueble, especialmente en cuanto al dominio y, justificando su carácter de residencia

al margen de la inscripción de dominio respectiva. TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 148.

(25) Originalmente, antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.968 de 2004, que estableció los Tribunales de Familia, la declaración de bien familiar era realizada por el juez civil, a petición del interesado, en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa y citación del otro cónyuge. Parte de la doctrina criticaba ampliamente esta fórmula de procedimiento contencioso, por considerarla constitutiva de un obstáculo serio para acceder a la institución, dado que en muchos casos los cónyuges estarían de acuerdo. La crítica se fundaba en la tendencia del Derecho Comparado latinoamericano que no da lugar a procedimiento contencioso salvo en caso de oposición. SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 233. El procedimiento de los Tribunales de Familia posibilita hoy una salida rápida del asunto aun cuando sea controvertido.

(26) Como se verá más adelante, el artículo 8.º, numeral 14 de la Ley 19.968, ha servido de fuente a interpretaciones jurisprudenciales relevantes en relación con los bienes ampliando la titularidad de la acción de desafectación.

principal. Ahora bien, la sola afectación del inmueble que sirve de residencia principal de la familia no implica consecuentemente la afectación de los muebles que lo guarnecen si, como explica CORRAL, no se ha solicitado y obtenido simultáneamente su afectación (27), razón por la cual será necesario que la demanda aluda a ellos. Respecto de estos bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia, la doctrina nacional se encuentra dividida tanto en su ámbito objetivo, esto es, qué debe entenderse por *muebles que la guarnecen* como en la necesidad o no de individualización detallada de los referidos bienes en la demanda respectiva.

Sobre lo primero, el debate se presenta entre el recurso al artículo 574 del Código Civil (28), referido a los bienes que forman el ajuar de una casa (29) y una interpretación más amplia, comprensiva incluso de bienes muebles que se encuentran al servicio de la familia, como un vehículo (30); conforme al significado pertinente de la expresión y considerando por un lado, que los bienes a que hace referencia la norma son los que guarnecen el inmueble que sirve de residencia principal de la familia y no otros y, por otra parte, que la finalidad de la norma es asegurar un hogar físico estable para que la familia se desenvuelva normalmente (31) favoreciendo la satisfacción de necesidades vitales básicas, estimamos que el ajuar de que habla el artículo 574 se presta mejor a dicho fin, al equipar y revestir la residencia principal y hacerla apta para el fin considerado en la norma (32). En este sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema, al sentenciar, en base a los artículos 574 y 1121 del Código Civil, que se colige que los bienes muebles de una casa o los que guarnecen la residencia familiar, son aquéllos que la visten y se encuentran en ella, con excepción de los que tienen un carácter personal o profesional, siendo evidente que la institución de los bienes familiares se orienta a no privar a la familia de su vivienda y amoblado, esto es, a mantener, en la

(27) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 51, y SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 239.

(28) Artículo 574 del Código Civil: Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión *bienes muebles* sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567.

En los *muebles de una casa* no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de arte y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

(29) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, págs. 146-147.

(30) En CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, págs. 52-53.

(31) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 229.

(32) El artículo 1320 del Código Civil español habla de muebles de uso ordinario de la familia, expresión que ha sido entendida relativa al mobiliario que está al servicio de la vivienda habitual y por tanto que están destinados a un uso familiar. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...*, pág. 206.

medida de lo posible, la estabilidad del ambiente familiar, sin distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son (33).

En relación con lo segundo, para algunos autores es necesario presentar conjuntamente con la demanda un inventario de los bienes muebles, los que deberán aparecer individualizados en la resolución declarativa respectiva, satisfaciendo con ello un principio mínimo de seguridad jurídica; para otros, en cambio, no es necesario ni conveniente tal nivel de individualización por cuanto se trata más bien de una universalidad de hecho cuya individualización no ha sido requerida por el legislador y que puede ir variando en su composición con el tiempo (34), posición que compartimos, sobre todo por cuanto el recurso al artículo 574 del Código Civil permite ya una buena delimitación en este punto (35).

Presentada la demanda, el juez debe citar a los interesados a la audiencia preparatoria. La situación normal será que la demanda sea presentada por el cónyuge no propietario, pero nada obsta a que la solicitud sea formulada por el propietario (36), debiendo ambos ser citados a la audiencia por tener interés en la declaración. Cuando la familia tiene hijos, el tribunal podría citar y oír a aquellos que tienen suficiente juicio y discernimiento, dado su evidente interés en el asunto como miembros de la familia y considerando que de ese modo se posibilita, en términos del artículo 16 de la Ley 19.968, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Si no se formula oposición, el juez debe resolver en la misma audiencia. Formulada oposición o si el juez estima que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio y probados los requisitos que se establecen en el inciso primero del artículo 141 del Código Civil, esto es, que el inmueble es de propiedad de algunos de los cónyuges y que sirve de residencia principal de la familia, declarará el inmueble y los muebles que lo guarnecen —si así se ha pedido— como bienes familiares. Desde que queda ejecutoriada la sentencia definitiva respectiva los bienes adquieren, en forma definitiva, el carácter de bienes familiares.

En nada obsta a la declaración de bien familiar de un departamento ubicado en un edificio, la circunstancia que este último no se encuentre sub-

(33) CS, sentencia de 31 de mayo de 2007, en autos Rol. 1245-07. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ10086.

(34) La exposición de los principales argumentos de ambas posturas puede encontrarse en RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Tomo I, 5.ª ed., Santiago, 2005, Editorial Jurídica de Chile, págs. 337-338.

(35) La práctica de los tribunales es variable y en algunos casos suele acompañarse el inventario detallado.

(36) En contra TRONCOSO, para quien la acción compete solo al cónyuge no propietario. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de...*, pág. 267. En la misma línea de TRONCOSO se encuentra RAMOS, para quien en consecuencia, los hijos aun cuando puedan resultar beneficiados con la declaración no son titulares de ella. RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 342.

dividido y aparezca inscrito como un sitio en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces, por cuanto este último debe limitarse a subinscribir la sentencia declarativa, al margen de la inscripción del sitio respectivo, de modo que se entienda que es el departamento del edificio construido, ubicado en el sitio cuya inscripción allí se registra, el que constituye bien familiar (37). Negar la declaración, concurriendo todos los requisitos del artículo 141 del Código Civil constituye vicio casable y, en la práctica, podría dar lugar al juego doloso de no hacer la subdivisión de un precio para impedir la declaración de bien familiar.

Para los efectos de impedir que el cónyuge propietario pueda frustrar la solicitud mientras se resuelve en definitiva sobre la afectación, el legislador establece que la sola interposición de la demanda transformará, provisoriamente, en familiar el bien de que se trate. Se produce, por tanto, una afectación legal del carácter familiar de los bienes, de naturaleza provisoria, en la cual no media intervención del juez y que opera aún antes de ser notificada la demanda. El juez en su primera resolución debe disponer que se anote al margen de la inscripción del inmueble respectiva la precedente circunstancia, lo que obviamente se producirá respecto del inmueble, pues los muebles por su naturaleza no están sometidos a sistema registral. El Conservador de Bienes Raíces practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal. Esto último reafirma el carácter legal y de premura que asiste a esta afectación provisoria, pues el juez actuará sin petición de parte, lo que resulta hoy consistente con el principio de actuación de oficio que orienta a los Tribunales de Familia (art. 13 de la Ley 19.968).

El legislador no se pronuncia sobre la necesidad de anotación o cancelación conforme al resultado del juicio, sin embargo, parece evidente que es posible y pertinente la subinscripción de la sentencia definitiva firme que declare el carácter de bienes familiares, del mismo modo que lo es también la cancelación de la subinscripción de afectación provisoria si en definitiva la correspondiente demanda es rechazada (38). Para ello, el Tribunal de Familia podrá obrar de oficio, conforme a sus atribuciones y así ocurre en la práctica procediendo los tribunales a ordenar la anotación —o cancelación, en su caso— al margen de la inscripción de dominio respectiva (39).

(37) Corte Suprema, sentencia de 19 de febrero de 2009, en autos Rol. 454-09. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ19625.

(38) En este sentido, TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, págs. 150-151.

(39) La doctrina, en general, estima que la declaración de bien familiar de un inmueble no constituye un gravamen que deba necesariamente inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, aunque nada impide que se haga, por lo que las referencias legales a la *inscripción respectiva*, se entienden en relación con la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad. RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 341.

Los bienes resultan afectados definitivamente desde el día en que queda ejecutoriada la resolución del Tribunal de Familia que lo declara, siendo la afectación perfecta entre los cónyuges. La subinscripción mediante anotación marginal en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo tiene una clara y relevante finalidad de publicidad, considerando que la referida declaración, tratándose de inmuebles, es una cuestión de interés también para los acreedores del propietario, por tanto, la declaración produce efectos respecto de ellos y les resulta oponible, desde la correspondiente anotación (40).

Así como la constitución de bienes familiares no opera de *facto* sino mediante la satisfacción de formas específicas, la desafectación sigue igual regla, aunque con mayor amplitud, por cuanto el legislador permite que pueda ser convencional o judicial (art. 145 CC). En el primer caso y tratándose de inmuebles, opera por declaración de común acuerdo que debe constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción de propiedad respectiva. Si no media acuerdo, el cónyuge propietario puede pedir al juez de familia la desafectación de un bien familiar fundando su petición en que el referido bien no está actualmente destinado a los fines que le son propios —esto es, conforme al art. 141, *servir de residencia principal de la familia*— lo que deberá probar. La Ley 19.947 de 2004, que modificó la regulación del matrimonio civil e incorporó el divorcio como causal de término del mismo, agregó el siguiente inciso tercero al artículo 145 del Código Civil que comento: *Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.*

La norma del artículo 145 merece diversos comentarios y observaciones, de partida, el silencio en relación con los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia y que han sido constituidos bienes familiares, lo que en general no debiera ocasionar mayores problemas, pues si se asume que la afectación de dichos bienes es meramente funcional, en el sentido de favorecer la residencia del inmueble en calidad de hogar para la familia, parece evidente que desafectado éste cesa también la afectación sobre aquellos bienes. Más interesante parece resolver los siguientes cuestionamientos: ¿existen otros titulares de la acción de desafectación?, ¿pueden desafectarse bienes familiares por formas distintas a las señaladas en la referida norma?, ¿constituye la sentencia de divorcio condición objetiva, pura y simple, para obtener la desafectación de un bien familiar?

Sobre lo primero, conforme al tenor de la norma, pareciera que solo los cónyuges son titulares de acción de desafectación, sin embargo, con ocasión

(40) RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 341.

del encabezado del numeral 14 del artículo 8.º de la Ley 19.968 (citado más arriba) la jurisprudencia ha ampliado la titularidad para solicitar la desafectación de bienes familiares, señalando que del tenor de la norma se advierte que la competencia asignada a los Tribunales de Familia —en relación con los bienes familiares— se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero solo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges. Con base al mismo texto concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que del encabezado reproducido se señala: «*Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges*», se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, *a contrario sensu*, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales (41). Así se ha ampliado el ámbito subjetivo de titularidad de la acción.

La norma pareciera, también, cubrir todos los eventos posibles que pueden dar lugar a la desafectación de bienes familiares: el común acuerdo o la extinción de los fines que le son propios. La voluntad común de los cónyuges deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción de propiedad respectiva, constituyendo un mecanismo no controversial ideal, que se presentará normalmente cuando no hay crisis en el matrimonio, o que, en caso de crisis, pudiera ser de aquellas estipulaciones libremente pactadas en el convenio regulador, completo y suficiente, que deben acompañar los cónyuges que conjuntamente solicitan el divorcio por la causal de cese efectivo de la convivencia (42). Ahora bien, cómo la constitución de bienes familiares tiene por finalidad la protección de la familia, no se justifica la mantención de tal calidad cuando los bienes respectivos han dejado de satisfacer la finalidad normativa, en consecuencia, el derecho de dominio del propietario no puede seguir limitado y condicionado a la obtención del común acuerdo, por lo que el legislador autoriza para demandar ante el juez de familia la desafectación, con arreglo al mismo procedimiento de afectación, pudiendo resolverse en la audiencia preparatoria si no se formula oposición y obra la prueba pertinente. En este sistema de desafectación judicial, la causa de pedir será que los bienes actualmente no están destinados a los fines que le son propios —*servir de residencia principal de la familia*—.

(41) Corte Suprema, sentencia de 14 de julio de 2008, en autos Rol. 2084-078. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ17801. En los autos, la entidad bancaria adjudicataria del inmueble constituido bien familiar obtuvo la desafectación del mismo y la cancelación de la anotación marginal respectiva ante el tribunal civil.

(42) El artículo 21 de la LMC, dentro del párrafo de la separación de hecho norma el convenio regulador para estos casos, constituyéndose estas normas en las reglas basales del convenio regulador para el caso de divorcio; luego el artículo 27 LMC, refiriéndose a la solicitud conjunta de separación judicial en forma preceptiva establece la necesidad de acompañar un acuerdo con iguales características que el normado en el artículo 55 LMC.

Doctrina y jurisprudencia han agregado una tercera causal de desafectación: la *desafectación tácita*, que se produce por la enajenación voluntaria o forzada de un bien familiar que le hace perder *ipso facto* tal calidad, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido. El fundamento de esta causal de desafectación es la pérdida de una de las condiciones para que un bien se constituya en familiar, esto es, que sea de propiedad de uno de los cónyuges; a lo que se suma, como apunta RAMOS PAZOS, que la ley no estableció subrogación real (43). No puede subsistir la calificación de bien familiar con motivo de una subasta pública —o de una enajenación voluntaria que ha cumplido con todos los requisitos legales—, al haber desaparecido el dominio de uno de los cónyuges (44), condición necesaria a la afectación en Chile. Salvo este caso especial, queda claro que el legislador nacional sigue la regla de procedimiento formal —escritura pública o sentencia judicial— de desafectación y, además, la misma opera solo por una razón de fondo: el inmueble no debe estar sirviendo actualmente de residencia principal de la familia.

Como se anticipó, la reforma de 2004, respecto de los bienes familiares, agregó un inciso final al artículo 145 del Código Civil chileno, conforme al cual se permite que si el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio, el excónyuge propietario, o cualquiera de sus causahabientes, pueda pedir al juez la desafectación del bien familiar, fundado en que ya no sirve de residencia principal de la familia (45).

(43) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 88, y RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 351.

(44) Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 2 de septiembre de 2005, en autos Rol. 642-05. El 21 de septiembre de 2006, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación deducido en contra de la referida sentencia. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 35161.

(45) Artículo 145 del Código Civil chileno: *Los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.*

El cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar. En este caso, el juez procederá en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 141.

Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.

La expresión «igual regla», que emplea este nuevo inciso, genera dudas interpretativas, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, como veremos, que inciden en una indeterminación de la solución normativa respecto de los requisitos de procedencia de la solicitud de desafectación. Podría entenderse que igual regla a la del inciso segundo se aplicara en caso de nulidad de matrimonio o divorcio, en términos de que ahora el excónyuge propietario puede pedir la desafectación fundado en que el bien no está destinado a los fines del artículo 141 del Código Civil, lo que siempre deberá probar o, podría considerarse, que en el caso de nulidad o divorcio, igual regla de solicitud de desafectación se puede presentar por el propietario en base al antecedente objetivo de dichas sentencias, sin ser necesario acreditar otras circunstancias.

Resulta curioso que aunque no hubo pronunciamiento alguno sobre los bienes familiares con orientación protectora, declarado el divorcio se habilita al cónyuge propietario para solicitar la desafectación de aquél que vigente el matrimonio se había constituido en tal carácter. Esto ha generado que se cite, sin mayor desarrollo en la cuestión, como efecto derivado del divorcio en Chile no su atribución de uso, sino la posibilidad de desafectación (46).

Además de la paradoja general que representa la norma referida, dentro de una reforma que aboga por principios protectores de la familia, a lo menos dos aspectos son dignos de referencia. De una parte, aparentemente terminado el matrimonio, la importancia relativa de los derechos constituciones se invierte, pues resulta que alguna superioridad de la propiedad privada se está sugiriendo con aquel nuevo inciso del artículo 145 del Código Civil chileno que amplía las circunstancias que ameritan o hacen procedente la solicitud unilateral de desafectación por parte del propietario. Por otro lado, hay un debilitamiento de la protección familiar cuando ésta deja de estar fundada en el matrimonio válido, lo que se demuestra porque no en todos los casos que suelen comprenderse dentro del género crisis matrimoniales, se genera el derecho a solicitar la desafectación invocando la situación de crisis; así la separación de los cónyuges, justamente por mantener el vínculo matrimonial no da pie a esta solicitud (47), más aún, si no había a la fecha de la separación inmueble declarado bien familiar, es perfectamente posible obtener su afectación en base a la vigencia del matrimonio, si se dan los presupuestos legales, esto es, si sirve de residencia principal de la nueva familia que ha resultado de la separación.

Con todo, es necesario tener presente, como ya hemos dicho, que la mera extinción del matrimonio por divorcio —declaración de nulidad y aún por muerte— no produce de pleno derecho la desafectación del bien constituido previamente como bien familiar; es necesaria una resolución judicial que así lo declare, a petición del propietario, con el mérito de la sentencia de divorcio —nulidad o la muerte— (art. 145, inciso 3.º CC) y la prueba de no estar destinados los bienes a los fines que les son propios (48). La imposibilidad

(46) RAMOS PAZOS, René, *Derecho...*, pág. 108; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago, 2006. Lexis Nexis, pág. 399; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho...*, pág. 104, entre otros autores.

(47) Aunque se debe tener presente que en los casos de separación siempre quedarán vigentes las alternativas generales que permiten desafectar un bien familiar conforme al artículo 145, incisos primero y segundo, esto es, respectivamente, el común acuerdo o la solicitud del propietario fundada en no estar destinado a sus fines, lo que deberá probar.

(48) BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Nuevo...*, pág. 399.

Analizando la situación de desafectación judicial, se sugiere por alguna doctrina, conforme al estricto tenor literal del artículo 145 del Código Civil, que, por regla general, la solicitud del propietario procede si el bien no está actualmente destinado a los fines que justifican la afectación, esto es, servir de residencia principal de la familia, o guarnecer dicha residencia, lo que se deberá probar (inciso segundo), pero, no se requeriría dicha

de operar automáticamente la desafectación por la extinción del vínculo conyugal significa de algún modo, aun débil, el reconocimiento de la familia no matrimonial como titular de dicho beneficio y por tanto su necesidad de protección. El legislador considera que aun disuelto el matrimonio, el bien familiar puede continuar siendo la residencia principal de la familia, prevaleciendo ésta sobre el matrimonio como elemento esencial caracterizante de dicha institución y, en consecuencia, el juez debiera, en dicho evento, denegar la solicitud de desafectación del propietario. En este sentido se ha pronunciado por primera vez la Corte Suprema de Justicia (49), con fecha 15 de abril de 2009, señalando que es un hecho establecido y no cuestionado por el recurrente, que el inmueble declarado bien familiar constituye la residencia principal de la familia, al continuar viviendo allí la demandada y el hijo de las partes, circunstancia que justifica el proceder de los Jueces del fondo en orden a asegurar la protección que la ley le brinda a éste y a la excónyuge que tiene a su cargo el menor (Considerando décimo).

Tres importantes cuestiones asienta este fallo. Por un lado, se fija la finalidad de la institución —y con ello un criterio lógico de interpretación normativa— al señalar que *si bien los bienes familiares están previstos para los casos en que existe matrimonio entre los involucrados, lo cierto es que con ellos se intenta asegurar a la familia mediante la subsistencia en su poder de bienes indispensables para su desarrollo y existencia, prescindiendo del derecho de dominio que sobre los mismos tenga uno de los cónyuges*. El fallo agrega que este instituto pretende asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, ejerciendo los roles y funciones que les corresponda, aun después de disuelto el matrimonio (Considerando séptimo).

Más importante aún que la nota anterior, resulta ser el acogimiento de una concepción amplia y no restrictiva de familia: *la principal beneficiaria de los bienes familiares es la familia, y desde esta perspectiva no puede desconocerse el hecho que si bien ella ha podido tener su origen en el matrimonio de las partes (...), lo cierto es que la misma subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal, permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes en este caso la ley busca asegurar su protección mediante la consagración de la institución en comento con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder* (Considerando noveno), esto es, servir de residencia principal de la familia. Esta interpretación sugiere un abandono de la idea de

prueba en caso del inciso tercero, por cuanto ahí sería procedente la desafectación judicial con el solo dato objetivo de la disolución del matrimonio o la declaración de nulidad. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 107.

(49) Sentencia de la Corte Suprema (2009), Rol. 1.086-2009. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 41926.

la familia matrimonial como beneficiaria exclusiva y excluyente de los bienes familiares (50).

Finalmente, el fallo, en su Considerando décimo, atiende al interés de los hijos e indirectamente al de los excónyuges, sugiriendo con ello que la protección que se otorga por medio de la subsistencia de la afectación de los bienes familiares más allá de la vigencia del matrimonio, a favor del excónyuge no propietario, lo es solo *per relationem*, esto es, está determinada por la protección de los hijos y en tanto éstos se encuentren a su cargo (51).

2. AFECTACIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES EN SOCIEDADES

En el caso especial del artículo 146 del Código Civil, la afectación de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia tiene carácter extrajudicial, sin perjuicio de lo cual, es igualmente formal, pues se hace por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. A lo anterior acompaña igualmente un mecanismo de publicidad consistente en la anotación marginal a la inscripción social si se trata de sociedad de personas o, en la inscripción en el registro de accionistas, si se trata de sociedades anónimas.

Nótese que, en este caso, no se afecta en forma directa el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, que no es de propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de una sociedad, sino que se gravan los derechos o acciones —bienes incorporales— que uno de los cónyuges o ambos tengan en la sociedad que es propietaria del inmueble que sea residencia principal de la familia. En este evento es posible que el cónyuge declarante deba concurrir a la justicia para solicitar la declaración de bien familiar de los muebles que guarnecen el referido inmueble y que no alcanzan a quedar afectos por el mecanismo establecido para derechos o acciones.

(50) El fallo fue acordado con un voto en contra, que estuvo por acoger la casación basado en que el artículo 145, inciso tercero del Código Civil chileno, se refiere a una situación objetiva consistente en el divorcio de las partes, sin que sea necesario demostrar, además, que el bien familiar no cumple con sus objetivos propios. Se argumenta que no es posible extender los efectos de los bienes familiares, más allá de la existencia de la propia institución en que se funda su existencia. En efecto, refiere el Ministro, el divorcio puso término al matrimonio y a la situación patrimonial de las partes, siendo la cuestión de la casa habitación una cuestión de carácter alimenticio, por lo que no constituye ésta la vía prevista por la ley para asegurar la protección, en este caso, del hijo común.

(51) Sin embargo, en el considerando séptimo se precisa que en los casos de separación de hecho o divorcio, el mantenimiento de la afectación de los bienes familiares constituye, desde otra perspectiva, una garantía o forma de protección para el cónyuge más débil o para el que tenga el cuidado de los hijos; separando con ello la posibilidad de beneficiar con la afectación al cónyuge, de la necesaria presencia de hijos.

La afectación se produce por una declaración unilateral solemne (52), que por muy solemne que sea no deja de ser una declaración unilateral que tiene efectos directos sobre derechos y acciones que normalmente no serán de titularidad del declarante y efectos indirectos respecto de un bien que no es de dominio de uno de los cónyuges sino de un tercero: la sociedad. A partir de ahí, la norma merece diversas observaciones. Motivos de justicia general obligan a concluir que tanto la sociedad propietaria del inmueble como el cónyuge titular de los derechos o acciones en ella, podrán impugnar la afectación unilateral del otro cónyuge, la primera ante la justicia civil, el segundo ante los tribunales de familia (53).

El problema mayor, en nuestra opinión, se presenta con el mecanismo de publicidad indicado por la norma, al ser insuficiente e ineficiente. Insuficiente básicamente por dos circunstancias, por un lado, no atiende aquellos casos de sociedades no sometidas a sistema registral (54) dejándolas sin sistema de oponibilidad; por otro, no se exige la anotación marginal en la inscripción de propiedad respectiva, lo que impide un adecuado conocimiento por parte de terceros (55), desprotegiendo sus legítimos intereses. Este insuficiente sistema es además ineficiente al no considerar un plazo dentro del cual la declaración unilateral deba anotarse al margen de la inscripción social respectiva o inscribirse en el registro de accionistas, ni menos aún una sanción por la falta de incumplimiento de estas obligaciones que son de cargo del cónyuge declarante, quien podría tardar o simplemente no practicar la inscripción o anotación. A partir de ahí, es fácil concluir que, el cónyuge no declarante —normalmente el socio o accionista—, la sociedad y terceros pueden resultar perjudicados por una declaración unilateral contenida en escritura pública que no han tenido posibilidad de conocer.

Sobre la desafectación de estos derechos y acciones, lamentablemente el legislador no se pronuncia, ante lo cual habría que entender que podrá realizarla el cónyuge que los constituyó, mediante equivalente declaración unilateral que conste en escritura pública; además podrán formularla los cónyuges de común acuerdo por escritura pública; podría operar por declaración de la justicia a petición de la sociedad o del cónyuge titular de los derechos y ac-

(52) El fundamento de la forma elegida para la afectación de esta clase de bienes se desconoce a tal punto que la doctrina acusa que la opción no cuenta con fundamento alguno. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 61.

(53) Algunos autores reconocen esta posibilidad de impugnación para el cónyuge. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 61; para otros, la impugnación puede ser ejercida por el cónyuge y terceros en general, TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 151. Pero no se ha advertido que la sociedad como propietaria del bien será sujeto interesado en el asunto.

(54) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 236. Lo anterior se puede producir en nuestro medio respecto de las sociedades colectivas civiles y en comandita simple civiles.

(55) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 62.

ciones, en este caso, el principal fundamento será que el inmueble de propiedad de la sociedad respectiva ya no es residencia principal de la familia. Finalmente, en caso de enajenación voluntaria o forzada por parte de la sociedad del inmueble en cuestión, procedería la desafectación tácita de los derechos y acciones del socio o accionista. En todos los casos será necesario proceder a la cancelación de la anotación marginal o inscripción efectuada.

V. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES

La constitución, durante el matrimonio, de determinados bienes en bienes familiares acarrea, como consecuencia, la prohibición de gravar y enajenar voluntariamente o prometer gravar o enajenar dichos bienes sin la autorización (56) del cónyuge no propietario. Se requiere igual autorización para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualquiera otro que conceda derechos personales de uso o de goce sobre los referidos bienes. Se trata, en consecuencia, como advierte CORRAL, de una afectación de la gestión del bien, esto es, de la facultad de realizar actos de disposición y administración, pero no se altera ni la titularidad ni la facultad de goce (57).

En la misma línea, no se transforma tampoco el bien en inembargable, por lo que la sola constitución de bienes familiares no causa perjuicio a terceros (58).

La autorización que la norma legal requiere debe ser específica para el acto en cuestión; puede manifestarse por escrito, concretamente por escritura pública si el acto exigiere dicha solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. El cónyuge no propietario puede prestar su autorización de alguna de las formas indicadas incluso por mandatario especial cuyo mandato conste por escrito o por escritura pública, según el caso. Como claramente el legislador no pretende que la constitución de bienes familiares afecte el derecho de propiedad en su esencia, establece la posibi-

(56) La respectiva norma española habla de *consentimiento* (art. 1320 del CC español), aunque como aclara la doctrina, dada la diferente posición de ambos excónyuges respecto de los bienes, es que solo en el caso del titular se puede hablar propiamente de consentimiento, tratándose del no titular más bien se trata de un asentimiento, MARÍN LÓPEZ, Manuel, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2006, 2.^a ed., Thomson Aranzadi, pág. 226. Como se reglamenta en el medio chileno, se trata de una autorización para la realización del acto dispositivo (art. 142 CC). CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 82. DE LA CÁMARA, por su parte, aclara que no se trata de un complemento de capacidad, pues ésta no se encuentra limitada, sería, en su opinión, más bien una declaración de voluntad del tipo de las licencias y aprobaciones. DE LA CÁMARA, Manuel, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid, 2002, Civitas, pág. 251.

(57) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 63.

(58) RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 343.

lidad de que la voluntad del cónyuge no propietario pueda ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa del no propietario, que no se funde en el interés de la familia (art. 144 CC).

Dichas normas se establecieron en el año 1994, cuando el matrimonio era indisoluble por no estar regulado el divorcio vincular; su supuesto era la constante calidad de cónyuges de las partes, de ahí la permanente alusión a la voz *cónyuges*. La nueva ley de matrimonio civil no hizo adecuación compatible con la posibilidad de permanecer afectado un bien después del divorcio. En este escenario es posible entender que para disponer se requiere el consentimiento de ambas partes (antes cónyuges), esto es, el propietario y el excónyuge que se beneficia con la afectación o, en su defecto, del juez en subsidio, estimando que se configura la imposibilidad de concurrencia del cónyuge no propietario al haber perdido su calidad de cónyuge por el divorcio.

En la práctica notarial chilena, cuando un propietario casado dispone de un inmueble que puede tener el carácter de residencia familiar, el notario autorizante hace concurrir personalmente al otro cónyuge para que o bien autorice el acto por tratarse de bienes familiares o para que declare, en conjunto con el cónyuge disponente que, a la fecha del acto (fecha de la escritura), no ha sido presentada por alguno de ellos demanda que persiga la declaración de bien familiar en los términos de la Ley 19.335, respecto del inmueble materia del contrato (59). Sin perjuicio de lo cual y para efectos de los artículos 142 y siguientes y 1749 del Código Civil, de todos modos el cónyuge no propietario comparece consintiendo y aceptando en forma expresa los términos del contrato de que se trate.

Sobre las consecuencias de la disposición hecha por el titular contraviniendo las exigencias legales, el legislador chileno es claro y expreso concediendo al no propietario, cuya voluntad de autorizar no se haya expresado de conformidad a la ley, el derecho a pedir la rescisión del acto (art. 143 CC), con lo que se evita el recurso a diversas interpretaciones (60). En base a esta sanción de nulidad relativa, la doctrina entiende que la exigencia de la voluntad del cónyuge no propietario es un requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor del acto en consideración a la calidad o estado de la persona que lo ejecuta o acuerda (art. 1682 CC) (61). Complementa lo anterior la presunción

(59) La necesidad de esta declaración se vincula con la afectación legal provisoria que se origina por la sola interposición de la demanda de afectación (art. 141, inc. 3.º CC).

(60) La doctrina española se encuentra dividida en este punto a falta de norma expresa. MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que la sanción sería la establecida en el artículo 1322 del Código Civil, esto es, anulabilidad del acto a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, *Curso de...*, pág. 186. CLEMENTE MEORO, en cambio, se inclina por la inoponibilidad del acto frente al cónyuge no titular que ostenta el uso del bien. CLEMENTE MEORO, Mario, en ROCA TRÍAS, Encarnación (coord.), *Derecho de Familia*, Madrid, 1995, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, pág. 163.

(61) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 155.

de mala fe que pesa sobre los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine (art. 143, inc. 2.º CC), resultando evidente que la mala fe se origina con motivo de la anotación en el Registro de Propiedad.

Por otro lado, la afectación de bienes familiares otorga a los cónyuges reconvenidos el beneficio de excusión en virtud del cual, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga la satisfacción del crédito en otros bienes del cónyuge deudor. Con la finalidad de hacer viable este derecho, cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá que se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario (art. 148 CC). Se observa con total nitidez la relevancia que reviste la anotación registral del bien familiar, toda vez que permite su conocimiento al juez y el cumplimiento de ésta obligación legal.

En el caso de los derechos y acciones por el efecto de la afectación que, como se dijo, se produce desde que se formula la declaración unilateral en tal sentido por cualquiera de los cónyuges por escritura pública, se requerirá la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, siempre que dicho acto tenga relación con el bien familiar de que la sociedad sea propietaria y que constituye la residencia familiar (art. 146, inc. 2.º CC) (62). Solo queremos dejar planteado que este efecto de intromisión de un tercero en la gestión social puede generar dificultades interpretativas relevantes respecto de su alcance y extensión, y en algunos casos puede no tener impacto alguno respecto de aquello que se supone que el legislador quiso resguardar, como cuando el o los administradores, directorio o gerente tienen atribuciones suficientes para resolver sobre los destinos de los bienes sociales sin necesidad de contar con una actuación de la asamblea de socios o junta de accionistas, en que debiera concurrir la voluntad de ambos cónyuges.

VI. PALABRAS CONCLUSIVAS Y VALORACIÓN DEL SISTEMA

- I. La constitución de un inmueble y los muebles que lo guarnecen, en bienes familiares cuando sirve de residencia principal de la familia, constituye un asunto con finalidad protectora de la familia que reside en ellos y que tiene efectos respecto del cónyuge propietario,

(62) CORRAL califica esta norma de oscura, tanto por ofrecer dudas respecto a que se refiere cuando habla de «bien familiar» cuanto por qué genera dificultades para conocer qué actos que se refieren al inmueble son realizados por uno de los cónyuges «como socio o accionista». CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, págs. 64-65.

del no propietario y de los hijos comunes, pero, además, concierne a los acreedores del propietario y a los terceros adquirentes. La confluencia de los diversos intereses y derechos en juego es motivo suficiente para establecer un mecanismo de afectación y desafectación adecuado.

- II. El modelo formalista del ordenamiento jurídico chileno otorga certeza jurídica a los diversos interesados respecto de una circunstancia relevante: la fecha exacta a contar de la cual los bienes se encuentran afectos, debido al recurso, siempre, a un instrumento público: la sentencia o la escritura pública.
- III. La necesidad de resguardar los diversos intereses comprometidos en la institución justifica que la regulación contemple, respecto del inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen, un sistema de afectación judicial, seguido de la inscripción registral correspondiente, lo que genera un efectivo marco protector y de publicidad, dando lugar, este último, a presunciones de mala fe de los adquirentes de derechos sobre el inmueble que es bien familiar, lo que permite observar que se han considerado todos los intereses envueltos. La desafectación por su parte, también en la línea formalista, considera las distintas voluntades: la de ambos cónyuges cuando alcanzan acuerdo; la del propietario respecto del cual sería injusto mantener la afectación cuando el bien ya no satisface el fin para el cual está prevista la institución y; la de los terceros adquirentes en enajenaciones forzadas por medio de la desafectación tácita.
- IV. De la constitución formal de determinados bienes en bienes familiares, se siguen una serie de consecuencias o efectos que modifican las condiciones normales de realización de actos dispositivos sobre bienes propios, pero que en definitiva, no afectan la esencia del derecho de dominio del cónyuge propietario y tampoco los legítimos derechos de terceros, así las cosas, el sistema puede calificarse de equilibrado en relación con los derechos e intereses de los diversos sujetos implicados.
- V. El procedimiento judicial de afectación que originalmente fue visto como un entorpecimiento al sistema por tratarse de un asunto contencioso, se salva hoy por la judicatura especializada que ofrecen los tribunales de familia y que permite resolver el asunto incluso en la audiencia preparatoria, sin perder de vista que desde la interposición de la demanda los bienes adquieren provisoriamente la condición de bienes familiares, de lo cual se dispone la correspondiente anotación marginal. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos plena-

mente posible el recurso al procedimiento para asuntos no contenciosos tanto cuando ambos cónyuges planteen la afectación de común acuerdo como cuando la afectación es solicitada por el cónyuge propietario del bien.

- VI. Quedan, sin embargo, importantes cuestiones sin atender por el legislador, como la continuidad de la afectación y los criterios de atribución de uso en caso de crisis matrimoniales o el sistema de afectación y el mecanismo de publicidad apropiado de los derechos o acciones que uno de los cónyuges o ambos tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Como se indicó, en este caso, el sistema es ineficiente e insuficiente, dando lugar a conclusiones absurdas y más aún, abriendo la puerta a eventuales abusos.

ABREVIATURAS

Art. (art.): artículo
CC: Código Civil
Inc. (inc): inciso

RESUMEN

AFECCIÓN BIENES FAMILIARES

La legislación chilena reguló en el año 1994 la institución de los bienes familiares. En dicha normativa se optó por un sistema formal de afectación o constitución de bienes familiares tanto respecto del inmueble que sirve de residencia principal de la familia como de los muebles que lo guarnecen. Dicho sistema formal considera, principalmente, la intervención judicial y mecanismos de publicidad. Lo anterior, en directa correspondencia, por un lado, con los diversos intereses involucrados y, por otro, con los efectos que la afectación genera, aparece como un mecanismo adecuado, pues permite conciliar aquellos y concretar estos. En este breve artículo se pretende revisar las formas es-

ABSTRACT

ENCUMBRANCE FAMILY PROPERTY

In 1994 Chilean legislation regulated the institution of family property. Chilean lawmakers opted to institute a formal system of encumbrance or creation of family property, encompassing the immovable property that is the family's main residence as well as the chattels with which the home is fitted. This formal system places its primary focus on judicial intervention and reporting mechanisms. This, in direct correspondence with, first, the various interests involved and, second, the effects encumbrance generates, appears to be an adequate mechanism, for it enables the reconciliation of the former and the specification of the latter. This short article proposes to review the forms established by legislators

tablecidas por el legislador para la afectación y desafectación de bienes familiares, dando cuenta de las principales controversias e interpretaciones que el sistema de constitución y desafectación ha generado.

for the encumbrance and disencumbrance of family property, giving an account of the main controversies and interpretations that the creation and disencumbrance system has generated.

(Trabajo recibido el 13-9-2010 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)

La transferencia de bienes muebles registrados en el Perú

por

MAX ADOLFO PANAY CUYA

*Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial
en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Abogado (e) de la Gerencia Registral de la SUNARP*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. INTERPRETACIÓN REALIZADA EN SEDE ADMINISTRATIVA (SUNARP).
- III. PARTICULARIDAD DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA PERUANO (DUALIDAD).
- IV. INAPLICACIÓN DE LA REGLA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 947 A LOS BIENES MUEBLES REGISTRADOS:
 1. LA CARACTERÍSTICA COMÚN ENTRE *MUEBLE* Y *MUEBLE REGISTRADO* ES DE ESCASA IMPORTANCIA.
 2. NUESTRO CÓDIGO CIVIL PREVÉ LA RELEGACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA *POSESIÓN* CUANDO EXISTE *PUBLICIDAD* (REGISTRO).
 3. EXISTIRÍAN DOS TIPOS DE PUBLICIDAD PARA EL *BIEN MUEBLE REGISTRADO*.
 4. EN LA HISTORIA MODERNA LA TRADICIÓN VA PERDIENDO ESPACIOS.
- V. EL ARTÍCULO 25 DEL REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR.
- VI. EL ARTÍCULO 34.1 DE LA LEY GENERAL DE TRANSPORTE (LEY 27.181):
 1. LA *FORMALIDAD* EN SENTIDO «AMPLIO».
 2. LA *FORMA* DENTRO DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO Y DEL CONTRATO.
 3. LA *FORMA* Y LA PUBLICIDAD (REGISTRO).
- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad existen *bienes muebles* que requieren de la seguridad (1) que brinda el Registro para su enajenación y circulación, y además, son importantes para el desarrollo económico del país. Empero, los individuos no tienen el poder de decidir los *muebles* que podrán acceder al Registro; sino que corresponde a una política legislativa su determinación. De esta manera, nuestro Código Civil prescribe que son *bienes muebles registrables* los establecidos por Ley (verbigracia: el Registro de Propiedad Vehicular).

Esta categoría de los *bienes muebles registrables* no tuvo mayor atención en los aproximadamente veintidós años de vigencia del Código Civil. Dicho contexto se ve alterado en el año 2006 a causa la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677); pues dentro de sus disposiciones utiliza, de una parte, la expresión *Registro Jurídico de Bienes* para comprender el conjunto de Registros de *bienes muebles* ya existentes que surten plenos efectos jurídicos, y de otra parte, abandona el término de *bien mueble registrable*, empleado en el Código Civil, para reemplazarlo por el término *bien mueble registrado*. Tal sustitución se justificaría por su afinidad con un proyecto de la comisión reformadora de nuestra codificación; sin embargo, solo es una decisión apresurada a fin de que las modificaciones acordadas en el proyecto sean incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, en lugar de orientarse a buscar la concordancia con el Código Civil vigente y dejar a un lado las aspiraciones de un simple proyecto. Sin perjuicio de nuestras reservas ya expresadas, no podemos desconocer la legislación y debemos tener en cuenta que el Código Civil cuando menciona la categoría *bien mueble registrable*, se está refiriendo a lo mismo que la Ley de la Garantía Mobiliaria denomina como *bien mueble registrado*. A efectos del presente trabajo se ha optado por el empleo de este último término.

La premisa del presente trabajo consiste en resaltar que en el Código Civil existe el reconocimiento de la categoría de los *bienes muebles registrables* —reemplazado, como ya se indicó, por el término de *bienes muebles registrados* a partir de la Ley de la Garantía Mobiliaria—. La crítica recae en la interpretación de que el sistema de transmisión de propiedad de dichos bienes corresponde ser asimilado al de los *bienes muebles* (art. 947 del CC) (2), esto es, el sistema del título y el modo (*tradición*). Así, la propuesta pretende reflexionar respecto a esta manera de entender la transferencia de los *bienes muebles registrados* con la finalidad de abrazar una interpretación que conclu-

(1) En la doctrina se explica en sus ámbitos: *seguridad estática* y *seguridad dinámica*. Legislativamente, el artículo 3, inciso *b*) de la Ley 26366, señala que una de las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) es «la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro».

(2) Artículo 947: «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente».

ya en su asimilación al sistema de transferencia de propiedad de los *bienes inmuebles* (sistema consensual) previsto en el artículo 949 del Código Civil (3). Cabe precisar que, los bienes incorpóreos tienen otras particularidades, y por ende, quedan excluidos de la interpretación propuesta.

Finalmente, el lector —en las sucesivas páginas— podrá percibir la referencia recurrente al Registro de Propiedad Vehicular y su justificación radica en que, por tiempo prolongado, el vehículo automotor ha sido el único bien corpóreo que tiene la calidad de *mueble registrado* (4). Después, con la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, el primero de junio de 2006, se les devolvió el carácter de *bienes muebles* a los buques, embarcaciones pesqueras y aeronaves.

II. INTERPRETACIÓN REALIZADA EN SEDE ADMINISTRATIVA (SUNARP)

El caso que exponemos ocurrió en el Registro de Propiedad Vehicular. El Registrador Público formula una observación a la solicitud de inscripción de transferencia de propiedad de un vehículo, por aporte a la constitución de una persona jurídica regulada por la Ley General de Sociedades y avisa al usuario que debe presentarse la *constancia de recepción* del *bien mueble*. En resumen, el fundamento de la observación consistió en que la transferencia de propiedad de un *bien mueble* se efectúa con la *tradición* (de acuerdo al art. 947 del CC); y por tal motivo, mediante documento debe quedar constancia de la entrega del bien.

Como puede apreciarse, el funcionario sustenta el pedido de una *constancia de recepción* por la calidad de *mueble* que tiene el bien objeto del aporte. Debe percatarse que la verificación de la transferencia de propiedad es por medios indirectos —*constancia*—, pues la *tradición* real consiste en la entrega del bien a quien debe recibirlo (conforme lo prescribe el art. 901 del CC) (5).

(3) Artículo 949: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

(4) Así, mediante Ley 24639 (publicada el 7 de enero de 1987), el Registro de Propiedad Vehicular se transfiere a la Oficina Nacional de los Registros Públicos del Ministerio de Justicia, constituyendo una sección del Registro de Bienes Muebles previsto en el artículo 2008 del Código Civil. Posteriormente, mediante Ley 26366 (Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos), el Registro de Propiedad Vehicular —entre otros— conforma el Sistema Nacional de los Registros Públicos. A pesar de esa realidad, la calificación y la aplicación registrales recientes fue realizada por los registradores con el Reglamento de Inscripciones y Arancel de Derechos del Registro de Propiedad Vehicular (Resolución 098-98-SUNARP, publicada el 16 de julio de 1998).

(5) Artículo 901: «La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece».

De igual manera, no podemos dejar de mencionar que esa interpretación constituye una práctica usual, y a manera de ejemplo, encontramos que el Tribunal Registral (órgano de segunda y última instancia en el procedimiento registral) mediante Resolución 863-2008-SUNARP-TR-L, de 15 de agosto de 2008, también se ha pronunciado en el sentido de que la transferencia de propiedad vehicular se efectúa con la *tradición* del bien, es decir, aplica el artículo 947 para un *bien mueble registrado*.

Refiriéndose al caso de un vehículo automotor, el Tribunal Registral sostiene lo siguiente: «*Finalmente, debemos señalar que la transferencia de propiedad de bien mueble se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente, según se señala en el artículo 947 del Código Civil; por tanto, dicha transferencia se produce extrarregistralmente*». Y como el caso concreto versa sobre una transferencia otorgada por el Ministerio de Agricultura, el Tribunal Registral en la nota a pie de la página 12 explica que: «*En el presente caso se presume que ya se ha realizado la entrega del bien por la copia del pedido comprobante de salida*».

III. PARTICULARIDAD DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA PERUANO (DUALIDAD)

El profesor Jorge AVENDAÑO explica que, en nuestro país, «*el sistema del título y modo funciona claramente tratándose de los bienes muebles. Así resulta del artículo 947 del Código Civil...*» (6), y agrega: «*En materia inmobiliaria, la distinción entre título y modo no existe en el Perú: el solo acuerdo de voluntades convierte al acreedor en propietario, dice el artículo 949. De lo cual resulta que el título basta para que la transferencia de propiedad se produzca. El modo no existe, o en todo caso, produce efectos que no son precisamente traslativos*» (7). Por ello, en la Exposición de Motivos del proyecto de ley 04919: «*Ley que regula los efectos de las inscripciones registrales*» —suscrito en conjunto con Lourdes FLORES NANO— manifestó que el Código Civil tiene un doble sistema de transferencia de propiedad (8).

Frente a esa realidad, han señalado que en nuestro sistema la publicidad de los derechos no deriva de criterios de valor, frecuencias de las transacciones, o de simultaneidad y naturaleza abstracta de los derechos, sino por una razón más simple: el criterio de movilidad de los bienes (9): «*A los bienes*

(6) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, «Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad», en AA.VV., *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, pág. 170.

(7) *Ídem*, pág. 171.

(8) Cfr. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey1995.nsf> (visitado el 7 de mayo de 2009).

(9) Respecto al criterio de movilidad, en contra: AVENDAÑO ARANA, Francisco, «*En realidad, la clasificación de bienes del Código Civil de 1936, recogida luego por el*

muebles corresponde la publicidad a través de la posesión, en tanto que a los bienes inmuebles corresponde la publicidad registral» (10).

Ahora bien, estimamos que —adicionalmente— es oportuno hacer hincapié en lo siguiente: a pesar que en el Código Civil de 1984 se optó por la clasificación de los bienes en *inmuebles* y *muebles*, reconoció una tercera categoría en las disposiciones contenidas en los artículos 2043 y 2044, esto es, los *bienes muebles registrables* (hoy *registrados*); sin embargo, el *sistema de transferencia* continuó desarrollándose sobre la base del binomio de la clasificación de bienes en *inmuebles* y *muebles* estableciendo un sistema diferente para cada uno. Planteamos la siguiente interrogante: ¿Qué sistema correspondería a los *bienes muebles registrados*? Para proporcionar la respuesta tiene importancia determinar si los *bienes muebles registrados* se asimilan al sistema de los *bienes inmuebles* (*solo consensus*), o de lo contrario, al sistema de los *bienes muebles* (título y modo: *traditio*).

IV. INAPLICACIÓN DE LA REGLA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 947 A LOS BIENES MUEBLES REGISTRADOS

Retornemos al caso que motivó el presente trabajo. Si bien es cierto que el vehículo automotor materia del aporte cuya inscripción fue solicitada es un *bien mueble*, también lo es que, tiene la particularidad de que se trata de un *bien mueble* que es *registrado*. Entonces, ¿cuál sería el sistema que debe aplicarse para la transferencia de los *bienes muebles registrados*? Estimamos que el resultado de la actividad interpretativa (11) debería obtener como conclusión que el *sistema de transferencia* aplicable a los *bienes muebles registrados* es el correspondiente a los *inmuebles*, esto es, el sistema de transferencia de propiedad consensual (*solo consensus*); y por ende, nos apartamos del *sistema del título y modo* previsto para los *bienes muebles* en el artículo 947 del Código Civil.

Código Civil de 1984, se hizo en parte sobre la base de un criterio económico: las garantías. Por eso se puede decir que la clasificación no atiende a la naturaleza de los bienes (movilidad o no), sino a un criterio legal. Es la ley la que determina qué bienes son muebles y qué bienes son inmuebles» (en AA.VV., *Código Civil comentado*, pág. 43).

(10) ENDO OLASCUAGA, Víctor, «El régimen de transferencia de propiedad y saneamiento registral desde un enfoque de administración territorial», en AA.VV., *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, pág. 190.

(11) Así se plantea una *interpretación correctora*, apelando a que no puede obtenerse resultados absurdos en sede de aplicación: «no se debe atribuir a un determinado documento normativo su significado literal, ya que entendido de ese modo expresaría una norma absurda, o bien una norma que daría lugar a resultados absurdos en sede de aplicación». Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, pág. 216 y sigs.

Las objeciones o reparos para aplicar la disposición contenida en este último artículo son las siguientes:

1. LA CARACTERÍSTICA COMÚN ENTRE *MUEBLE* Y *MUEBLE REGISTRADO* ES DE ESCASA IMPORTANCIA

De un lado, los *bienes muebles registrados* y los *bienes muebles* tienen la característica en común de la *movilidad*, por tanto, constituye el único criterio para pretender aplicar extensivamente el artículo 947 del Código Civil a los *bienes muebles registrados*. De otro lado, los *bienes muebles registrados* también tienen las siguientes características en común con los *bienes inmuebles* que no han sido consideradas: la individualización del bien y la inscripción en el Registro (publicidad). Dado que el criterio de *movilidad* se explica por sí solo, nos detendremos un momento en las otras características de los *bienes muebles registrados* que son comunes a los *bienes inmuebles*.

En cuanto a la característica de la *individualidad*, ésta constituye un elemento esencial que forma parte del concepto mismo de bien y permite su determinación como objeto de la relación jurídico-real. Así, en materia de derechos reales y derecho registral, la exigencia de determinación del bien se concreta en el principio de especialidad, esto es, la individualización requiere de una delimitación que le separe o distinga de los demás bienes, y a la vez, que sea unidad para diferenciarlo de sus partes integrantes (12).

Mateo GÓMEZ explica lo siguiente: «La regla más básica que puede adoptarse para identificar una cosa mueble, esto es, para distinguirla claramente de otras de su especie, consiste en describirla por sus señas propias o características. Interesarán, por ejemplo, la marca, modelo, número de fabricación y otros indicadores propios análogos, según las peculiaridades de cada cosa en un sector tan heterogéneo» (13).

En cuanto a la característica de que los derechos sobre el bien pueden ser objeto de *publicidad* a través de la inscripción en el Registro (14), Antonio PAU PEDRÓN nos explica que la oponibilidad es el rasgo frecuente en todos estos Registros de seguridad jurídica (15). En nuestra legislación dicho rasgo está previsto en forma conjunta con otros más, que a manera de ejemplo, podemos mencionar el control de legalidad mediante la calificación y la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del Registro. Así, este rasgo común caracteriza a la *publicidad* (Registro) al grado de sostenerse que la

(12) Cfr. GÓMEZ MATOS, Mateo, *El Registro de Bienes Muebles*, págs. 62-63.

(13) *Ídem*, pág. 65.

(14) En adelante se preferirá mencionar esta característica de la siguiente manera: *publicidad* (Registro).

(15) Cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *La publicidad registral*, págs. 332-333.

oponibilidad como efecto de la inscripción (declarativa) es *conformadora* o *configuradora* (16) de la *plena eficacia del derecho real* (17).

De manera didáctica, Aurelio CANDIAN comenta que la publicidad tiene una doble función: la primera, consiste en facilitar a cada miembro de la colectividad el conocimiento de determinados eventos (generalmente negocios jurídicos); y la segunda, consiste en oponer a los terceros los eventos publicados, es decir, con la oponibilidad se cumple la función de *garantizar una relación* contra la acción de eventos no conocidos porque no accedieron al Registro (18). Con esta idea de *garantía* se explica la oponibilidad; toda vez que, los derechos reales son oponibles *erga omnes*, sin necesidad de que accedan al Registro. Así, la publicidad del derecho real cumple la función de garantía o aseguramiento del derecho del adquirente frente a eventos que desconociera (19).

Para culminar con esta sucinta explicación, no debe olvidarse que esta característica conformada por la *publicidad* (Registro) tiene fundamento, de acuerdo a las palabras de Ludovico BARASSI, en que la *posesión* como exigencia cautelar a fin de que el *bien mueble* no participe del tráfico jurídico —circulación del bien— es incompatible con los *bienes muebles registrados* que requieren una rápida posibilidad de circulación para su normal aprovechamiento económico (20).

Una vez estudiados los párrafos precedentes, no resulta extraño apreciar que las características de *individualidad* y *publicidad* (Registro) tienen mayor trascendencia frente a la característica de *movilidad*. La doctrina no es ajena a esta realidad, Salvatore PUGLIATTI ha manifestado que el Registro al constituirse como una característica que comparte con los *bienes inmuebles*, ha permitido la identificación de la categoría de los *muebles registrados* recogido en el artículo 815 del Código Civil italiano de 1942 (21). Así, en el ámbito nacional con la nominación de *bienes muebles registrables* (hoy *registrados*)

(16) Se define la inscripción conformadora o configuradora como: «aquella inscripción que sin determinar la existencia del derecho real, contribuye a la plena conformación o configuración del derecho real respecto a terceros». «Inscripción conformadora o configuradora de la eficacia real plena del derecho real» viene a ser equivalente a una especie de «inscripción constitutiva solo respecto a terceros»» (GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, pág. 565)

(17) Esta definición de *oponibilidad* es expresada por Antonio PAU PEDRÓN sobre la base de la explicación del principio de inscripción que refiere José M. GARCÍA GARCÍA, pues —a decir del primero de los autores mencionados—: «García García engloba la *oponibilidad* en el principio de inscripción» (cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 333).

(18) Cfr. CANDIAN, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*, pág. 489.

(19) Por ello, no compartimos lo manifestado por Luigi CARIOTA FERRARA cuando explica que: «Los negocios son inoponibles a los terceros porque las partes no han cumplido frente a éstos una carga de legalidad que les incumbía, como la de darles publicidad por medio de la transcripción» (*El Negocio Jurídico*, pág. 324).

(20) Cfr. Nota a pie de página 69, citado por GÓMEZ MATOS, Mateo, *op. cit.*, pág. 51.

(21) Cfr. Nota a pie de página 67, *ibídem*.

en el artículo 2043 también podemos encontrar un reconocimiento en nuestro Código, aunque sin la regulación que le concede su par italiano.

Seguramente, estos elementos comunes a los *inmuebles* y de mayor preponderancia que el simple criterio de *movilidad* han permitido a la doctrina francesa —desde hace más de cuarenta y cinco años— señalar que «*el mueble matriculado está sometido a un régimen jurídico que se asemeja más al de la propiedad inmobiliaria que al de la propiedad mobiliaria*» (22). En el caso italiano, Alberto TRABUCCHI —sobre la base de la regulación legal de su país— manifiesta que a tales bienes se aplica un régimen especial de enajenación, de garantía y de publicidad, que se aproxima al establecido para los *inmuebles* (23).

Cabe precisar que esta asimilación al régimen de la propiedad inmobiliaria no significa entender que el *bien mueble* se considere ahora como *inmueble*. Nos explicamos, el bien sigue teniendo la calidad de *mueble*, solo que el régimen inmobiliario de transferencia de propiedad es el más adecuado para ser utilizado por tener el carácter registrable. Ludovico BARASSI lo enfatiza certeramente cuando señala que los *bienes muebles registrados* siguen siendo *muebles* a pesar que se apliquen disposiciones referentes a los *bienes inmuebles* (24).

2. NUESTRO CÓDIGO CIVIL PREVÉ LA RELEGACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA POSESIÓN CUANDO EXISTE PUBLICIDAD (REGISTRO)

Previamente, observemos la regulación sobre el bien mueble planteada por el Código Civil italiano de 1942: el artículo 1153 señala como regla que aquel a quien son enajenados *bienes muebles* por parte de quien no es propietario de ellos, adquiere su propiedad mediante la posesión (siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transferencia de propiedad). Además, en el artículo 1156 dispone la exclusión de su aplicación para los *bienes muebles* inscritos en los Registros Públicos, esto es, prevé que la consecuencia jurídica del artículo 1153 no se aplica a los *bienes muebles registrados*. En tal sentido, se ha manifestado que: «*La jurisprudencia italiana ha dejado claro que el principal efecto de la distinción entre bienes muebles y bienes registrables es que, en cuanto interviene la efectiva inscripción de un bien mueble en el Registro, éste queda excluido de la disciplina del artículo 1153*» (25).

(22) RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Tomo VI, pág. 386.

(23) TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, pág. 415.

(24) Cfr. Nota a pie de página 69, citado por GÓMEZ MATOS, Mateo, *loc. cit.*

(25) *Ibidem*.

Podría argüirse que la comparación con dicho ordenamiento no sería pertinente porque, a diferencia del nuestro, contiene disposiciones que reflejan el trato similar a los *inmuebles* y los *muebles registrados*, máxime si dicha legislación es fiel al principio de la transferencia consensual (26); sin embargo, aun reconociendo que en nuestra legislación no hay una disposición como la contenida en el artículo 1156 del Código Civil italiano, tenemos seguridad de que esta situación podemos superarla si examinamos lo siguiente:

- A) Como ya se indicó, en nuestra codificación el artículo 2043 se limitó a nominar la categoría de los *bienes muebles registrables* (hoy *registrados*); y por ende, permanece en el campo de la actividad interpretativa poder encuadrar adecuadamente dicha categoría con el resto de las disposiciones del Código Civil que mantiene la *summa divisio* entre *bienes inmuebles* (sistema consensual) y *bienes muebles* (sistema del título y modo).
- B) Se acusa que nuestro Código Civil, vigente desde 1984, *parecería* partir del presupuesto de una clasificación de bienes en registrables y no registrables que, finalmente, no fue aprobada por el legislador, pues mantuvo la clasificación de bienes en inmuebles y muebles. Teniendo presente estos antecedentes que informan respecto de la elección del legislador del Código Civil de desestimar la nueva clasificación propuesta, alguna doctrina ha afirmado que la omisión de *corregir* la nominación de *bien mueble registrable* en el Código Civil genera incoherencias en el sistema (27). No compartimos esa apreciación, y a diferencia de lo antes manifestado, sostenemos que la aislada nominación de *bien mueble registrable* (hoy *registrado*), señalada en el Código Civil, brinda la posibilidad de acudir a la interpretación con el propósito de impedir la incoherencia en el sistema. Así, constituye una referencia de apoyo a esta labor interpretativa poder verificar que en el Código Civil italiano la categoría del *bien mueble registrado* guarda coherencia con la clásica clasificación de bienes en inmuebles y muebles.
- C) Reiteramos, no existe un artículo como el 1156 del Código Civil italiano; empero, el artículo 948 de nuestro Código Civil (28) se

(26) BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, pág. 667. Asimismo, ver los artículos 815, 1153, 1156, 2644, 2683 del Código Civil italiano. Sin embargo, corresponde precisar que las provincias italianas del Trentino-Alto Adige han conservado el sistema de tábulas en donde la publicidad es constitutiva (cfr. FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, págs. 277-278).

(27) Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo X, pág. 199.

(28) Artículo 948: «*Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de*

limita a regular la adquisición de propiedad respecto a una cosa mueble y no hay regulación expresa en cuanto a los *bienes muebles registrados*. Por tal razón, la regla del artículo 948 para las cosas muebles no debería aplicarse *prima facie* para los *bienes muebles registrados*, o dicho en otras palabras, no deberían equipararse de manera irreflexiva los *muebles* y los *muebles registrados*.

- D) ¿Existe justificación para no equiparar los *bienes muebles* y los *bienes muebles registrados*? Sí, porque —adicionalmente a las opiniones vertidas por la doctrina extranjera— se observa en los artículos 912 y 914 de nuestro Código Civil la regulación de situaciones en donde la *publicidad* (Registro) obtiene preponderancia sobre la *posesión*, y por ende, resultaría contradictorio pretender desconocer estas disposiciones que forman parte de la misma codificación y aplicar a los *bienes muebles registrados* disposiciones que giran en torno a la *posesión* (arts. 947 y 948).

Debe advertirse que, las disposiciones plasmadas en los artículos 947 y 948 del Código Civil tienen como supuesto de hecho la existencia de cosas *muebles*, mas no de *bienes muebles registrados*. Por ello, la inaplicabilidad se comprobará si confrontamos lo previsto por el codificador nacional en relación con la *publicidad* (Registro) y la *posesión*:

- a) Ante el *supuesto de hecho* de un propietario con derecho inscrito, en el artículo 912 del Código Civil (29) se establece la siguiente *consecuencia*: no se aplica la presunción relativa de propiedad prevista para el poseedor del bien (sea mueble o inmueble). Al respecto, resulta sobresaliente encontrar en la Exposición de Motivos el siguiente comentario: «establecer que esta presunción no puede oponerse al propietario con derecho inscrito, [...] representa un indudable avance y una lógica consecuencia de los principios registrales» (30).
- b) Ante el *supuesto de hecho* de que exista un Registro para el bien (sea mueble o inmueble), señalando como titular a una persona diferente al poseedor, en el artículo 914 del Código Civil (31) se establece la siguiente *consecuencia*: no es aplicable la presunción relativa sobre

facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal».

(29) Artículo 912: «El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito».

(30) Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, pág. 169.

(31) Artículo 914: «Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona».

la buena fe de este último (el poseedor). Nuevamente, destaca en la Exposición de Motivos la siguiente explicación: «*La norma en comentario (...), consigna una prescripción de toda lógica al establecer que no se aplica la presunción de buena fe si el bien estuviera inscrito en el Registro a nombre de otra persona. Precisamente uno de los principios fundamentales de la institución registral es la publicidad y como es sabido, no se puede alegar ignorancia de los asientos inscritos en los Registros Públicos*» (32).

Resulta notorio que favorece a nuestra posición que las disposiciones contenidas en los citados artículos utilicen términos amplios como *derecho inscrito* o *bien inscrito*; por cuanto, permite inferir que dichas reglas son aplicables a los bienes *muebles* inscritos, es decir, los *bienes muebles registrados*. Asimismo, un dato adicional no menos importante reside en anotar que nuestro legislador del Código Civil —como se puede entrever por la Exposición de Motivos de los referidos artículos— siempre tuvo en consideración las implicancias de la *publicidad* (Registro); y por ende, apreciamos que también en nuestro ordenamiento se dispone que ciertos efectos de la *posesión* cedan ante la presencia de la *publicidad* (Registro).

Es cierto que una comisión reformadora del Código Civil ha aprobado distinguir los bienes en *registrados* y *no registrados*, empero suponer que las soluciones las encontraremos mediante las modificaciones legislativas, olvida que la labor interpretativa es vital para el desenvolvimiento de nuestra cultura jurídica.

De acuerdo con la exposición, es importante evaluar que si los operadores jurídicos mantienen una postura que concluye en la aplicación del artículo 947 del Código Civil para los *bienes muebles registrados*, no coadyuva a la *seguridad jurídica* que brinda el Registro; debido a que la *tradición* real (publicidad posesoria) superaría a la inscripción del acto (publicidad del Registro). Además, esta preponderancia de la *posesión* sería incoherente con las reglas establecidas en los artículos 912 y 914 del Código Civil; pues, si hay inscripción de algún derecho sobre el bien, entonces la *posesión* queda restringida de determinados efectos.

3. EXISTIRÍAN DOS TIPOS DE PUBLICIDAD PARA EL BIEN MUEBLE REGISTRADO

Antonio PAU PEDRÓN manifiesta que: «*El sistema que exige cumulativamente título y modo para la adquisición de derechos reales responde a una atenta apreciación de la naturaleza de los derechos: a través del título se constituye el derecho obligacional —que se limita a vincular a las*

(32) *Ídem*, pág. 170.

partes—; a través del modo se constituye el derecho real —que afecta a la generalidad de personas—» (33).

Llevado a nuestro ordenamiento, el modo consiste en la *tradición* (entrega) y está previsto en el artículo 947 del Código Civil. Esta disposición legal pretendería aplicarse a los *bienes muebles registrados*, a fin de que el derecho real afecte a la generalidad de las personas. Entonces, ¿para qué la inscripción en el Registro?, ¿es coherente mantener la tradición y el Registro? Verificando la evolución histórica del modo podremos obtener una respuesta.

El citado autor comenta que la evolución histórica del modo se ha producido siguiendo la evolución de la sociedad. El modo podía ser una serie de simples formalidades negociales externas —fórmulas públicas— en comunidades reducidas. Posteriormente, fue traslado posesorio en comunidades más evolucionadas, pero con contacto personal entre sus miembros que tenían vida social compartida. Finalmente, cuando surgen las ciudades y el anonimato de sus habitantes (siglo XVII), ni las fórmulas públicas ni la posesión sirvieron para dar a conocer a la sociedad los derechos reales que se constituyen (34).

De esta manera, el modo en su forma tradicional de traslado posesorio comenzó a perder su función y se generalizan las formas ficticias de entrega. Los ordenamientos europeos no rompen, hasta el siglo XIX, con esta *evolución degenerativa* —en palabras de PAU PEDRÓN—. La ruptura se produce por dos vías: la supresión del modo (Derecho francés, imitado luego por el italiano y el portugués) y la atribución a la inscripción registral de la función de modo (Derecho prusiano, seguido por otros ordenamientos germánicos) (35).

Si desconociendo estos antecedentes consideramos que resulta de aplicación el artículo 947 de nuestro Código Civil a los *bienes muebles registrados*, entonces se mantiene en forma conjunta la *tradición* como forma exclusiva de cumplimiento del modo y la inscripción registral con efectos declarativos —*publicidad* (Registro)— (36).

Esta percepción del sistema de transferencia acarrea las siguientes consecuencias:

En primer lugar, se exige el cumplimiento de un tipo de publicidad inoperante (esto es, la *tradición*) antes de llevarse a cabo el tipo de publicidad eficaz como lo es la inscripción en el Registro; y

En segundo lugar, el tipo eficaz, es decir, la *publicidad* (Registro) no podría conducirse en la realidad; porque, si es voluntaria la inscripción de las transferencias, entonces el Registro tendería a una reducida utilidad so-

(33) PAU PEDRÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 369.

(34) *Ibidem*.

(35) *Ídem*, pág. 370.

(36) En el caso de vehículos automotores, la inscripción es voluntaria con excepción de la primera inscripción de la propiedad, que sí es obligatoria. En el caso de embarcaciones pesqueras, buques y naves, la inscripción es obligatoria.

cial por la interrupción del *tracto*, como sucede en el caso del vehículo automotor (37).

Según MATEO GÓMEZ: «*La aparición de nuevos Registros mobiliarios demuestra que la posesión sigue teniendo un papel relevante en lo que es su función fundamental: desarrollar la inmediatez con la cosa. Pero respecto a los bienes identificables y valiosos tiene una posición cada vez más secundaria. Para ser preciso, debe decirse que (la) publicidad de los bienes muebles quedará reservada al Registro en los bienes que a él accedan*» (38).

4. EN LA HISTORIA MODERNA LA TRADICIÓN VA PERDIENDO ESPACIOS

Frente a la propuesta de interpretar que el sistema de transferencia de propiedad consensual puede ser aplicado también a los *bienes muebles registrados*, también debemos ponderar que no es un supuesto aislado; pues, existen otros casos en donde el sistema de transferencia de los *bienes muebles*, a pesar de no ser registrados, resultan en la práctica ser *solo consensus*. ¿Cuáles son estos casos? La transferencia de propiedad realizada mediante la *tradición ficta*.

En efecto, Gustav BOEHMER, comentando el Código Civil alemán, señala que en dicho cuerpo legal se adoptó fundamentalmente el *principio de la tradición* (39) para el tráfico de cosas muebles (parágrafo 929). Las razones para elegir dicho principio se sustentaron en el interés por la notoriedad de las relaciones jurídicas reales y en el carácter perceptible de la voluntad de transmisión. Sin embargo, estima el *solo acuerdo* (40) como suficiente para la transferencia en los siguientes casos: el adquirente ya se encuentra en posesión de la cosa (parágrafo 929, prop. 2) (41), y además, en el supuesto del constituto posesorio (parágrafo 930) (42). Por lo expuesto, el citado autor

(37) Cfr. *ibidem*.

(38) GÓMEZ MATOS, Mateo, *op. cit.*, pág. 154.

(39) Si bien es cierto que en el caso alemán la *tradición* se trata de un acuerdo real abstracto transmisivo, no enerva la pertinencia del comentario realizado por el autor citado.

(40) Este *solo acuerdo* es el acuerdo de las partes respecto a la transmisión de la propiedad, es decir, se trata de un acuerdo abstracto. Cfr. KRONKE, Herbert, «La transmisión de la propiedad en Derecho alemán», en *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Coordinador: Francesco Galgano, pág. 204.

(41) Parágrafo 929: «*Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad*» (subrayado es agregado).

(42) Parágrafo 930: «*Si el propietario está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que entre él y el adquirente sea pactada una relación jurídica en cuya virtud el adquirente obtiene la posesión mediata*» (supuesto del constituto posesorio).

afirma que se «ha quebrantado tan duramente la necesidad de tradición al admitir formas invisibles de la misma que se realizan sin ninguna clase de cambio de lugar de la cosa, que el cuadro de conjunto, considerado a la luz de la vida jurídica práctica, manifiesta una innegable aproximación al principio francés» (43).

Por su parte, Franz WIEACKER explica que: «El “principio del consentimiento”, de este modo expresado (transmisión por contrato obligatorio de enajenación), influyó especialmente sobre la ciencia francesa del Derecho Privado y también sobre los Códigos alemanes iusnaturalistas, que, aferrados al principio de la tradición, por lo menos favorecieron la llamada traditio ficta con sustitutivos de la tradición, especialmente en el Código Civil austríaco» (44).

En Italia, Luigi FERRI manifiesta que la eliminación previa de la tradición, para poder vincular directamente los efectos reales con el consentimiento (es decir, con el contrato), se ha logrado gradualmente a través de las figuras de la *traditio brevi manu* (en virtud del cual, por acuerdo, el mero tenedor se transforma en poseedor) y del *constituto possessorio* (se realiza el fenómeno inverso y el poseedor se convierte, siempre por acuerdo, en mero tenedor; y con ello, confiere la posesión al adquirente). «Tales figuras terminaban por espiritualizar la traditio quitándole el carácter de la realidad y, en definitiva, por absorberla o englobarla en el consentimiento» (45).

En el ámbito nacional, Freddy ESCOBAR (sobre la base de las ideas del profesor Luis Díez-PICAZO) hace la siguiente exposición:

Como resulta evidente, la tradición ficta por cambio de título posesorio es una ficción legal, en tanto que considera producido un desplazamiento físico que en realidad no ha existido. En efecto, la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium* no suponen la realización de hecho jurídico alguno. Cuando se presentan, el desplazamiento físico de la cosa no existe, aunque el ordenamiento, por una ficción (...), lo considere efectuado. Ahora bien, cuando la transferencia de la propiedad mueble se produce al amparo de dicha tradición, es obvio que el contrato resulta ser el único hecho jurídico que se requiere para (que) operen los artículos 902 (46) y 947 del Código Civil. En tal sentido, el efecto jurídico dispuesto por tales artículos tiene que ser atribuido directamente al contrato. Por lo tanto, si bien es cierto que el Código Civil recoge la teoría del título y el modo para el caso de la transferencia de

(43) Cfr. BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la Jurisprudencia*, págs. 71-72.

(44) WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, pág. 252.

(45) FERRI, Luigi, *op. cit.*, pág. 250.

(46) Artículo 902: «La tradición también se considera realizada: 1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo. 2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo desde que es comunicada por escrito».

propiedad mueble, ésta solo juega en los casos en los que dicha transferencia se perfecciona con la tradición real (47).

Las consideraciones de los autores citados destacan que la transferencia de propiedad consensual (*solo consensus*) ya es reconocida ante los supuestos de *tradición ficta*, y por ende, los *bienes muebles* a los que se aplique dicha forma de *tradición*. Por tal motivo, se ha preferido el uso de citas textuales con la intención de quebrar el paradigma percibido en las aulas universitarias de nuestro país en el sentido de no admitir la consecuencia práctica que implica la *tradición ficta*; esto es, no hay entrega física del bien, sino solo contrato. Por ello, estimamos que sobre la base de los fundamentos esgrimidos en el presente trabajo, no debería ser desacertado aceptar que también el sistema de transferencia consensual (*solo consensus*) puede ser evaluado para su aplicación a los *bienes muebles registrados*.

V. EL ARTÍCULO 25 DEL REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR

Si nos detenemos a verificar lo prescrito en el artículo 25 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, podría estimarse que nuestra labor en la interpretación ha resultado inútil; no obstante, dicha reglamentación merece varias reflexiones relacionadas con la transferencia de propiedad del vehículo automotor (*bien mueble registrado*), y para tal fin, transcribimos la parte pertinente de la disposición reglamentaria:

Toda transferencia de propiedad de vehículos por acto entre vivos se inscribirá en mérito al acta notarial de transferencia de propiedad vehicular, con las siguientes reglas: [...] b) Se presumirá, para efectos registrales, que una vez otorgada el acta respectiva, se ha hecho la tradición del vehículo, salvo que se desprenda del mismo documento lo contrario. En este último caso no podrá inscribirse el título y el registrador deberá observarlo a fin que mediante otro instrumento notarial ambas partes declaren que se ha hecho tradición del vehículo. [...] (48).

(47) ESCOBAR ROZAS, Freddy, «El contrato y los efectos reales (análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)», en AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, pág. 248.

(48) Aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 087-2004-SUNARP-SN del 1 de marzo de 2004, y modificada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 112-2005-SUNARP-SN (publicada el 12 de abril de 2005 y vigente a partir del 25 de abril de 2005).

En primer lugar, la disposición reglamentaria establece una presunción relativa cuya eficacia se limita al procedimiento de inscripción registral —específicamente en la calificación registral— y dispone que a determinado hecho acaecido en la realidad (el otorgamiento del *acta notarial de transferencia de propiedad vehicular*) haga presumir que la *tradición* del vehículo ha sido realizada.

La presunción es definida como: «...la inducción de la existencia de un hecho desconocido, de la de uno conocido, basada en el presupuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos en que entra aquel hecho conocido» (49).

Dejando de lado los comentarios respecto a si la presunción solo tiene repercusiones en el ámbito registral como supuestamente se ha pretendido esbozar, comprobamos que la presencia del elemento *tradición* indica inequívocamente que la disposición reglamentaria de marras asume el presupuesto de que la transferencia de propiedad del vehículo automotor se rige por la regla del artículo 947 del Código Civil, es decir, exactamente lo opuesto a lo que sostenemos. Ahora bien, ¿por qué se habría adoptado esa postura? Si centramos por un momento la atención a la doctrina española será posible explicar la postura adoptada en el reglamento.

En relación con la *tradición* y la *inscripción* existen posiciones disímiles en el país ibérico. MONTÉS PENADÉS señala que, según la mayoría de los autores, el régimen registral no altera el sistema del título y modo; sino que cumplen una función distinta de prueba y defensa (50). Asimismo, distintos autores españoles realizan un breve resumen de las posiciones vertidas en su doctrina: para ROCA SASTRE la tradición conserva su papel, pero después de la inscripción se produce una presunción *iuris tantum* de que el título está completo; SANZ FERNÁNDEZ explica que la legislación hipotecaria se inhibe y abandona el problema al Derecho Civil porque la tradición real es un hecho ajeno al título y no puede ser considerado como un requisito de la inscripción; DE LA RICA entiende que la inscripción suple a la tradición: La propiedad no inscrita se rige por el sistema del Código Civil (se transmite a consecuencia de ciertos contratos seguidos de tradición), y la propiedad inscrita se perfecciona con la inscripción del título traslativo sin necesidad de que se justifique la tradición; LACRUZ BERDEJO sostiene que la inscripción no excluye a la tradición, ni concurre con ella, pues se trata de dos elementos de distinta naturaleza: la primera perfecciona la adquisición, y la segunda la dota de publicidad (51).

(49) COVIELLO, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 648.

(50) Cfr. MONTÉS PENADÉS, V., «La dinámica de los Derechos Reales (I). La adquisición», en AA.VV., *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 111-112.

(51) Cfr. *Ibidem*. Asimismo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 1999, tomo I, págs. 98-100. CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 233-234.

Frente a estas posiciones, Antonio MONSERRAT entiende que la *tradición instrumental* ha restado importancia práctica al problema si la *inscripción* suple o no a la *tradición* (52). Esta apreciación tiene justificación; debido a que, en la legislación española existe el párrafo 2.º del artículo 1462 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: «*cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa que fuere objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*» (53). Como es posible ver, si el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega; entonces, la *tradición real* queda relegada. Es más, la jurisprudencia española respecto a la *tradición instrumental* prevista en su Código Civil ha manifestado que no establece una presunción *iuris tantum* rebatible por cualquier medio, sino que, solo decae dicha presunción cuando en la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario; y sobre la base de esta interpretación realizada por la jurisprudencia, advertimos que lo importante es la *tradición instrumental* y no la *tradición real* (54). Lamentablemente, en la elaboración de nuestro reglamento no se ha tenido en cuenta esta importante doctrina.

Si efectuamos una revisión de las posiciones antes mencionadas, podría inferirse que muy posiblemente la redacción de nuestra disposición reglamentaria se encuentra influenciada, en la doctrina extranjera, por los españoles Ramón María ROCA SASTRE y José Luis LACRUZ BERDEJO al sostenerse que la *tradición* mantiene su vigor. Por su parte, en el ámbito nacional, parecería coincidir con lo expuesto por el profesor Jorge AVENDAÑO cuando señala que la parte final del artículo 947 del Código Civil (es decir, la expresión *salvo disposición legal diferente*) está relacionado a los *bienes muebles registrados*, para los cuales la transferencia requiere de la tradición y la inscripción en el Registro. Lo explica con el siguiente ejemplo: «... *en caso de la transferencia de un automóvil, la tradición o entrega no es suficiente. Se requiere adicionalmente que la transferencia quede inscrita en el registro respectivo. (...) Hay pues determinados bienes muebles para cuya transferencia la ley establece una formalidad adicional a la tradición*» (55) (El subrayado es agregado).

(52) MONSERRAT VALERO, Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 176.

(53) PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, pág. 99.

(54) Cfr. ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, tomo I, pág. 326.

(55) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, «Transferencia de la Propiedad Mueble en el nuevo Código Civil», en *Themis - Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 4, año 1986, pág. 6.

No obstante, debe tenerse presente que en un artículo posterior explica la expresión *salvo disposición legal diferente*, abandonando el ejemplo relacionado al vehículo automotor para reemplazarlo por las acciones de las sociedades anónimas. Veamos: «*El artículo 947, antes citado, tiene una frase final que dice "salvo disposición legal diferente".*»

Una vez librados de la presunta influencia de cierta doctrina, es posible analizar la presunción reglamentaria y preguntar qué implicancias podemos obtener de la misma. Sin la menor duda, el *acta notarial de transferencia de propiedad vehicular* es el único *hecho jurídico* que se requiere para aplicar la presunción de *tradición*, y de esta manera, entender que estaríamos cumpliendo lo previsto en el artículo 947 del Código Civil. Lo que no está reconocido consiste en notar que el *efecto jurídico* dispuesto por el reglamento es atribuido no al *acto de entrega* (*tradición real*), sino directamente al *acta notarial de transferencia* (generalmente contiene un contrato de compraventa); y por ende, si bien se ha pretendido aplicar el sistema del título y el modo, en la realidad, el contrato formalizado en el *acta notarial de transferencia* es el hecho jurídico decisivo. Así, paradójicamente estaríamos más próximos al sistema de transferencia consensual (*solo consensus*).

En segundo lugar, la disposición reglamentaria establece que si del documento se desprende que no hubo *tradición*; el Registrador Público emitirá su pronunciamiento denegando la solicitud de inscripción (observación), con la finalidad de que las partes contratantes declaren mediante otro instrumento notarial que se ha hecho *tradición* del vehículo.

Esta declaración requerida por el reglamento nos recuerda a lo ocurrido en el antiguo Derecho francés respecto a los *inmuebles*, en donde, las escrituras notariales indicaban *mendazmente* que había tenido lugar la *tradición*, pues en los documentos se insertaban cláusulas como *vendidit et tradidit* (*vendió y entregó*), las mismas que se denominaban cláusulas de *desposeimiento-poseción* o cláusulas de *devest-vest*; en consecuencia, la *tradición* se convertía en una indicación en el documento (56). Asimismo, respecto a los *muebles* se decía lo siguiente: «*Por ser más fácil de realizar la “tradición de los muebles”, la transmisión de propiedad no daba apenas lugar a dificultades. Sin embargo, el desenvolvimiento del comercio hacía igualmente necesaria una transmisión de propiedad de los muebles antes de cualquier desposeimiento del enajenante*» (57).

En nuestro país también es factible advertir la presencia de este tipo de cláusula indicando la realización de la *tradición* del bien (vehículo automoto-

Esto quiere decir que puede haber una norma que diga que la transferencia de propiedad de ciertas cosas muebles no se produce con la tradición sino mediante una formalidad distinta. Sería el caso, por ejemplo, de la enajenación de las acciones de las sociedades anónimas, respecto de las cuales no basta la entrega del título de acciones. Se requiere además el endoso del mismo y la inscripción del acto en la matrícula de acciones de la sociedad» (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, «Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad», en *op. cit.*, pág. 170).

(56) Cfr. MAZEUD, Henri; MAZEUD, León, y MAZEUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, vol. IV, págs. 326-327. RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean, *op. cit.*, págs. 196-197.

(57) MAZEUD, Henri; MAZEUD, León, y MAZEUD, Jean, *op. cit.*, pág. 328.

tor). En efecto, antes de establecer al *acta de transferencia de propiedad vehicular* como documento idóneo para el acceso al Registro (58), mediante la Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos 201-2000-SUNARP-SN, del 13 de octubre de 2000, se había aprobado un modelo de contrato de compraventa de vehículo (de utilización no obligatoria) en cuya cláusula 5 prescribía lo siguiente: «Las firmas de las partes contratantes, puestas al final de este contrato, son constancia suficiente de la entrega por parte del vendedor del vehículo descrito en el punto 3 y de su recepción por el comprador». Quienes reparen que este modelo de contrato fue utilizado por un tiempo poco prolongado —aproximadamente los años 2000 y 2001—; no deben olvidar que similar cláusula ya existía con anterioridad en otro modelo de contrato de compraventa, pero esta vez aprobado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, porque en esos momentos el Registro de Propiedad Vehicular se encontraba administrado por dicha Entidad. Un dato anecdótico adicional, ese modelo de contrato fue utilizado hasta el año 2000, es decir, cuando el Registro ya formaba parte de la SUNARP.

Por consiguiente, en el caso de que en el acta de transferencia no se desprenda la *tradición*, nuestro reglamento mantiene la artificiosa idea de *comprobarla* a través de una declaración en documento.

En tercer lugar, la disposición reglamentaria se limita a establecer la presunción cuando está presente el siguiente hecho jurídico: *acta de transferencia de propiedad vehicular*, sin estimar que no constituye el único instrumento que accede al Registro para la transferencia de propiedad vehicular. Por ejemplo, ¿qué sucede frente a solicitudes de inscripción de transferencia presentando otro instrumento como una escritura pública de aporte de capital? Resulta que la presunción no sería aplicable y retornaríamos a la inserción de una cláusula de estilo que podría ser *aportó y entregó*; dicha cláusula ya ha sido objeto de crítica en los párrafos precedentes y nos eximimos de mayores comentarios.

En cuarto lugar, el reglamento no es uniforme en cuanto al tema de la *tradición*; debido a que existen circunstancias específicas en donde el Registrador Público procede a la inmatriculación del vehículo indicando el derecho de propiedad del último adquirente, sin verificar la *tradición real* del bien, o mejor dicho, sin verificar la indicación —a través de documento adicional— de que se realizó la *tradición*. Nos explicamos con un ejemplo: de acuerdo con el artículo 12, inciso *a*), del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, si antes de solicitar la inmatriculación una empresa comercializadora o distribuidora de los vehículos del importador, ensamblador o fabricante ha realizado la venta del bien (transferencia de propiedad); en-

(58) Verificar el Decreto Supremo 036-2001-JUS del 24 de octubre de 2001 y la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 041-2002-SUNARP-SN del 4 de febrero de 2002.

tonces, corresponderá presentar al Registro —entre otros documentos— el comprobante de pago por dicha adquisición con la constancia de cancelación. ¿Qué sucedió con la verificación de la *tradición* del bien? Vemos que, en el supuesto de hecho antes descrito, el reglamento no considera la *tradición* en la calificación registral (59).

Del análisis de estas cuatro reflexiones concluimos que en ningún momento de la calificación registral existe una verificación «real» de la *tradición*, sino que: o se presume con el otorgamiento del *acta de transferencia vehicular* o se convierte en una cláusula redactada por las partes contratantes. Nuevamente, tales circunstancias nos acercan al sistema de transferencia de propiedad consensual (*solo consensus*).

Como manifestamos, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular ha sido elaborado sobre la hipótesis de asimilar al vehículo automotor dentro del sistema de transferencia correspondiente a los *bienes muebles*. Esto, en un principio, no ocurrió con otros *bienes registrados* como los buques, embarcaciones pesqueras o aeronaves, pues el Código Civil —antes de su modificación en el año 2006— a través de una *ficción legal* los consideró como *bienes inmuebles*; sin embargo, con la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677) les restituyeron el carácter de *bienes muebles*. Por tal motivo, ¿se mantendrá la postura que a los buques, embarcaciones pesqueras, o aeronaves (ahora *muebles registrados*) es aplicable el sistema de transferencia del título y el modo?

VI. EL ARTÍCULO 34.1 DE LA LEY GENERAL DE TRANSPORTE (LEY 27181) (60)

Si nuestra propuesta estriba en interpretar que el sistema de transferencia de propiedad aplicable a los *bienes muebles registrados* es el consensual (*solo consensus*), cabe realizar las precisiones necesarias en relación con la disposición contenida en la Ley General de Transporte; pues existen comentarios señalando que el Registro de Propiedad Vehicular ha perdido su carácter *declarativo* para convertirse en *constitutivo* de derechos. Con esta línea de interpretación ya no podríamos sostener que el sistema de transferencia aplicable al vehículo automotor (*bien mueble registrado*) sería consensual, porque la transferencia se producirá con la inscripción en el Registro.

(59) Nos aventuraríamos a señalar que tampoco en la práctica registral (Oficina Registral de Lima), respecto a la disposición reglamentaria comentada, se le ha ocurrido a registrador alguno denegar la inscripción para solicitar un documento que indique la realización de la entrega del bien.

(60) Del 7 de octubre de 1999.

Según sostienen, la disposición legal que respalda la inscripción *constitutiva* es la siguiente: «34.1. La transferencia de propiedad y otros actos modificatorios referidos a vehículos automotores se formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular». Cuestionamos el carácter *constitutivo* que pretende atribuirse a la inscripción en el Registro, y por tanto, procedemos a analizar dicho texto legal.

Conforme con Riccardo GUASTINI, la *ambigüedad semántica* en las fuentes recae en el sentido mismo de los predicados que están en las disposiciones legales, es decir, «un predicado es ambiguo siempre que la pregunta: “¿Qué cosa se entiende?”, admita una pluralidad de respuestas» (61). Así, en la disposición legal antes transcrita es posible advertir la ambigüedad en la comprensión del predicado *formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular*.

Interesa constatar que en nuestro Código Civil se emplean indistintamente los términos *forma* y *formalidad* en los diferentes libros que lo conforman, mas nuestra atención se circunscribe a los libros de acto jurídico y de las fuentes de las obligaciones (contratos en general). A manera de ejemplo, se verifica que en la parte de disposiciones generales sobre los contratos está el artículo 1412, indicando que las partes pueden compelerse a llenar la *formalidad* en los siguientes supuestos: de un lado, si no hay prescripción legal estableciendo que es una *forma solemne*; y de otro lado, si las partes no han convenido por escrito la observancia de una *forma* bajo sanción de nulidad. En adición a lo antes descrito, ahora la Ley General de Transporte refiere que la transferencia de propiedad *se formaliza* mediante la inscripción en el Registro. De esta manera, la ambigüedad recae en la superposición de la *publicidad* (Registro) entendida como una *formalidad* y la *formalidad* entendida dentro de la teoría general del negocio jurídico y del contrato.

1. LA FORMALIDAD EN SENTIDO «AMPLIO»

La historia brinda la ayuda para comprender su significado. Veamos: cuando la mentalidad jurídica no estaba plenamente desarrollada solo se veía en la *forma* como fuente de obligación, es decir, en la *forma* apreciada como ceremonia que tenía una suerte de valor mágico e incluso religioso. En Roma, el Derecho clásico específicamente, reconocía el *contrato formal*, siendo la *stipulatio* la *forma* por excelencia, y a su vez, también se reconocían ocho contratos, pero con la característica de estar regulados (tipicidad): cuatro eran consensuales (venta, arrendamiento, mandato, sociedad), y los otros cuatro

(61) GUASTINI, Riccardo (1997), «Problemas de Interpretación» [versión electrónica], en *Isonomía*, núm. 7, octubre de 1997, pág. 125. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04704174522681695209079/isonomia07/isonomia07_03.pdf

eran reales (depósito, comodato, mutuo y prenda). Por el contrario, en el Derecho postclásico ha generado dudas el carácter puramente consensual de estos cuatro contratos que se habían indicado en la época del Derecho Clásico. En la época medieval destacan los *contratos formales* caracterizados en que la promesa se ha fundido en el molde de una *forma* (por ejemplo, la *wadiatio*, la *fides facta*, luego la *charta* o la *traditio chartae*), así como los *contratos reales* caracterizados en que el acuerdo solo tiene valor cuando una de las partes hubiera realizado una prestación (62).

Centrándonos en Francia, en el Derecho intermedio, se dicta la Ley del 11 brumario año VII (un verdadero Código Hipotecario) que instituyó la *formalidad* de la transcripción de los actos traslativos de propiedad en los registros públicos. Sin embargo, el Código Civil francés no incorporó dicha ley, pues se favoreció el sistema consensual (*sistema de la clandestinidad* en palabras de Louis JOSSERAND) amparado por una rutina secular y por la autoridad que se concedía a la *razón escrita* (63). En efecto, debemos tener presente que el simple acuerdo de voluntades sustentado en la idea de que «*la voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica, los actos jurídicos*» tenía como pretensión apartar a los actos jurídicos de las reglas rigurosas de *forma* (64). Así, se resalta la preeminencia de la *voluntad* (bajo una concepción psicológica) frente a la *forma*.

Desde esta perspectiva, la *formalidad* se ha entendido como todo aquello que debilita o subordina el solo acuerdo de voluntades como productor del acto jurídico, empero no impidió que la doctrina haya reconocido que siempre *supervivió el formalismo en los actos jurídicos del Derecho Civil*. ¿De qué manera ocurrió esta supervivencia? Dentro de una noción amplia de formalismo, ésta se produjo a través de los actos jurídicos que revisten una forma solemne, los actos jurídicos sometidos a formas o formalidades particulares, y los actos jurídicos que requieren una manifestación de voluntad expresa (65). Es más, destacan la importancia que presentan las *formalidades* a que están sometidos determinados actos jurídicos (independientemente de la solemnidad

(62) Cfr. GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, Tomo I, págs. 20, 29, 30, 35, 45. En similar sentido, revisar: OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, págs. 220-221. LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte general*, págs. 556-557. En cuanto a los *contratos reales*, Emilio BETTI considera que: «...la entrega no constituye una forma, sino una parte integrante de la misma estructura de intereses que se deduce como contenido del negocio (...). En realidad, la entrega obedece a la exigencia de configurar el elemento propiamente operativo del vínculo obligatorio, según la idea clásica de la obligatio re contracta» («Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico», en *Teoría General del Negocio Jurídico*. 4. *Estudios Fundamentales*, pág. 56).

(63) Cfr. JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil. La propiedad y los otros derechos reales y principales*, Tomo I, vol. III, pág. 271.

(64) Cfr. BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*. Parte B, pág. 767.

(65) Cfr. *Ibidem*.

propriadamente dicha y de su prueba) y colocan como ejemplo la existencia del Registro para los casos de derechos reales sobre los inmuebles (Ley de 23 de marzo de 1855) (66). A ello, podemos agregar lo relacionado con la transmisión sobre navíos, barcos de navegación interior y aeronaves (67).

Por consiguiente, la *publicidad* (Registro) fue considerada *formalidad* en la medida de que debilita la idea del simple acuerdo de voluntades como productor del acto jurídico, porque en determinadas circunstancias la *voluntad* queda subordinada a la *publicidad* (Registro).

Finalmente, y sin referir que se trata de una *formalidad* seguramente por los equívocos que genera su empleo, los hermanos MAZEAUD entienden que la *publicidad* (Registro) de los buques, barcos, o aeronaves constituye una *atenuación* al principio de la transmisión *solo consensu* (68). Esto es, una *atenuación* del acuerdo de voluntades como productor del acto jurídico.

2. LA FORMA DENTRO DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO Y DEL CONTRATO

A diferencia de la noción amplia de *formalidad*, cuya explicación histórica ha sido planteada, la *forma* dentro de la teoría general del negocio jurídico está relacionada con la exteriorización de la *voluntad*. Es decir, ya no se considera como una subordinación de la *voluntad* ante la *forma*, sino que ésta es expresión de la *voluntad*.

Partiendo de esa visión, resulta claro comprender que a través de la *forma* el contrato se materializa, exterioriza, cala en el mundo físico: puede ser el sonido de las palabras pronunciadas, signos gráficos trazados en hojas de papel, las señales, etc. Cualquier contrato tiene una *forma* (69). Así, todo fenómeno consciente y voluntario del hombre debe tener *forma* en el mundo exterior para que pueda ser socialmente apreciable: la *forma* directa (expresa) consiste en el uso del lenguaje para asignar a todo *nomen* un significado determinado, y la *forma* indirecta (tácita) en donde la voluntad es reconstruida teniendo como sustento el comportamiento de quien realiza la acción y el significado jurídico de esta actuación en las relaciones sociales (70). Por ello, en el ámbito legislativo, encontramos que el artículo 143 del nuestro Código Civil hace mención respecto a la libertad de los particulares para la elección

(66) Cfr. *Ídem*, págs. 769-770.

(67) Cfr. JOSSEAND, Louis, *op. cit.*, pág. 311.

(68) Cfr. MAZEAUD, Henri y León, y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, pág. 335.

(69) Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, pág. 330. FERRI, Luigi, *op. cit.*, pág. 135. CARIOTA FERRARA, Luigi, *op. cit.*, pág. 362.

(70) Cfr. BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D., y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, vol. 2, págs. 739 y 793.

de la *forma* (71). Sin embargo, la libertad no es irrestricta; pues también el Código prescribe limitaciones cuando exige que se cumpla con la realización de determinadas formalidades: las *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

En cuanto a las primeras, se indica que dichas *formalidades* son un elemento de la estructura del negocio jurídico solamente en aquellos casos en los cuales las partes o la ley las prescriban, bajo sanción de nulidad (72); además, son un medio idóneo para que a través de la exigencia de un rito capture la atención de las partes, y de esta manera, garanticen la seriedad del acto (73). En cuanto a las segundas, «...no son elementos del negocio, sino simples medios de prueba, en cuyo caso su ausencia o defecto no determinará la nulidad del negocio, el mismo que será válido, pero tendrá que probarse por otro medio probatorio» (74).

Es cierto que ambas *formas* son impuestas, pero la diferencia fundamental radica en que la ausencia de la forma *ad probationem* determina la ineficacia del contrato (pues no hay otra manera de acreditar su existencia cuando ella es negada); mientras que, la ausencia de la forma *ad solemnitatem* da lugar a la inexistencia del contrato (75).

Finalmente, Luigi FERRI señala que la *forma* más que un requisito del contrato: «...es el mismo contrato, considerado como acaecimiento, como hecho. (...), la prueba del contrato es prueba de la forma del contrato, es decir, prueba del contrato como hecho, reconstrucción histórica del acaecimiento» (76).

(71) Artículo 143: «Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden utilizar la que juzguen conveniente».

(72) Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, pág. 310. De similar manera, Lina BIGLIAZI GERI, Umberto BRECCIA, Francesco D. BUSNELLI y Ugo NATOLI, dan a entender que se trata de un *elemento esencial* a pesar que el Código Civil italiano lo mencione como requisito (*op. cit.*, tomo I, vol. 2, pág. 793). Giovanni BATTISTA FERRI también lo considera como un elemento de la estructura del negocio (*El negocio jurídico*, pág. 242). Por su parte, Renato SCOGNAMIGLIO explica que: «La inclusión que se efectúa de la forma (...), entre los requisitos generales del contrato, en el sentido del citado artículo 1325 [Código Civil italiano], constituye, a lo sumo, una confirmación definitiva —por la evidente contradicción en que se incurre— del escaso valor de dicha disposición» (corchetes es agregado) (*Contribución a la teoría del negocio jurídico*, pág. 158).

(73) BETTI, Emilio, *op. cit.*, pág. 55.

(74) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *op. cit.*, pág. 311. Por su parte, Rodolfo SACCO señala que la forma requerida *ad probationem* refiere, en realidad, «...de la forma de la prueba, y no de la forma del acto» (citado por Giovanni BATTISTA FERRI, *op. cit.*, pág. 265).

(75) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo II, pág. 144. En cuanto a la inexistencia del contrato por ausencia de la forma *ad solemnitatem*, Lizardo TABOADA CÓRDOVA explica que se trata de *invalidéz* del negocio afectado (*op. cit.*, pág. 311). También se refiere en términos de validez: SCOGNAMIGLIO, Renato, *op. cit.*, pág. 148. CANDIAN, Aurelio, *op. cit.*, pág. 150.

(76) FERRI, Luigi, *op. cit.*, pág. 135.

3. LA FORMA Y LA PUBLICIDAD (REGISTRO)

Francesco MESSINEO explica de manera clara y sucinta que el contrato sujeto a *publicidad* (Registro) tiene ya una forma propia, por ejemplo, la escritura pública, y no puede pensarse que el contrato revista dos *formas* (forma en sentido estricto y publicidad). Por tal motivo, considera que la *publicidad* (Registro) no es *formalidad*, sino un *procedimiento* para hacer posible el conocimiento del contrato a terceros (77) y dar al adquirente del derecho la *certeza de la invulnerabilidad* de su adquisición por parte de terceros, o mejor dicho, *conservar* el derecho ya adquirido (78).

Ahora bien, desde una perspectiva particular que distingue el contrato, de un lado, y el derecho adquirido en virtud de ese contrato, de otro lado; ROUBIER ha manifestado que el negocio [contrato], una decisión judicial o una decisión administrativa son la *base de legitimidad* de los elementos de la *situación jurídica* (79). Y agrega:

[...] la oponibilidad no deriva de él [el contrato]; la oponibilidad es autónoma (*elle se suffit sans aucun doute á elle-même*). Así, resulta inexacto afirmar —como se ha hecho con frecuencia en el pasado— que los acuerdos que tienen como objeto un derecho real son, por ese hecho, oponibles a terceros. Es ese derecho el que, por su naturaleza, es oponible a todos, aunque esa oponibilidad está vinculada a la preexistencia del acto convencional. Por tanto, según que el acuerdo se refiera a un derecho real, personal, intelectual, al estado civil, al régimen matrimonial o a una sociedad... la oponibilidad quedará sometida a reglas variables y específicas, ligadas a la sustancia misma de cada uno de esos elementos, pero no al contrato» (80) (los corchetes son agregados).

Siguiendo ese orden de ideas, se ha concluido que: «...*el negocio pertenece al documento, y la situación jurídica a la publicidad. Del documento no puede resultar la oponibilidad de una situación jurídica, y la publicidad no es un medio de prueba de los negocios*» (81). Empero, también se

(77) Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, pág. 342. BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D., y NATOLI, Ugo, *op. cit.*, pág. 805. BARBERO, Doménico, *op. cit.*, tomo I, págs. 468-469.

(78) Cfr. MESSINEO, Francesco, *op. cit.*, tomo II, págs. 162-163. En similar sentido, Aurelio CANDIAN en lugar del término *conservar* usa el término *garantizar* (*op. cit.*, pág. 489).

(79) Cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 358. En cuanto a la noción de *situación jurídica*, ROUBIER lo explica de la siguiente manera: «(...) *la situación jurídica constituye esencialmente un compuesto de derechos y de obligaciones que existen en la misma persona, la del titular de la situación, por ejemplo, del propietario, del heredero, del acreedor, etc...*» (ROUBIER, Paul, *Teoría General del Derecho*, s/f., pág. 265).

(80) Citado por PAU PEDRÓN, Antonio, *ibidem*.

(81) *Idem*, págs. 359-360.

reconoce que la idea de *situación jurídica* como materia de oponibilidad solo ha sido utilizada de manera esporádica en la jurisprudencia y la doctrina, porque sigue arraigada la teoría de la inoponibilidad en el ámbito del negocio jurídico (82).

En este estado de la cuestión concluimos que la *publicidad* (Registro), ya sea del contrato o de la situación jurídica cuyo contrato es la fuente, no puede comprenderse como *formalidad* dentro de la teoría general del negocio jurídico y del contrato, pues aquella interviene en un momento posterior a la formación del contrato. En ese sentido, afirman que en la *publicidad* (Registro): «...su efecto directo es el de conservar un derecho, mientras que el de la forma sirve para adquirirlo» (83). No obstante, en el ámbito nacional están confundiendo la *publicidad* (Registro) y la *forma* como parte de la teoría general del negocio jurídico y del contrato. Así, dentro de esta confusión aparecieron las afirmaciones vinculadas con la inscripción *constitutiva* de derechos en el Registro de Propiedad Vehicular.

Cabe precisar que, lo anterior no es la única formulación que han sustentado para determinar que la inscripción es *constitutiva*. Otro posible razonamiento habría sido el siguiente: en la Ley General de Transporte, cuando dispone que la transferencia de propiedad vehicular se *formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular*, constituye la disposición legal diferente aludida en el artículo 947 del Código Civil; y por ende, la regla basada en que la transferencia de propiedad de una cosa mueble se efectúa con la *tradición* no sería aplicable al vehículo automotor, porque la *tradición* habría sido sustituida por la *inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular*. De tal manera, encuentran en la disposición legal del artículo 34.1 de la Ley General de Transporte la justificación para no aplicar la regla del artículo 947 del Código Civil. Los reparos a esta postura inciden en que:

- a) La *publicidad* (Registro) entendido como *formalidad* no implica que la inscripción adquiera el carácter *constitutivo*, o dicho en otras palabras, no existe un paso lógico que comience de la idea de *formalidad* para concluir que la inscripción es *constitutiva*; y
- b) No despoja la posibilidad de considerar que la *publicidad* (Registro) sería una *formalidad adicional* a la *tradición*.

Lamentablemente, estas formulaciones no han quedado en el campo especulativo, sino que tienen presencia en nuestra realidad. Aunque la argumentación para concluir en la inscripción *constitutiva* no aparece en los ejemplos que a continuación detallaremos, nos permite demostrar que dicha visión se emplea en la vida cotidiana. Veamos:

(82) *Ídem*, pág. 360.

(83) TRABUCCHI, Alberto, *op. cit.*, tomo I, pág. 260.

En el ámbito privado encontramos un caso en donde los particulares (reclamante *versus* sociedad aseguradora) acudieron a la *Defensoría del Asegurado* para resolver la controversia respecto a la ejecución de una póliza de seguro vehicular. De un lado, el reclamante asevera que el artículo 34.1 de la Ley 27181 establece específicamente que la transferencia de vehículos tiene un régimen distinto al señalado de manera general para la transferencia de *bienes muebles* por el artículo 947 del Código Civil, el mismo que habría sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República; y de otro lado, la sociedad aseguradora sostiene que la transferencia de vehículos debe formalizarse mediante su inscripción, mas no lo establece como requisito de validez y/o eficacia para el perfeccionamiento del acto traslativo (como en el caso de la hipoteca). Asimismo, agrega que la doctrina y jurisprudencia mencionada por la reclamante como confirmatoria del carácter *constitutivo* de la inscripción registral en la transferencia de vehículos; solo sería un esbozo teórico que no tiene asidero en nuestro ordenamiento legal, máxime si en nuestro país no se distingue entre bienes registrables y no registrables (84).

Y en el ámbito judicial, la Casación número 2731-2002LIMA tiene un considerando noveno que menciona lo siguiente: «(...), para que sea pertinente el artículo 947 del Código Civil y se tenga por perfeccionada la transferencia conforme a él, es requisito previo la formalización del respectivo contrato de transferencia vehicular y su inscripción en los Registros Públicos para ser constitutivo de derecho, (...)» (85). Sobre el particular, Federico MESINAS comenta que esta casación solo fue el comienzo de una suerte de marchas y contramarchas que ha generado un problema de impredecibilidad de las decisiones judiciales (86).

En definitiva, la transferencia de los bienes muebles registrados es un tema aun pendiente de dilucidación por los operadores jurídicos.

VII. CONCLUSIONES

- I. El Código Civil peruano establece dos sistemas de transferencias: para los bienes inmuebles es *solo consensus* y para los bienes muebles es mediante el título y el modo: *traditio*.
- II. Entre el *bien mueble registrado* y el *bien inmueble* existen las siguientes características comunes: la individualización del bien y

(84) Cfr. http://www.defaseg.com.pe/resoluciones/2005/Res_04105_A.doc. Visitado el 9 de mayo de 2009.

(85) En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2007.

(86) Cfr. MESINAS MONTERO, Federico G., «¿Cómo operan las transferencias de propiedad vehiculares? Análisis de los últimos criterios de la Corte Suprema», en *Revista del Foro*, núm. I, agosto de 2008, págs. 310-311.

su publicidad a través de la inscripción en el Registro Jurídico de Bienes.

- III. Los artículos 912 y 914 del Código Civil peruano establecen la relegación de ciertos efectos de la posesión cuando el bien está inscrito en el Registro (en el Código se usan las expresiones *derecho inscrito* o *bien inscrito*); razón por la cual, a través de una interpretación sistemática de dichas disposiciones legales es posible determinar que sí existe en el mismo Código una regulación para los *bienes muebles registrados*, aunque sin esa nominación.
- IV. Como resultado de la actividad interpretativa, a los *bienes muebles registrados* corresponde aplicar el sistema de transferencia de los *bienes inmuebles*, esto es, el sistema de transferencia *solo consensus*. De esta manera, nos apartamos del sistema del título y el modo previsto para los *bienes muebles*.
- V. A pesar que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular ha sido elaborado dentro del presupuesto que a los *bienes muebles registrados* corresponde el sistema de transferencia de los *bienes muebles* (título y modo), pues presume la tradición con la presentación del acta de transferencia; se advierte que no es la tradición, sino es el contrato o una cláusula de estilo el hecho jurídico que se constata en la calificación registral.
- VI. El enunciado normativo: *La transferencia de propiedad y otros actos modificatorios referidos a vehículos automotores se formaliza mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular* generó que cierta doctrina considere que la inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular es constitutiva. No obstante, están confundiendo la *publicidad* (Registro) y la *forma* como parte de la teoría general del negocio jurídico y del contrato; por cuanto, el efecto de la *publicidad* (Registro) es conservar o garantizar un derecho y el efecto de *formalizar* es adquirir ese derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, 1.^a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2001, tomo X.
- *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil*. Compiladora: Delia Revoredo de Debaquey, 2.^a ed., Lima, 1988.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco, «Comentario al Código Civil», en AA.VV., *Código Civil comentado*, 1.^a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, «Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad», en AA.VV., *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, UPC, Lima, 2001.

- «Transferencia de la Propiedad Mueble en el nuevo Código Civil», en *THEMIS - Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 4, año 1986.
- BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1967, tomo I.
- BATTISTA FERRI, Giovanni, *El negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León, 1.^a ed., Ara Editores, Lima, 2002.
- BETTI, Emilio, «Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico», en *Teoría General del Negocio Jurídico. 4. Estudios Fundamentales*. Traducción de Leysser L. León. Ara editores, Lima, 2001.
- BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D., y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, S. L., reimpresión: febrero de 1995, tomo I, vol. 2.
- BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la Jurisprudencia*. Traducción de José Puig Brutau. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1959.
- BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*. Traducción de Enrique Figueroa Alfonzo. Mexico: Harla, 1997, parte B.
- CANDIAN, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción de Álvaro Pascual Leone. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1961.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo. Ed. Aguilar, Madrid, 1956.
- CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 3.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, tomo I.
- COVIELLO, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de Felipe de J. Tena. Ara editores, Lima, 2007.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, 2.^a ed., Palestra Editores, Lima, noviembre de 2001, tomo II.
- ENDO OLASCUAGA, Víctor, «El régimen de transferencia de propiedad y saneamiento registral desde un enfoque de administración territorial», en AA.VV., *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, UPC, Lima, 2001.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy, «El contrato y los efectos reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)», en AA.VV., *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, 2.^a ed., Ara editores, Perú, 2004.
- FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. 1.^a ed., Grijley, Lima, 2004.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, tomo I.
- GÓMEZ MATOS, Mateo, *El Registro de Bienes Muebles*, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2005.
- GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Traducción de José Ferrandis Vilella. Bosch, S. A., Barcelona, 1959, tomo I.

- GUASTINI, Riccardo (1997), «Problemas de interpretación» [versión electrónica], en *Isonomía*, núm. 7, octubre de 1997. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04704174522681695209079/isonomia07/isonomia07_03.pdf
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltran, 1.ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil. La propiedad y los otros derechos reales y principales*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ejea-Boch editores, Buenos Aires, 1950, tomo I, vol. III.
- KRONKE, Herbert, «La transmisión de la propiedad en Derecho alemán», en *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Coordinador: Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 6.ª ed., Bosch, S. A., Barcelona, 1992.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978.
- «Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico», en *Teoría general del negocio jurídico. 4. Estudios Fundamentales*. Traducción de Leysser L. León. Lima: Ara editores, 2001.
- MAZEUD, Henri; MAZEUD, León, y MAZEUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, parte segunda, vol. IV.
- MESINAS MONTERO, Federico G., «¿Cómo operan las transferencias de propiedad vehiculares? Análisis de los últimos criterios de la Corte Suprema», en *Revista del Foro*. Editado por el Colegio de Abogados de Lima. Lima-Perú, núm. I, agosto de 2008.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, tomo I.
- MONSERRAT VALERO, Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 2000.
- MONTÉS PENADÉS, V., «La dinámica de los Derechos Reales (I). La adquisición», en AA.VV., *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la tercera edición alemana por Luis Sancho Seral. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1933.
- PAU PEDRÓN, Antonio, *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 3.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, tomo I.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, vol. III.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo VI.
- ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, tomo I.

- ROUBIER, Paul, *Teoría General del Derecho*. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, s/f.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León, 1.ª ed., Grijley, Lima, noviembre de 2004.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tomo I.
- WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957.

RESUMEN

TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD BIENES MUEBLES REGISTRADOS

El ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación expresa respecto al sistema de transferencia de los bienes muebles registrados, sin embargo, en la mayoría de los casos se ha considerado que el sistema aplicable es el título y modo. El presente trabajo disiente con esa posición y propone la posibilidad de interpretar que la transferencia de propiedad de los bienes muebles registrados no opera mediante la tradición, sino que es consensual.

Asimismo, en el caso de los vehículos automotores se precisa que la inscripción de dichos bienes en el Registro no tiene carácter constitutivo, pues la expresión «formalizar» (empleada en la Ley General de Transporte) no significa que la inscripción en el Registro deje de ser declarativa.

En tal sentido, centrándonos en el sistema de transferencia, los bienes muebles registrados se asemejan más a los bienes inmuebles que a los bienes muebles, y por ende, el sistema de transferencia también debe ser el mismo para ambos bienes, es decir, el sistema de transferencia solo consensus.

ABSTRACT

TRANSFER OF OWNERSHIP REGISTERED CHATTEL GOODS

Peruvian legislation has no express regulations on the correct system for transferring registered chattel goods. However, in most cases, the usual combination of written accord and physical delivery is regarded as the applicable system. This paper dissents from that position and proposes the possibility of interpreting that transfers of ownership of registered chattel goods do not operate by means of delivery, but are instead consensual.

Likewise, in the case of automobiles, the paper explains how registration of such goods is not constitutive, because the expression «to formalise» (used in the General Act on Transport) does not signify that registration is anything other than declaratory.

In that sense, focusing on the system of transfer, the paper points out that registered chattels more closely resemble immovable property than unregistered chattels, and therefore the system of transfer ought also to be the same for both types of property, i.e., the solo consensus system of transfer.

(Trabajo recibido el 16-9-2010 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)

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 22 de diciembre de 2010
(BOE 14-3-2011)
Registro de Villanova i la Geltrú, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

No cabe acudir al expediente de reanudación de tracto cuando no existe propiamente tracto interrumpido. Esto ocurre en los supuestos en los que el promotor ha adquirido del titular registral, incluso cuando adquirió de sus herederos (Resolución de 15 de noviembre de 2003). La razón es el carácter excepcional y supletorio de este expediente respecto de los supuestos de rectificación de inexactitud registral contemplados en la legislación hipotecaria que considera como supuesto normal el de la aportación del título correspondiente.

Resolución de 27 diciembre de 2010
(BOE 31-3-2011)
Registro de Valladolid, número 5

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS QUE AFECTAN AL DERECHO DE CADA PROPIETARIO.

La modificación de la cuota, en tanto en cuanto afecta al derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente. Aplicando la precedente doctrina al presente caso de rectificación de la descripción de la propiedad horizontal mediante la creación de un elemento nuevo, por omisión en su día del mismo en el título cons-

titutivo, y subsiguiente alteración de la cuota de otro elemento preexistente, con alteración de la descripción de la total propiedad y con ello de la determinación de los elementos comunes (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), no puede entenderse como suficiente, desde el punto de vista del cumplimiento de las exigencias del principio de tracto sucesivo, el acuerdo de la comunidad de propietarios junto con el consentimiento expreso de uno solo de los copropietarios (precisamente el promotor beneficiario de la adjudicación del nuevo elemento privativo constituido y titular del elemento preexistente del que se detrae la parte de coeficiente atribuido al nuevo elemento), pues aún sin modificación de las cuotas de copropiedad sobre los elementos comunes respecto de los restantes elementos privativos, el derecho de sus titulares queda afectado al reducirse el objeto material sobre el que se proyecta su cotitularidad al sustraerse del mismo (tal y como aparecía descrito en el título constitutivo inscrito al tiempo de efectuarse la inscripción a favor de los terceros adquirentes de los pisos y locales) uno de los elementos que anteriormente lo integraban al cambiar su configuración jurídica de elemento común a privativo y subsiguiente atribución dominical exclusiva a uno de los condóminos. Lo que no será necesario es la prestación del consentimiento por los titulares de hipotecas que gravan a diferentes departamentos independientes, aunque lógicamente la porción desafectada y convertida en privativa arrastrará los correspondientes gravámenes.

Resolución de 5 de enero de 2011
(BOE 14-3-2011)
Registro de Vitoria-Gasteiz, número 5

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Constando una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de dos cónyuges con carácter ganancial y hallándose presentado y suspendida la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales por la que se liquida la sociedad y se adjudica dicha finca a uno de los cónyuges, no puede acceder al Registro una escritura de hipoteca constituida por el cónyuge adjudicatario en la que comparece el otro cónyuge al efecto de prestar consentimiento por tratarse la finca hipotecada de su vivienda habitual, por aplicación del principio de tracto sucesivo. El asentimiento prestado por causa de protección de la vivienda habitual no puede en modo alguno equipararse al consentimiento comercial exigido para constituir un gravamen sobre una finca propia, dada su diferente naturaleza y efectos.

Resolución de 10 de enero de 2011
(BOE 14-3-2011)
Registro de Tavernes de Valldigna

HERENCIA YACENTE.

Para determinar la posible inscripción de un auto recaído en procedimiento seguido contra la herencia yacente del titular registral, habrá que comprobar si el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva a la vista de los

documentos presentados, o, en caso contrario, se ha designado un administrador judicial. En este sentido se aclara que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

Resolución de 13 de enero de 2011

(BOE 1-4-2011)

Registro de Cuenca

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No es posible practicar la rectificación de una concentración parcelaria inscrita solo con base en un expediente administrativo, sino que se necesita el consentimiento del titular registral de las fincas afectadas.

Resolución de 17 de enero de 2011

(BOE 13-4-2011)

Registro de Barbate

TUTELA: ACTOS SUJETOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL. REPRESENTACIÓN LEGAL: ACREDITACIÓN DE FACULTADES.

La concepción que de la tutela se recoge en nuestro Código Civil, así como la letra del artículo 271 del mismo, conclusión de que la compraventa de un inmueble hecha por el tutor en representación llevan a la tutela, no está sujeta a autorización judicial. A la acreditación de las facultades representativas del tutor se le aplica el régimen previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Resolución de 18 de enero de 2011

(BOE 14-3-2011)

Registro de Madrid, número 13

PRÉSTAMOS CONCEDIDOS A CONSUMIDORES POR ENTIDADES QUE NO SEAN ENTIDADES DE CRÉDITO: LEY 2/1999, DE 31 DE MARZO.

Hay que entender que al exigir el artículo 3 de la Ley que, con carácter previo al inicio de su actividad, la empresa prestamista se inscriba en el Registro Público especial —de carácter meramente administrativo—, no impide que mientras no se cree dicho Registro siga desarrollando dicha actividad una sociedad preexistente como la del presente caso.

Resolución de 19 de enero de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro de Toledo, número 1

CONVENIO REGULADOR: CONTENIDO Y TÍTULO INSCRIBIBLE.

Las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección —cfr. arts. 34 de la LH y 1.297 del CC— como en su firmeza —cfr. arts. 644 y sigs. del CC—); la indeterminación sobre la existencia de causa negocial propia de una liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada, en tanto en el mismo se pacta, respecto de la finca que había constituido la última vivienda familiar, lo siguiente: «La citada finca fue adquirida con carácter previo al matrimonio, por mitad y proindiviso, siendo aportada la misma de mutuo acuerdo por ambos propietarios a la Sociedad de Gananciales», para añadir que se adjudica en dicha liquidación a uno de ellos, quien desde la fecha de la firma de tal documento asume en su integridad el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la citada finca.

Resolución de 20 de enero de 2011
(BOE 14-3-2011)
Registro de Madrid, número 23

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DERECHO EXTRANJERO: APLICACIÓN EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Para determinar la ley aplicable, con carácter general, a las diferentes cuestiones relativas al contrato concluido entre el menor extranjero, representado por su padre, y la sociedad compradora, la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Pese a que el mencionado Convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE), número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros, con la excepción de Dinamarca, el propio Reglamento limita su aplicación a los contratos concluidos con posterioridad al 17 de diciembre de 2009, fecha posterior a la del contrato que da origen al presente recurso. En cualquier caso, la interpretación que se hará a continuación con relación al Convenio de Roma resulta plenamente extrapolable al Reglamento Roma I, dada la similitud, al menos en las cuestiones que serán objeto de análisis, entre ambos textos. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no seleccionen de forma expresa o tácita la *lex contractus*, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos (art. 4.5) que de las circunstancias del contrato se desprenda que éste presenta vínculos más estrechos

con otro ordenamiento —en términos muy similares, art. 4.1.c) y 4.3 del Reglamento Roma I—. La cuestión que debemos resolver es si nos encontramos ante cuestiones que el Convenio incluye dentro del ámbito de la *lex contractus* y, por tanto, quedarían sometidas al ordenamiento español o si, por el contrario, se trata de dos cuestiones que el propio instrumento comunitario deja fuera de la ley aplicable al contrato —y del ámbito de aplicación material del propio Convenio— y que quedarían sometidas al ordenamiento nacional al que remitiesen las normas de conflicto de cada Estado. Quedan fuera del Convenio de Roma (y del Reglamento Roma I) todas las cuestiones relativas a la determinación de las modalidades de ejercicio de la representación legal del sujeto con capacidad de disposición limitada, así como las eventuales cautelas al ejercicio de tal representación y —precisamente lo que se plantea en el presente supuesto— la forma de acreditar el cumplimiento de tales cautelas. En el caso concreto de la representación legal, el artículo 10.11 realiza una remisión a la ley que regula la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, lo que en el caso de representación paterna o materna supone la entrada en juego del artículo 9.4 del Código Civil, la norma de conflicto aplicable a las relaciones paterno-filiales y que remite a la ley personal del hijo. Dado que en el presente supuesto la ley personal del hijo es la venezolana, será tal ordenamiento el que resulte de aplicación. Considerando que los inmuebles objeto de la transmisión se ubican en nuestro país, será el ordenamiento español, y no el venezolano el que determinará los requisitos para entender transmitida la propiedad de la parte de la finca ahora vendida, así como las condiciones a las que quedaría sometida la publicidad registral de tal transmisión. El Registrador únicamente debería denegar la inscripción si se verificara la primera posibilidad, dado que solo en tal caso se vería comprometida la validez del contrato. Por el contrario, si la información que le suministrara el ordenamiento venezolano es que la falta de acreditación de la emisión del cheque a favor del menor y de la consignación del pago carecen de incidencia alguna sobre la propia relación contractual y, en consecuencia, no existe duda alguna sobre la validez del título inscribible, el Registrador no debería poner obstáculo alguno a la inscripción por tales motivos. Conforme a los artículos 281 de la LEC y 36 del RH, el Registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

Resolución de 22 de enero de 2011

(BOE 1-4-2011)

Registro de Madrid, número 25

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir un expediente de dominio para reanudación del tracto sobre una finca inscrita en el año 1948 a favor de mujer casada por título de compra en la que el marido declara que el dinero invertido procedía de los bienes parafernales de su esposa, dado que el expediente de reanudación de tracto tiene por finalidad suplir los títulos traslativos intermedios, conforme a los requisitos exigidos por la legislación aplicable a los mismos, la citación que debe

realizarse conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, es no solo a quien sea titular registral, sino también a quien tiene que concurrir al acto dispositivo, esto es, al cónyuge o sus herederos, lo que no se ha realizado correctamente. Conforme al artículo 285 del RH no puede exigirse al promotor del expediente de reanudación de tracto la acreditación de la cadena previa y sucesiva de transmisiones intermedias, ni los nombres de las personas que transmitieron las fincas al transmitente inmediato de las mismas.

Resolución de 22 de enero de 2011

(BOE 1-4-2011)

Registro de Manacor, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: ÁMBITO.

Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (véase Resoluciones citadas en los Vistos), aunque el ámbito de la anotación de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y por esta misma Dirección General, solo puede abarcar —al amparo del art. 42.1 de la LH—, además de las demandas en las que se ejercite una acción real, aquellas otras cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral (tales como acciones de elevación a público de documentos privados, acciones rescisorias y revocatorias, etc.), en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende el pago de una cantidad de dinero, pues tal pretensión tiene únicamente eficacia entre las partes, de manera que solo en el momento de la eventual ejecución de la sentencia, caso de prosperar, podrán adoptarse medidas cautelares de afección del bien al pago de la cantidad reclamada (cfr. art. 141 RH).

Resolución de 22 de enero de 2011

(BOE 13-4-2011)

Registro de Tavernes de Valldigna

HERENCIA YACENTE. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CIRCUNSTANCIAS DEL MANDAMIENTO.

Es doctrina de este Centro Directivo (véase, por todas, la Resolución de 27 de julio de 2010) que aunque el Registrador debe señalar como defecto que impide la inscripción la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), tratándose de herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa. No cabe desconocer al respecto, la doctrina jurisprudencial (citada en los «Vistos»), en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Lo que sí debe acreditarse es la fecha de fallecimiento del titular registral. Igualmente deben aclararse las incongruencias en cuanto a las cantidades objeto de embargo que resultan de la providencia y el mandamiento.

Resolución de 24 de enero de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro de Peñaranda de Bracamonte

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Resulta posible la anotación preventiva de demanda de resolución de un contrato de permuta sobre obra futura, sobre tres fincas que por no haberse inscrito las transmisiones cuya resolución se demanda, figuran todavía inscritas a favor de la propia demandante. Si se profundiza en el principio de tutela judicial efectiva, habrá de admitirse tal anotación cuando, de no hacerse, se produciría la indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión referente a la finca objeto de la demanda que aún no ha sido inscrito, pero cuya inscripción podría traer como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca repetida.

Resolución de 5 de febrero de 2011
(BOE 28-4-2011)
Registro de Vilanova i la Geltru, número 2

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: CERTIFICADO DEL TÉCNICO.

Ni la legislación estatal ni la catalana exigen que el certificado que expide el arquitecto director de la obra deba estar visado por su colegio profesional.

Resolución de 8 de febrero de 2011
(BOE 22-3-2011)
Registro de Alicante, número 3

HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS: FIJACIÓN DEL DOMICILIO PARA REQUERIMIENTOS Y NOTIFICACIONES.

Es posible constituir e inscribir una hipoteca en garantía de una deuda ajena resultante de una póliza que se incorpora sin la intervención del deudor. La no consignación, o la consignación defectuosa del domicilio del deudor, no impide la inscripción de la hipoteca, sino solo la imposibilidad de utilizar para su ejecución del procedimiento especial previsto a estos efectos en la LEC.

Resolución de 22 de febrero de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro de Talavera de la Reina, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

Se solicita la inscripción de una segregación de una porción de finca que se encuentra gravada con hipoteca, pidiéndose que se inscriba la finca segregada

liberada de responsabilidad por tratarse de un bien de dominio público. No puede accederse a esta pretensión sin que preste su consentimiento el acreedor hipotecario o se siga el oportuno procedimiento contra el mismo.

Resolución de 1 de marzo de 2011
(BOE 23-4-2011)
Registro de Cerdanyola del Vallés, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No puede el Registrador, en su calificación, valorar las cuestiones referentes al fondo de la decisión judicial, debiendo practicar los asientos que procedan de los pronunciamientos claros que resulten de la resolución judicial.

Resolución de 3 de marzo de 2011
(BOE 23-4-2011)
Registro de Lleida, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No cabe anotación preventiva de sentencia firme dictada en contencioso-administrativo —en la que no se tomó anotación preventiva de la demanda— declarando la nulidad de una licencia sin la participación de todos los titulares registrales en el procedimiento.

Resolución de 16 de marzo de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro de Pontevedra, número 1

DESLINDE ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Para inscribir una resolución de deslinde de costas por la que se declara que parte de una finca registral es de dominio público, es necesario especificar con exactitud dicha parte de finca, así como acreditar que el titular registral ha sido parte en el expediente.

Resolución de 16 de marzo de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro de Vélez-Málaga, número 2

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN: LEGITIMACIÓN DEL NOTARIO PARA RECURRIR. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA.

La doctrina más autorizada entiende que la legitimación del Notario deriva de la responsabilidad del mismo que establece el artículo 22 de la Ley Hipoteca-

ria. Siguiendo dicho criterio, es evidente que en el caso en que los defectos se predicen del acta complementaria a efectos de inmatriculación, la responsabilidad correspondería al Notario autorizante del Acta, por lo que debe concluirse que el repetido Notario tiene interés legítimo para recurrir. Aunque en el caso concreto el acta adolece de claridad expresiva, hay que aceptarla cuando quede claro que se declara la notoriedad de que el transmitente era tenido por dueño.

Resolución de 22 de marzo de 2011

(BOE 4-4-2011)

Registro de Alicante, número 3

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo, han declarado que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar.

Resolución de 24 de marzo de 2011

(BOE 13-4-2011)

Registro de Cuevas de Almanzora

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA ANTIGUA EN ANDALUCÍA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN Y LIBRO DEL EDIFICIO.

La normativa aplicable ha de ser la que corresponda a la fecha en que se otorga la escritura, al margen de la fecha en que se hizo la obra. Con carácter general reitera el Centro Directivo que no es exigible para la inscripción de una obra nueva la licencia de primera ocupación, salvo que lo exija la normativa autonómica, como ocurre con el Reglamento de Disciplina andaluz. Sin embargo, en el caso de obras nuevas por antigüedad, artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe dispensar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. Sí que resulta de aplicación el requisito del depósito del libro del edificio, dado que la antigüedad de la obra no excede de la fecha de entrada en vigor de la LOE, y que tampoco cabe apreciar la exoneración aplicable a los autopromotores, en tanto nada se dice al respecto en la escritura calificada.

Resolución de 25 de marzo de 2011
(BOE 22-4-2011)
Registro de Granada, número 2

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN DE AUTOPROMOTOR. LICENCIA: VISTO BUENO DEL ALCALDE.

Fuera de los estrictos casos enunciados en la Ley (en concreto, en el caso del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio) no puede dispensarse el cumplimiento del requisito legal del seguro para la inscripción de la obra nueva con base en la mera renuncia del titular inicial (promotor) o adquirente ulterior, pues tal renuncia podría redundar en perjuicio de cualquier usuario que lo fuere por título distinto al de titular del dominio (cfr. art. 6.2 del CC). En el presente caso no concurre el requisito objetivo de la exoneración de la obligación legal de constitución del seguro decenal, pues no estamos en presencia de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de «un conjunto de edificación compuesto de dos viviendas unifamiliares adosadas», tal y como aparece descrita en el título. La necesidad del visto bueno del Alcalde viene impuesto por el artículo 205 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, conforme al cual dicho visto bueno tiene por objeto significar que el secretario o funcionario, que expide y autoriza la certificación, está en el ejercicio del cargo y que su firma es auténtica.

Resolución de 28 de marzo de 2011
(BOE 23-4-2011)
Registro de Huelva, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. DOCUMENTOS PRIVADOS.

Al carácter excepcional del documento privado en el procedimiento registral que implica, como regla general, no solo su falta de aptitud formal para la práctica de asientos en los libros de inscripciones del Registro, sino incluso la denegación de su presentación en el Libro Diario (cfr. arts. 3 de la LH, y 420.1 del RH), se une el hecho de que, practicado un asiento en el Registro, éste queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y solo puede ser rectificado o dejado sin efecto de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos (cfr. arts. 1.2, 40, 82 y 83 de la LH), sin que una mera instancia privada tenga virtualidad alguna, cualquiera que sea la causa que se invoque, para rectificar o cancelar una anotación de embargo preventivo convertida en anotación de embargo ejecutivo en el procedimiento de apremio practicado ya a favor de la Hacienda Pública (cfr. artículos citados y 81 de la Ley General Tributaria).

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 3 de enero de 2011
(BOE 13-4-2011)
Registro Mercantil de Barcelona XII

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

Si la renuncia deja al órgano de administración inoperante para el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, por renuncia de uno de los dos administradores mancomunados o de la mayoría de los consejeros), pero permanece en el cargo algún administrador, éste será el que reciba la notificación de la renuncia y podrá convocar junta. Pero si renuncian todos los administradores —o el único— la notificación deberá hacerse a la junta y por tanto el renunciante deberá convocarla.

Resolución de 12 de enero de 2011
(BOE 13-4-2011)
Registro Mercantil de Barcelona

TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN. PRIORIDAD.

No es posible hacer constar en el Registro Mercantil que se dejan sin efecto acuerdos sociales posteriores a determinada fecha sin que previamente se inscriba el título donde se recogen y se identifiquen con claridad los acuerdos cuya cancelación se pretende.

La calificación de un documento debe realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro, sin que puedan obstaculizar su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados, aunque se pueden tener en cuenta éstos para procurar un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles. Por ello no cabe inscribir acuerdos basados en una certificación expedida por quien, según resulta de asientos anteriores, tiene en entredicho su facultad certificante.

El principio de tracto sucesivo impide la inscripción de los actos o contratos otorgados por apoderados o administradores de la sociedad con cargo no inscrito, pero no se extiende —ni es defecto impeditivo de la inscripción— a la condición de representante de la sociedad que, como Presidente de la Junta, firma el acta cuya elevación a público se pretende, dada la presunción de validez de la propia acta.

Resolución de 24 de enero de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro Mercantil de Barcelona, número XVI

ADMINISTRADORES. CESE.

Inscrito el cese de administrador y el nombramiento del nuevo en virtud de acta, no de certificación expedida por el administrador no inscrito, no cabe la oposición del cesado. Éste solo puede oponerse en los términos previstos en el artículo 111 RRM.

Además, practicado el cese, éste está bajo la salvaguarda de los tribunales sin perjuicio del derecho del interesado a impugnar el acuerdo inscrito e instar su cancelación.

Resolución de 24 de enero de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro Mercantil de Valencia, número II

RECURSO. CALIFICACIÓN.

Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por la Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, éste debe admitirse, pues el objeto del recurso no es el asiento registral, sino el acto de calificación del Registrador. Lo cual es jurídicamente posible aunque el asiento se haya practicado al haberse subsanado el defecto apreciado.

Reitera doctrina en cuanto a notificación por fax.

El supuesto de hecho es la duda respecto al segundo apellido de un administrador que se cesa, al figurar uno en la comparecencia y otro distinto en el acuerdo. No cabe aquí una calificación flexible, pues puede existir duda de cuál es el dato correcto y quién en realidad dimite. Además, cancelar un asiento requiere seguridad absoluta en la concurrencia de todos los requisitos legales, máxime teniendo en cuenta la facilidad con que se puede practicar la subsanación.

Resolución de 25 de enero de 2011
(BOE 4-4-2011)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

REDUCCIÓN. RESERVAS VOLUNTARIAS.

La ley no impide la dotación de reservas como finalidad de una reducción de capital en SL. Con ello se refuerzan los fondos propios y no se perjudica a acreedores. No tendría sentido admitirlo cuando hay restitución de aportaciones y rechazarlo cuando se mantienen inalterados los fondos propios. En este caso se mantienen las mismas garantías al constituirse una reserva indisponible en cinco años. Así lo recoge ahora el artículo 317 del TRLSC.

Resolución de 2 de febrero de 2011
(BOE 22-3-2011)
Registro Mercantil de Madrid VII

FUSIÓN. EXPERTO INDEPENDIENTE.

En una fusión en que la absorbente es una sociedad anónima, se requiere informe sobre el proyecto de fusión e informe sobre si el patrimonio aportado

a la sociedad beneficiaria es igual al menos al aumento de capital de la misma. Ambos informes pueden realizarse por el mismo experto en un mismo documento.

Si el acuerdo se adopta unánimemente por todos los socios, puede prescindirse del primero, pero no del segundo, puesto que éste es exigido en interés, no solo de los accionistas sino también de los acreedores, por lo que no puede dejarse exclusivamente al arbitrio de aquellos.

Resolución de 3 de febrero de 2011

(BOE 13-4-2011)

Registro Mercantil de Tarragona, número I

ADMINISTRADORES. CESE. NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 111 RRM.

Ante la notificación del artículo 111 RRM, el anterior titular de la facultad certificante puede oponerse acreditando la interposición de querella criminal —que no impide la inscripción del acuerdo certificado por el nuevo administrador— o justificando, no meramente alegando, la falta de autenticidad del nombramiento, en cuyo caso se produce el cierre registral. Esta justificación fehaciente se produce, por ejemplo, mediante acta notarial de la junta en que se adoptó el acuerdo. Ambos tipos de actuación no son incompatibles.

La regla general en la calificación es aplicar el principio de prioridad sin tomar en cuenta documentos presentados posteriormente. Solo pueden ser considerados excepcionalmente (como cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un órgano social en una misma reunión y documentados por separado) ante situaciones de conflicto entre socios que se traducen en contenidos documentales contradictorios que no permitan comprobar qué acuerdo debe prevalecer para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil como institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas. En el caso contemplado se da prevalencia al acuerdo documentado en acta notarial que se presentó posteriormente pero dentro del plazo previsto en el artículo 111 RRM y por la presunción que le atribuye el artículo 17.2 LN.

Resolución de 4 de febrero de 2011

(BOE 13-4-2011)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

CANCELACIÓN. NULIDAD DE ACUERDOS.

El Registrador tiene facultad para cancelar los asientos posteriores al declarado nulo que, a la vista de la documentación judicial presentada y del contenido del Registro, resulten contradictorios con éste, aunque no se identifiquen individualmente en el mandamiento correspondiente.

Los acuerdos afectados por la nulidad declarada que hayan sido cancelados no pueden volver a inscribirse, pues ello equivaldría a hacer estéril la impugnación.

Resolución de 21 de febrero de 2011
(BOE 14-3-2011)
Registro Mercantil de Toledo

UNIPERSONALIDAD.

La circunstancia de que el registro publique una situación de pluripersonalidad o un socio único que no es el actual por haber cambiado éste sin el adecuado reflejo registral, no es obstáculo para la inscripción de decisiones sociales adoptadas por quien en el momento oportuno ostenta la cualidad de socio único. Basta la manifestación al respecto del administrador que es la persona competente para certificar de las transmisiones que se hayan notificado a la sociedad, sobre todo en este caso en que la socia única y la administradora son la misma persona y ésta tiene su cargo inscrito.

Resolución de 2 de marzo de 2011
(BOE 22-3-2011)
Registro Mercantil de Madrid XIII

REDUCCIÓN Y AUMENTO SIMULTÁNEO.

Se trata de un acuerdo de reducción de capital a cero por pérdidas y simultáneo aumento por compensación de créditos hasta una cifra superior a la existente con anterioridad. No existe, en este caso, derecho de oposición de los acreedores. En cuanto a los socios, si el acuerdo se adopta unánimemente por todos ellos, no es necesario que el balance que sirve de base a la operación esté verificado por el auditor.

Resolución de 15 de marzo de 2011
(BOE 1-4-2011)
Registro Mercantil de Murcia, número II

PODER. REVOCACIÓN.

Se acuerda la revocación de un poder otorgado por los dos administradores mancomunados —uno de ellos una sociedad— a favor de una persona que es el representante físico de dicha sociedad para ejercer el cargo de administrador. Mientras concurren en esa persona las dos condiciones (representante físico y apoderado), el poder puede quedar revocado por la mera manifestación del otro mancomunado. Si se exigiese el consentimiento de ambos dependería del propio apoderado la subsistencia del poder.

Resolución de 16 de marzo de 2011
(BOE 13-4-2011)
Registro Mercantil de Madrid X

REDUCCIÓN. RESERVA LEGAL.

Se admite esta reducción, dado que la reserva legal, por su indisponibilidad, constituye un incremento del capital social como cifra de retención de elemen-

tos patrimoniales y, a la vez, sirve de protección de éste frente a pérdidas en tanto en cuanto se deben imputar antes a las reservas que al capital. No tiene más alcance que el de una reducción contable.

Resolución de 16 de marzo de 2011

(BOE 4-4-2011)

Registro Mercantil de Navarra

CUENTAS ANUALES. CIFRA DEL CAPITAL.

Las cuentas anuales, una vez depositadas, constituyen publicidad formal registral y deben reflejar la realidad social extrarregistral con la que deben coincidir. Por ello no pueden depositarse cuando la cifra del capital social consignada no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil. Si se ha realizado un aumento en el ejercicio al cual se refieren, debe ser previamente inscrito, pues el contenido del Registro se presume exacto, válido y oponible a terceros.

Por el contrario, los documentos contables depositados en el Registro no gozan de esos mismos efectos, por lo que el contenido de las cuentas depositadas no puede impedir la inscripción de un aumento de capital realizado con anterioridad al depósito de aquéllas. Por ello no es necesario que previamente se rectifiquen las cuentas en lo relativo a la cifra de capital.

Resolución de 18 de marzo de 2011

(BOE 28-4-2011)

Registro Mercantil de Alicante, número IV

ADMINISTRADORES. DURACIÓN.

Inscrito el nombramiento de administradores por cinco años y estando vigente, se modifican los estatutos estableciendo un plazo de seis años. Ello no puede suponer una prórroga tácita de su anterior nombramiento que caducará cuando se cumplan los cinco años. La Junta General se ha limitado a acordar la modificación estatutaria sin pronunciarse sobre la duración del cargo de los Administradores anteriormente nombrados.

Resolución de 23 de marzo de 2011

(BOE 28-4-2011)

Registro Mercantil de Valencia VI

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. REAL DECRETO-LEY 13/2010.

Este Real Decreto-Ley tiene como propósito la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital, siempre que cumplan determinados presupuestos relativos al tipo societario, capital social y estructura del órgano de administración, estableciendo requisitos y obligaciones procedimentales. Dicho propósito debe ser tenido en cuenta para determi-

nar las consecuencias de la inexistencia de alguno de los referidos presupuestos tipológicos o estructurales, así como del incumplimiento de los requisitos y obligaciones procedimentales impuestos a notarios y registradores.

La inexistencia de alguno de dichos presupuestos determina la inaplicabilidad de la reducción de costes y del sistema en general. Pero el incumplimiento por el notario de alguna de las obligaciones impuestas no permite que el registrador se niegue a practicar la calificación e inscripción en el plazo abreviado, ni la paralización del proceso constitutivo ni la inaplicación del régimen previsto por el Real Decreto-ley, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse al notario por el retraso en la prestación de su función.

Si es el notario quien solicita el certificado de denominación ha de hacerlo telemáticamente y remitir la escritura al Registro Mercantil en un día hábil desde que la reciba (art 5.1). Si la solicita el interesado, el plazo comienza a contar desde que es aportado al notario y no desde la recepción por el interesado o su autorizado, que puede obtenerla en formato papel sin que esa solicitud no telemática exima al Registro Mercantil Central de emitirla y enviarla en el plazo de un día hábil previsto.

En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo, aprobados por la O JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico, pero no es una relación cerrada que impida una delimitación más específica de la actividad, sin que por ello deje de aplicarse el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, al no ajustarse a la literalidad.

Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto.

La forma de convocatoria establecida en el artículo 5 de los estatutos tipo de procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica asegura razonablemente la recepción del anuncio por el socio, pues exige un comportamiento activo de éste que tiene que poner en conocimiento de la sociedad una dirección electrónica. Además el artículo en cuestión previene supletoriamente para el caso de que la convocatoria así no sea posible algún otro de los procedimientos admitidos legalmente.

Los estatutos que adopten los de la OM deben indicar el número máximo de administradores solidarios.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 803/2011, de 15 de marzo de 2010
(DOGC 4-4-2011)
Registro de Lleida, número 1

ENTREGA DEL LEGADO: PRELEGATARIOS.

Si se trata de un prelegado o de un legado de usufructo universal, el legatario disfrutará de esta facultad (art. 427.22.4). Y todo eso, con independencia del derecho de los legitimarios. Así, cuando el artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario exige que no existan legitimarios para permitir la inscripción por escritura de manifestación del legado hecha por el legatario facultado por el causante para tomar posesión del bien legado, se está refiriendo al legitimario del Código Civil español, pero en ningún caso se puede aplicar al legitimario catalán. Esta excepción se aplica tanto si el heredero favorecido por el prelegado es el heredero único o comparte esta calidad con otros herederos, aunque lo que sí es preciso es que el prelegatario acepte previa o simultáneamente la herencia.

Resolución 804/2011, de 16 de marzo de 2010
(DOGC 4-4-2011)
Registro de Barcelona, número 30

RECURSO CONTRA CALIFICACIÓN: OBJETO.

Habiendo recaído sentencia firme por la que se confirmó una resolución de esta Dirección General, no cabe ahora intentar reabrir el debate de las cuestiones de fondo en su día resueltas a través de un nuevo recurso atinente a la constatación registral de medidas cautelares ordenadas en el juicio verbal que ya ha concluido por sentencia firme.

Resolución 908/2011, de 30 de marzo de 2010
(DOGC 18-4-2011)
Registro de Barcelona, número 6

ENAJENACIÓN DE BIENES DE LOS MENORES DE EDAD.

En el supuesto de que la filiación de una persona menor de edad esté determinada exclusivamente respecto de un solo progenitor, no es posible que la autorización judicial que necesitan los padres para enajenar bienes inmuebles que preveía el artículo 151.1.a) del Código de familia (y que a partir del 1 de enero de 2011 prevé el art. 236.27.1.ª del Código Civil de Cataluña) sea sustituida por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública, de los dos parientes más próximos del hijo de la manera que establece el artículo 424.6.1.ª

del Código Civil, pero de la única rama para la que está determinado el parentesco. El recurso a la autorización de los parientes previsto en el artículo 153.2.b) del Código de Familia y 236.30.b) del Código Civil está pensado para familias en las cuales existen dos ramas de parientes y si no se aplica a la familia monoparental es, simplemente, porque en este tipo de familia, por definición, no existen estas dos ramas.

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

HIPOTECA INVERSA Y CALIFICACIÓN DE CLÁUSULAS FINANCIERAS

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO: I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.—II. COMENTARIO: 1. LA HIPOTECA INVERSA. 2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA GUBERNATIVA SOBRE EL CONTROL REGISTRAL DE LOS CLAUSULADOS HIPOTECARIOS.

I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

En el recurso interpuesto por don Luis Sánchez Pérez, en representación de la sociedad «Manchester Building Society», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Estepona (Registro núm. 2), don Javier de Angulo Rodríguez, a inscribir una escritura de hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa.

HECHOS

I

En escritura autorizada por el Notario de Estepona, don José María García Urbano, el 25 de noviembre de 2008, la sociedad «Manchester Building Society», concedió a la señora Hazel Ann I., un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizándolo con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa, sobre una finca inscrita en el citado Registro. Dicha hipoteca se constituye para garantizar hasta un máximo de: 171.966,23 €, por el saldo de la cuenta a la fecha de vencimiento; 6.369,12 € de intereses de demora; 6.369,12 € para costas y gastos judiciales; y 6.369,12 € para costas y gastos extrajudiciales.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número 2 de Estepona, fue objeto de la siguiente calificación: «...En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos.—I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado por don José María García Urbano, Notario de Estepona, el día 25-11-2005, con número 4339/2008 de Protocolo, fue presentado por «CALVE GESTORÍA ADMINISTRATIVA» a las 10:43 horas del día 12-12-2008, asiento número 263 del Diario 46, retirado el diecisiete de diciembre de dos mil ocho y vuelto a presentar el veintidós del mismo mes.—II. En dicho documento se constituye una hipoteca inversa a favor de la entidad Manchester Building Society, domiciliada en Inglaterra (Reino Unido) y constituida conforme a las leyes de dicho país.—III. En nombre de la citada entidad comparece don Luis Sánchez Pérez. El Notario autorizante del documento presentado, aún cuando juzga suficientes las facultades representativas del compareciente, resultando de otros documentos presentados anteriormente en este Registro relativos a la misma entidad que dicho poder, que está redactado en doble columna en castellano e inglés y debidamente apostillado, está otorgado por don Paul Antony George Rumbold y don Ian Michael Richardson, en calidad de consejeros de la entidad, no acreditada de modo alguno dicha circunstancia.—IV. Del documento calificado resultan los siguientes extremos: 1. Según el apartado IV de la Exposición: «las partes convienen en otorgar la presente escritura de hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre». 2. Aunque según la Estipulación Primera, la acreditante concede al acreditado un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 171.966,23 €, de la Estipulación Segunda resulta que el acreditado solo ha podido disponer de 4.709,30 € en concepto de Comisión de Apertura, y podrá disponer de 60.255,72 €, una vez hubiere sido inscrita la hipoteca en el Registro, de manera que, en cuanto al resto del principal se trataría de un crédito indisponible («sin que puedan efectuarse otras disposiciones del crédito o del saldo que, en su caso, pudiera presentar la cuenta a favor del acreditado»). 3. En diversas cláusulas de la escritura se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla, arrendarla e incluso dejar de destinarla a vivienda habitual (cláusulas décima, puntos 1, 2, y 4; undécima, puntos 2, 6 y 11; decimotercera, apartado 2, puntos 6, 7, 9, 11 y 13; vigésima, apartados 4 y 5.1). 4. Según el expositivo II de la escritura, la oferta del acreditante, que se incluye redactada en inglés en la propia escritura como Anexo I, se considera parte integrante de la escritura a todos los efectos. 5. En la cláusula decimonovena se incluyen diversos aspectos relativos al tratamiento de datos personales, incluyendo el tratamiento automatizado, la realización de perfiles de evaluación para la toma de decisiones, y autorizaciones de cesión, incluso con carácter transfronterizo. 6. En diversas cláusulas de la escritura está prevista la inclusión dentro del principal de la deuda de comisiones, gastos, impuestos, seguros..., de toda índole (cláusulas segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, decimoprimer, decimosegunda, decimotercera, decimoquinta...), sin que dichas cantidades hayan sido objeto de contemplación, mediante la correspondiente garantía especial y separada en la cláusula vigésimoprimer, de constitución de hipoteca. 7. En la cláusula trigésima, apartados 2 y 4, se concede por el deudor al acreedor un poder irrevocable.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes fundamentos de derecho:

I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.

II. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho III anterior, la intervención en el poder otorgado ante el Notario don Stephen Reid Latimer, como poderdantes, por don Paul Antony George Rumbold y don Ian Michael Richardson, en su calidad de consejeros de la entidad, se produce sin que se acrediten sus nombramientos, la vigencia de sus cargos, ni sus facultades, lo que constituye defecto subsanable conforme a los artículos 1259 del Código Civil, 18 de la Ley Hipotecaria y 51.9.c) de su Reglamento.

III. En relación con la imposibilidad de disponer de los fondos que resulta de lo indicado en el Hecho IV.2 anterior, a pesar de que pueda resultar admisible en la legislación inglesa, debe analizarse conforme al Derecho español, en el que, aunque las partes pretendan constituir una «hipoteca inversa», y se precise la garantía de unos intereses que hasta el vencimiento resulta complejo cuantificar, no cabe articular la garantía de tales intereses mediante su inclusión en la cifra del principal de un crédito en cuenta corriente, pues dicho principal, por su propia naturaleza —la de un préstamo—, precisa de la entrega o al menos de la posibilidad de disposición, sin que puedan tampoco confundirse y ser tratados conjuntamente los conceptos y cantidades correspondientes al principal de la deuda y a los intereses que genere dicho principal. Como indicaba la Resolución de la DGRN, de 27 de julio de 1999, «la existencia de la relación contractual de apertura de crédito que serviría de base a la obligación garantizada por el saldo resultante de la cuenta, resulta contradicha por las estipulaciones segunda y undécima que condicionan la disponibilidad del crédito a que se efectúe únicamente por los medios que la entidad acreedora admita, sin permitir siquiera la posibilidad de disponer del crédito mediante numerario y, por tanto, en contra de lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil». En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 28-2-1933, 4-7-1984, 29-10-1984, 23-12-1987, 22-3-1988, 26-11-1990, 3-10-1994 17-1-1994, 11-1-1995, 6-6-1998, 24-7-1998, 7-6-1999.

IV. Desde otro punto de vista, y en contravención de lo exigido por el artículo 12.1 de la Ley Hipotecaria, en la presente hipoteca no se expresa una cifra máxima de responsabilidad en concepto de intereses, ni el número de años a que se extiende la garantía de los mismos. De ello resultaría que solo estuviesen garantizados los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente, pues aunque a las hipotecas inversas no les afecte, conforme al apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el límite de cinco años previsto en el artículo 114.2 de la Ley Hipotecaria, no se acuerda en la escritura presentada el pacto en contrario que permite el artículo 114.1 de la Ley Hipotecaria.

V. Además, y sin que se determine mediante un pacto expreso al respecto, todo lo que sea objeto de cargo en el supuesto crédito abierto en cuenta corriente, devengará intereses, lo que supone de hecho un pacto de anatocismo. El pacto de anatocismo, consistente en la acumulación de los intereses vencidos y no satisfechos al capital principal para que, a su vez, sigan produ-

ciendo intereses, se considera defecto insubsanable, por la posibilidad de que su aplicación incrementalmente de forma imprevisible la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal, más allá de lo convenido en la Cláusula de Constitución de la hipoteca. Sin prejuzgar la validez obligacional del pacto de anatocismo, no cabe que unas mismas cantidades puedan devengar intereses por distintos conceptos, ni duplicar las garantías para unas mismas cantidades, ni mezclar la garantía por principal con la garantía por intereses, ni confundir la garantía por intereses con la garantía por intereses nuevamente devengados por los intereses no satisfechos, de manera que cada cantidad que en su día sea reclamada lo tendrá que ser por un determinado concepto, y deberá caber dentro de la cifra de responsabilidad prevista para dicho concepto. No hacerlo así es contrario al orden público (art. 6 del CC) y vulnera las exigencias del principio de especialidad y a los artículos 104 y 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento (Resoluciones de la DGRN de 20 de mayo de 1987; 30 de enero y 2 de febrero de 1998). El mecanismo incluido en la escritura que se califica supondría que, disfrazados de capital, los intereses superarían el límite de dos años de cobertura impuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria —al no existir pacto en contrario— límite que tiene por objeto, según la primera de las citadas Resoluciones, «evitar que el acreedor acumule grandes cantidades de intereses, con grave confusión para los adquirentes y para la circulación de las fincas hipotecadas en el tráfico jurídico». La barrera del artículo 114 es un tope infranqueable tanto entre partes como frente a terceros, según sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 1985, que analiza además este problema desde el punto de vista de la prescripción. Ni siquiera en el ámbito de la hipoteca inversa ha querido el legislador, pudiendo hacerlo, dar entrada al anatocismo, pues en el apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, ha señalado una excepción extraordinaria al principio general del límite máximo de cobertura de intereses, al señalar que no será en estos casos de aplicación el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pero ni siquiera en una hipoteca rodeada de tan exigentes requisitos ha admitido que los intereses vencidos devenguen nuevos intereses, ni puedan indiscriminadamente mezclarse con la responsabilidad por principal, sin ser objeto de una cifra de responsabilidad separada, por contrariar el principio de especialidad, posibilitar que unas mismas cantidades devenguen doblemente intereses, o puedan ser objeto de una duplicidad de garantías. Pero es que, además, no solo está prevista en la escritura la capitalización de los intereses devengados, sino que se pretende la extensión del pacto de anatocismo a las comisiones y gastos, lo que carece absolutamente de justificación.

VI. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho IV.3 anterior, debe indicarse que no puede condicionarse el vencimiento anticipado de la hipoteca a los supuestos de venta de la finca, arrendamiento o gravamen, y lógicamente menos aún al caso de dejar de constituir la vivienda habitual del acreditado, y ello ni siquiera en el caso de una hipoteca inversa (en la que solo es admisible el vencimiento en caso de enajenación si se da al deudor la posibilidad de sustituir la garantía en caso de venta de la finca hipotecada, según exige el párrafo segundo del apartado 5 de la Disposición Adicional Primera), por contravenir de forma frontal los principios de libertad de contratación, libre circulación de los bienes y fomento del crédito territorial, además de así resultar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y de abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y constante doctrina de la DGRN (véase... [se cita determinado artículo doctrinal]). A ello debe añadirse que la previsión conteni-

da en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisible, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. Si según reiterada doctrina del Tribunal Supremo no puede declararse vencida la total obligación garantizada por la hipoteca por impago de una cuota, mucho menos podrá vencer por incumplir, genéricamente, cualquier tipo de obligación de entre las innumerables, la mayoría de ellas accesorias, que se contienen en la escritura presentada. A mayor abundamiento, declarar el vencimiento de la hipoteca por cualquier incumplimiento, hasta accesorio, vulnera la letra *e*) del apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, según la cual es requisito de esta nueva figura de la hipoteca inversa «que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios». Aunque la Ley 41/2007 ha admitido la constitución de hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, se trata de obligaciones principales, y aunque el nuevo artículo 153 de la Ley Hipotecaria exija «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas», el artículo 12 de la misma Ley requiere que «se identifiquen las obligaciones garantizadas». No puede estimarse que las obligaciones garantizadas queden identificadas con la genérica remisión a «cualquier incumplimiento de la escritura». En consecuencia, lo indicado en tal apartado de los hechos, es contrario a lo establecido en los artículos 27 LH y 57 de su Reglamento, en que niega el acceso al Registro, de las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el apartado anterior. Supone una limitación injustificada de los principios de libertad de contratar (art. 1258 CC), y de libre disposición del dominio (art. 348 CC), es una coacción injustificada al hipotecante para que no vuelva a hipotecar (art. 107.3 LH), y obstaculiza que la propiedad de las fincas hipotecadas cumpla el destino y fin social que les corresponde (arts. 33.2, 33.5 y 128.1 de la Constitución Española). La propia DGRN, en Resolución de 27 de enero de 1986, califica este pacto de «abusivo» contrario por tanto al artículo 7.2 del Código Civil. Tanto las prohibiciones de vender como de arrendar, como las declaraciones de vencimiento anticipado si la finca se grava o es objeto de embargo, son contrarias además a los principios de libertad de contratación y de fomento del crédito territorial (Resoluciones de la DGRN, de 26 de julio de 1928, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 27 de enero de 1986, 24 de abril de 1992, 8 de noviembre de 1993, 15 de julio de 1998, etc.).

VII. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho IV.4 anterior, resulta que la oferta vinculante redactada en inglés y que forma parte de la escritura, no ha sido objeto de traducción al castellano, lo que impide analizar su contenido, aún cuando, dentro de las limitaciones que causa la falta de traducción, pueden apreciarse importantes contradicciones en diversos aspectos, en los que se aparta, incluso de manera radical, del texto de la escritura, imposibilitando saber cual es el verdadero contenido del contrato.

VIII. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho IV.5 anterior, las obligaciones relativas a comunicación, cesión y uso de datos personales, dada la generalidad de los términos que se utilizan, suponen la recogida del consentimiento del titular de los datos de un modo genérico, que no resulta inequívoco, lo que se opone a lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley

Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999, de 13 de diciembre, coartando los derechos de privacidad del deudor, *habeas data*, cuyo poder de disposición sobre sus datos, derecho fundamental según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es objeto de una renuncia anticipada, condicionando la revocación de su posible consentimiento, al anudar a ella el vencimiento de la hipoteca, lo que resulta contrario al artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999, de 13 de diciembre. Todo ello, en ejercicio del principio de ponderación, resulta desproporcionado a la finalidad perseguida, resultando por ello contrario al artículo 6.2 del Código Civil y al artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007. Además, el contenido de la cláusula citada vulnera lo dispuesto en los artículos 13 y 33 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

IX. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho IV.6 anterior, todas las referencias contenidas a lo largo del clausulado a comisiones, gastos e impuesto (salvo los vinculados a la ejecución hipotecaria) y primas de Seguro, no son inscribibles, por no estar garantizados hipotecariamente de forma separada de los gastos de ejecución, ni es inscribible tampoco la pretensión de acomodarlos en la garantía por principal, sin que la denegación implique perjudicar su eficacia obligacional entre las partes contratantes, de conformidad con los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario (Resoluciones de la DGRN de 19 de enero, 8, 15, 20 y 21 de marzo, y 1 y 2 de abril de 1996).

X. El poder irrevocable del deudor al acreedor a que se refiere el Hecho IV.7 anterior, previsto para que este último proceda a realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, que sean necesarias para inscribir la presente escritura, incluso en caso de autocontratación, resulta contrario a los artículos 1732 y 1733 del Código Civil, a los que solo caben excepciones basadas en una justa causa, entendiendo por tal un negocio cuyo medio de ejecución deba ser el poder irrevocable, el cual subsistirá mientras subsista el negocio que lo motivó, sin que sea posible su admisión indiscriminada, como señala el Tribunal Supremo, en sentencias de 31 de octubre de 1987, de 11 de mayo de 1993 y 19 de noviembre de 1994. En el presente caso el poder irrevocable se refiere a una actuación que puede interesar o no al deudor, y cuyo momento de ser ejecutada queda a la exclusiva determinación del acreedor. En consecuencia, el apoderamiento previsto vulnera lo establecido por el artículo 1256 del Código Civil, al quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

XI. En caso de haber podido ser inscrita la hipoteca, hubiesen sido denegadas además: a) las causas de vencimiento anticipado contenidas en la escritura, pues, además de las razones particulares para denegar por sus propios términos cada una de ellas, el apartado 1.c) de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, impone que la deuda solo puede exigirse y la garantía ejecutarse cuando fallezca el prestatario; y b) las comisiones de cancelación o amortización anticipada, total o parcial, por exceder lo permitido por el artículo 7 y 8 de la citada Ley.

XII. De conformidad con el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, y en relación con el completo contenido de la escritura, dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, y sujeto a la existencia de condiciones generales, se advierte que el conjunto de la operación pudiera

resultar contrario a las exigencias de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, conforme a sus artículos 82 y siguientes, cuya incidencia pueda ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nulidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación.

XIII. Finalmente, en la escritura presentada a inscripción se constituye una hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, resultando que la citada figura se encuentra sometida a una serie de requisitos establecidos en la propia disposición, resultando además que el Ministerio de Economía no ha dictado aún las normas de desarrollo previstas en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional Primera, normas que son imprescindibles para que el nuevo producto pueda desplegar sus efectos, dado su riesgo elevado para ambas partes contratantes, y la circunstancia de ser sujeto de importantes excepciones al régimen hipotecario ordinario, como son las establecidas en materia de vencimiento por transmisión voluntaria del inmueble, limitación de la responsabilidad patrimonial universal —sin necesidad de que el acreedor haga, como hace en la cláusula primera y en el último párrafo de la vigésima, ningún tipo de renuncia al respecto, máxima cuando se contradice en el último párrafo de la vigésimoprimer—, o las que dejan sin aplicación el límite de cobertura de intereses fijado en el párrafo 2.º del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

En su virtud, acuerdo denegar, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota (sigue pie de recurso).—Estepona, a doce de enero del año dos mil nueve.—El Registrador. [Firma ilegible].

III

La calificación fue notificada al Notario autorizante de la escritura y al presentante el 20 de enero de 2008.

El 10 de febrero de 2009 se solicitó la aplicación del cuadro de sustituciones para calificación, correspondiendo la misma al Registrador de Málaga (Registro núm. 10), don Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, quien estimó tal solicitud extemporánea.

Don Luis Sánchez Pérez, en representación de la sociedad «Manchester Building Society», interpuso recurso contra la calificación mediante escrito con fecha de 20 de febrero de 2008, que causó entrada en el Registro el día 23 de junio, con base en las siguientes alegaciones:

- a) La entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las que refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y así consta acreditada ante el Banco de España, concretamente en el Registro Oficial de Entidades, desde el 22 de enero de 2008, cumpliendo con el requisito establecido en el punto 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, con las consecuencias que ello comporta en relación con el nuevo tenor del artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria.

- b) Reuniendo el crédito hipotecario formalizado en la escritura los citados requisitos, éste deberá gozar de las ventajas fiscales y reducciones arancelarias notariales y registrales que conllevan, con independencia de ulteriores desarrollos normativos que pudieran, lo que no impide su inscripción y, en cualquier caso, no afectan a la función calificadora de los Registros de la Propiedad, por quedar fuera de sus funciones (art. 18 de la LH), puesto que las normas legales obligan por sí a todos salvo que prevean otra cosa —que esta Ley no lo previene— sin necesidad de complemento o desarrollo.
- c) En cuanto al Fundamento Jurídico tercero de la calificación (presunta imposibilidad de disponer fondos), debe ponerse de relieve cómo la resolución de esta Dirección General, que se cita en la nota, no contempla el caso presente sino otros distintos, pues en la escritura calificada se permite disponer de numerario, confundiendo la nota el límite de responsabilidad con el límite de crédito disponible (el primero es el máximo de responsabilidad y no del crédito dispuesto), ya que de la totalidad del crédito disponible ya habría dispuesto el contratante tras la firma del contrato y su inscripción registral, devengando el mismo intereses hasta el límite de crédito de la responsabilidad hipotecaria.
- d) Respecto de los fundamentos cuatro y quinto de la nota, la Ley 41/2007 no exige ningún pacto expreso contrario al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, siendo evidente, a la vista de lo regulado en la escritura calificada, que se está pactando en contra del límite de cinco años, como permite la DA 1.^a de dicha Ley 41/2007, lo que se deduce de la simple lectura del inciso final del apartado 6.º de dicha Disposición Adicional, dado que una hipoteca inversa es una forma especial de hipoteca en garantía de una cuenta corriente bancaria, y, al igual que en ésta, hasta el cierre (en este caso, hasta la muerte) no hay que realizar pagos, de modo que las cantidades dispuestas generan intereses que no están sujetos a devolución antes del cierre de la cuenta; y porque no son pagaderos, ni están sujetos al artículo 1966 del Código Civil ni al 114 de la Ley Hipotecaria. Estas normas presuponen que los intereses son debidos y por eso no pueden acumularse más de cinco años, ya que el acreedor ha podido cobrarlos sin dejar que se acumulen engrosando la deuda. Si los intereses devengados no son pagaderos, forzosamente deberán acumularse al capital y generar nuevos intereses, como sucede cuando se inscriben hipotecas de los artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, que no exigen, por ser imposible, una cobertura de responsabilidad específica para intereses.
- e) Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, debe ponerse de manifiesto su total validez, amparadas por el Tribunal Supremo —Sala 1.^a—, en su sentencia de 4 de junio de 2008, cuando declaró que solo se entenderán nulas aquellas cláusulas de vencimiento anticipado en relación con el ejercicio abusivo de la entidad acreedora, tales como: incumplimientos irrelevantes; concurrencia de circunstancias dejadas al libre albedrío de la entidad financiera y causar perjuicio de manera desproporcionada y no equitativa. Además, se desconoce por el Registrador la regulación impuesta por el artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la reforma de 2007, y en la doctrina de esta Dirección General, pues si estas cláusulas conculcan el

principio de libertad de contratación, entonces no tienen efecto jurídico-real, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser solo «transcritas» sin realizar calificación alguna; y lo mismo respecto de los denunciados «pactos obligacionales» a que se sigue refiriendo la nota. Por todo ello, debe entenderse que el citado precepto 12.2 de la Ley Hipotecaria es taxativo, de modo que solo cabe inscribir mediante calificación previa las cláusulas especificadas en el párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley Hipotecaria y, si éstas se califican favorablemente, entonces en los préstamos a favor de entidades de la Ley de regulación del Mercado Hipotecario se transcribirán (sin calificarlas) las demás cláusulas en los términos que resulten de la escritura de formalización. Este ha sido el criterio de este Centro Directivo ya desde la Resolución de 21 de diciembre de 2007 (Resoluciones de 22 de marzo y 16 de mayo de 2008).

Asimismo, el apartado 1.c) de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 41/2007 no tiene como propósito establecer que la muerte del prestatario es la única causa de vencimiento anticipado posible de la hipoteca inversa. La norma está describiendo los rasgos típicos de una hipoteca inversa, en el sentido de que es una hipoteca cuyo devengo de amortización se produce con la muerte. Pero no quiere decir que no quepan causas de vencimiento anticipado distintas de la contingencia típica descrita como rasgo definitorio en la norma.

- f) En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado por enajenación de la vivienda habitual, la propia Ley 41/2007, en su Disposición Adicional 1.ª, apartado cinco, párrafo 2.º, la establece como causa expresa de vencimiento anticipado. La hipoteca constituida cumple con los requisitos establecidos en tal precepto, y sería contraproducente para los interesados negar la inscripción de tales cláusulas, pues constituyen la condición misma de posibilidad de este producto hipotecario perfectamente adaptado a personas mayores, pues de lo contrario las personas mayores no podrían contratar hipotecas inversas, o lo harían a un coste mucho mayor, ya que la entidad financiera tendría que cubrirse el riesgo de enajenación del inmueble.
- g) Respecto del arrendamiento como posible cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 13.2.7 de la escritura), el examen de tal cláusula ha de partir del hecho de que la esencia de la hipoteca inversa consiste en centrarse en la vivienda habitual del hipotecante, por lo que no tendría sentido que si se constituyera una hipoteca sobre la vivienda habitual (para gozar de las exenciones y bonificaciones previstas por el legislador), luego desapareciera tal característica esencial de la misma (arrendarse a un tercero o dejar de habitarla con carácter permanente), y conlleve un perjuicio para el acreedor, que está sujeto a la imposibilidad de reclamar los intereses que se van generando hasta un plazo de doce meses desde el fallecimiento del último de los acreditados, pudiendo deducirse la admisibilidad de la cláusula de la doctrina de la Resolución de esta Dirección General, de 24 de marzo de 2008.
- h) Respecto de las afirmaciones contenidas en la nota sobre el poder irrevocable conferido, la argumentación del Registrador es totalmente arbitraria. Además, dicho poder irrevocable se corresponde con los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo para que pueda conferirse tal apoderamiento. Es absurdo afirmar que el apoderamiento

quedaba al arbitrio del acreedor. Son argumentos incongruentes entre sí el reproche de que este poder «puede interesar o no al deudor» y por eso no puede ser irrevocable, y el reproche de que se trata de un poder para que el acreedor realice actos arbitrarios. Por otra parte, es equivocada la interpretación que en la nota de calificación se hace del artículo 1255 del Código Civil, pues lo que impide esta norma es que el deudor de una obligación se reserve el arbitrio de decidir si debe y cómo debe. No se establece la nulidad de una cláusula en la que el acreedor se reserve la facultad de ejercitar si quiere una garantía real de la que dispone, o de una cláusula por la que el acreedor se reserve la facultad de liberar al deudor, si quiere aquél, de una obligación establecida a su cargo en el contrato.

- i) Respecto de las condiciones generales de la contratación, este Centro Directivo ha repetido con contundencia en reiteradas ocasiones que no es tarea del Registrador realizar un control de las cláusulas conforme al régimen de condiciones generales o cláusulas abusivas, arrojándose una potestad judicial.
- j) Y en cuanto al defecto calificado como insubsanable, derivado de la ausencia de desarrollo normativo para poder otorgarse hipotecas inversas, se trata de una peculiar interpretación del señor Registrador, que se desmiente por los mismos hechos, dado que la misma sociedad representada había firmado cientos de hipotecas inscritas en decenas de Registros en toda España, sin que se haya objetado, por casi la unanimidad, la inexistencia de esta figura jurídica por falta de desarrollo reglamentario, toda vez que las hipotecas inversas están reguladas suficientemente para poder otorgarse, como se están haciendo.
- k) En relación con el defecto expresado en el fundamento VII, se trata de una mera afirmación voluntarista del Registrador en su voluntad por encontrar defectos a la escritura, sin que presente prueba o ejemplo alguno de las citadas «contradicciones».

En resumen, la calificación recurrida topa frontalmente con la doctrina de este Centro Directivo, una de cuyas más destacadas funciones, como puso de relieve la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, fue formar una jurisprudencia ajustada al espíritu de la ley, que constituya complemento necesario del precepto escrito y asegure la uniformidad en su aplicación, correspondiendo, por tanto, al Centro Directivo aclarar y fijar la verdadera interpretación de las Leyes. Por ello, se solicita que, tras los trámites pertinentes, se deje sin efecto la calificación recurrida y en consecuencia se inscriba el derecho real de hipoteca y se transcriban todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, de conformidad con el artículo 12.1 y 12.2 de la Ley Hipotecaria y las resoluciones de esta Dirección General.

IV

Mediante escritos con fecha de 13 de marzo de 2008, el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 20 del mismo mes). En dicho informe expresa que, notificado el escrito de recurso al Notario autorizante el 24 de febrero de 2009, no ha formulado alegaciones en el trámite correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348, 647, 1172, 1255, 1256, 1753, 1857 y 1911 del Código Civil; 317 del Código de Comercio; el Preámbulo, el artículo 2, apartado 3, el artículo 11 y la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (publicada en el *BOE* de 8 de diciembre); los artículos 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 33, 37, 82, 104, 114, 130, 142, 153, 153 bis, 258.2 y 326 de la Ley Hipotecaria; artículos 7, 9, 51 y 220 del Reglamento Hipotecario, los artículos 517, 551, 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su vigente redacción; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; artículos 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; el artículo 18 de 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; artículos 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto-Legislativo 1/2007—, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08), las Resoluciones de este Centro Directivo, de 26 de julio de 1928, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 4 de julio de 1984, 27 de enero de 1986, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987, 8 de octubre de 1991, 24 de abril de 1992, 4 de marzo de 1993, 19 de enero, 23 de febrero, 8 y 18 de marzo y 16 de julio de 1996, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo de 1996, 22 de abril de 1997, 15 de julio de 1998, 11 de febrero y 24 de agosto de 1998, 28 de abril y 27 de julio de 1999, 3 de abril y 27 de septiembre de 2000, 3 de noviembre de 2000, 6 y 18 de noviembre de 2000, 7 de junio de 2001, 8 de noviembre de 1993, 2 y 3 de septiembre de 2005 y 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (dos), y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero, 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo de 2008, 5, 6, 14, 16, 19 y 20 de mayo y 24 de julio de 2008, y las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa.

Denegada la inscripción por las razones que el Registrador expresa en su extensa nota de calificación, el recurrente impugna determinados extremos de ésta. Por ello, la presente resolución se centra en el examen de tales extremos, lo que se llevará a cabo siguiendo el mismo orden expresado en el recurso para una mayor claridad expositiva. No obstante, algunas de tales cuestiones se relacionan con el alcance que la ley atribuye a la función calificadora del Registrador cuando de la inscripción de la hipoteca se trata, por lo que las consideraciones que se expresan sobre tales extremos han de ser aplicables, en lo pertinente, a toda la calificación efectuada en el presente caso, pues el recurrente solicita en su escrito impugnatorio que se inscriba el derecho real de hipoteca y se transcriban todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pactadas en la escritura calificada.

2. Antes de entrar a resolver sobre los referidos extremos, debe señalarse que la calificación registral impugnada se ha emitido vigente la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas únicamente pueden ser resueltas tras recordar los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma y después de realizar un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula, al igual que el precepto mencionado, otros aspectos del mercado hipotecario.

A la luz de estos presupuestos, que serán desarrollados a continuación, es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras», a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12, han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

3. Como expresa la propia Exposición de Motivos de la citada ley modificativa (apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria constituye una medida que, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «...por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. Pues bien, esta finalidad de la Ley, que se plasma en el tenor literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, no se alcanzaría si dicho precepto se interpretase en el sentido de que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debieran ser objeto de calificación registral conforme a las reglas generales. Para el legislador tal interpretación supondría el mantenimiento de la diversidad de calificaciones registrales y, con ello, la falta de uniformidad de los asientos de inscripción de hipoteca, lo que en la práctica implicaría la frustración de los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma, centrados en la necesidad de dotar de homogeneidad a los contratos destinados a la contratación en masa uti-

lizados en el mercado hipotecario, con el objetivo de impulsar y fomentar el mercado hipotecario. El legislador ha considerado que de forma excepcional y con base en razones de política legislativa que así lo justifiquen, resulta necesario delimitar la función calificadora en relación con ciertos aspectos del negocio, a fin de facilitar el acceso al Registro de los productos financieros. Se trata, en consecuencia, de una limitación al juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que responde a un intento de adaptación a las necesidades concretas del mercado hipotecario en el momento de su promulgación, con el objetivo de favorecer la contratación en masa.

Sin embargo, asumido lo anterior, lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino solo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma introducida por la Ley 14/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que: «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la UE ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la sentencia *Von Colson* (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —traspuesta al ordenamiento español mediante 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— es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los

Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciarla entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo).

En la misma línea, se acaba de manifestar recientemente la corte comunitaria en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Es cierto que se han levantado voces en defensa de la supuesta inoponibilidad de este tipo de cláusulas, pero una interpretación en este sentido, no solo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros, sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Recuérdese que dicho precepto establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados 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 consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

De hecho, si recurrimos a la lectura de los trabajos parlamentarios se advierte sin esfuerzo la estrechísima relación existente entre el mencionado precepto y el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de que la redacción de ambos evolucionaba en paralelo. Ello evidencia de forma incontestable que el legislador, al señalar en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria que la ejecución directa de los bienes hipotecados deberá realizarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título y que se hayan incorporado al asiento respectivo, sin hacer exclusión de ninguno de estos extremos y con independencia de su naturaleza, era plenamente consciente de la inclusión en el mencionado precepto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a las que se refiere el artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Tal y como ha sido configurado por el legislador tras la última reforma, el artículo 12 constituye una concreción de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sin que el contenido del inciso final del artículo 51.6.^a del mencionado Reglamento suponga obstáculo alguno a esta interpretación, desde el momento

en que debe considerarse, en su concreto ámbito de aplicación y en cuanto sea incompatible, tácitamente derogado por la Ley 41/2007.

En definitiva, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadoradora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a las que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadoradora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadoradora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (por ejemplo, basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida, convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. Como señala la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2007 (Ap. VII), «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del

régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos. Téngase en cuenta además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación (...) no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, al respecto, las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-168/2005, C-78/98, C-392/04, C-422/04 y C-40/08). No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito —calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)— unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia.

A todo lo apuntado cabe añadir que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas. Resulta evidente que la intervención simultánea de notarios y registradores, en el caso de estos últimos, en los términos antes apuntados, constituye un serio desincentivo a la solicitud de tales medidas y, claro está, un evidente obstáculo a su concesión.

4. Pasando ya a analizar las cuestiones materiales o de fondo planteadas en el recurso, han de realizarse primeramente dos precisiones a la vista de la regulación que se contiene en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

En primer lugar, por lo que resulta del propio título (en este punto no cuestionado por el Registrador en su calificación) y como afirma el recurrente en su escrito, la entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, estando acreditada ante el Banco de España, en tanto que inscrita en el Registro Oficial de Entidades desde el 22 de enero de 2008, por lo que la entidad acreedora cuyo derecho se garantiza con la hipoteca inversa constituida cumple el requisito establecido por el apartado 2 de la citada Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, conforme al cual las hipotecas inversas previstas en la misma «solo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España», circunstancia esta de la que se derivan una serie de consecuencias, y no solo las previstas en la citada Disposición Adicional, sino

también las resultantes del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, con la interpretación y las precisiones antes apuntadas.

En segundo lugar, expresa el Registrador en su calificación (fundamento XIII) que el Ministerio de Economía no ha dictado aún las normas de desarrollo previstas en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional primera de la citada Ley 41/2007, y entiende que tales normas de desarrollo son imprescindibles para que el nuevo producto —hipoteca inversa— pueda desplegar sus efectos, «dado su riesgo elevado para ambas partes contratantes, y la circunstancia de ser sujeto de importantes excepciones al régimen hipotecario ordinario», entre las que cita el vencimiento por transmisión voluntaria del inmueble, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal, y las que dejan sin aplicación el límite de cobertura de intereses fijado en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Frente a tal consideración, el recurrente alega que la previsión de ulteriores desarrollos normativos conforme a la citada Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, respecto de la hipoteca inversa, no impide su inscripción, dado que las normas legales obligan *per se* a todos, sin necesidad de complemento o desarrollo, salvo que prevean otra cosa —lo que no acontece en dicha Ley—.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo no puede sino compartir el criterio del recurrente, siguiéndose así una línea que siempre ha guiado su actuación y de lo que son bien expresivas las afirmaciones —trasladables al presente caso— que se contienen en la Resolución de 26 de octubre de 1973 cuando, a propósito de una figura carente de una completa regulación legal (hipoteca cambiaria), expresaba lo siguiente: «no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal...». Y es que en los supuestos de remisión normativa hecha por una Ley mediante un reenvío a una normativa reglamentaria ulterior a favor de la Administración, fuera de los supuestos de delegación legislativa o remisión recepticia (caso de las Leyes de Bases a que se refiere el art. 82 de la Constitución Española), la Ley remitente tiene fuerza normativa directa y propia, de forma que del desarrollo de la remisión legal al Reglamento surge una norma estrictamente reglamentaria, y por ello subordinada a la propia Ley de remisión, sin que la *vis obligandi* de ésta quede condicionada a la previa producción de la norma reglamentaria, salvo que así lo hubiere previsto expresamente aquella Ley o resulte imprescindible por razón de su contenido. Por ello, a diferencia de las Leyes de Bases que no tienen fuerza normativa directa y propia, en los casos de delegación no recepticia la Ley delegante remite al Reglamento para completar con mayor o menor extensión su propia regulación, pero sin impedir la entrada en vigor y aplicabilidad de sus mandatos normativos, pues la actuación reglamentaria debe producirse «en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad» (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, 14 de octubre de 1995, entre otras muchas). Esta relación de subordinación la ha confirmado el Tribunal Constitucional afirmando que no se excluye «que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Cons-

titución a favor del legislador» (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 23 de julio, Fundamento Jurídico 4, confirmado, por todos, en el Fundamento Jurídico 14 de la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre). Por ello, como ha destacado también nuestra jurisprudencia, las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la misma Ley (cfr. sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 1967 y 6 de julio de 1972).

Lo señalado supone, en el presente caso, que las previsiones que contiene la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en su Disposición Adicional Primera, sobre regulación de la hipoteca inversa, entraron en vigor, con el resto de la Ley, el día siguiente a la su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (cfr. Disposición Final Décima), sin que la misma se haya de entender postergada al momento en que el Ministerio de Economía y Hacienda proceda a dictar las normas reglamentarias sobre transparencia y protección de clientela previstas en los apartados 3 y 4 de la citada Disposición Adicional Primera, conforme a la habilitación normativa contenida en la misma.

5. Por lo que se refiere a las cuestiones concretas que son objeto de debate en este recurso, procede analizar el primero de los defectos, en el que el Registrador pone de relieve que si bien se concede al acreditado un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 171.966,23 euros, de lo pactado en la misma escritura resulta que solo ha podido disponer de 4.709,30 euros en concepto de comisión de apertura, y podrá disponer de 60.255,72 euros, una vez que haya sido inscrita la hipoteca, de modo que —a su juicio—, «en cuanto al resto del principal se trataría de un crédito indisponible (“sin que puedan efectuarse otras disposiciones del crédito o del saldo que, en su caso, pudiera presentar la cuenta a favor del acreditado”)». Y entiende que no cabe articular la garantía de tales cantidades (las que corresponden a la diferencia) mediante su inclusión en la cifra del principal de un crédito en cuenta corriente, «pues dicho principal, por su propia naturaleza —la de un préstamo—, precisa de la entrega o al menos de la posibilidad de disposición, sin que puedan tampoco confundirse y ser tratados conjuntamente los conceptos y cantidades correspondientes al principal de la deuda y a los intereses que genere dicho principal».

Frente a tal apreciación, argumenta el recurrente que en dicha calificación se confunde «límite de responsabilidad» con «límite de crédito», toda vez que, en el supuesto que motiva el recurso, la totalidad del crédito disponible ya habría sido dispuesto tras el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral, devengando desde entonces intereses hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria.

Varias son las razones que impiden confirmar la calificación recurrida en este extremo. En primer lugar, porque se incurre en la confusión de extender el régimen jurídico del préstamo mutuo a la apertura de crédito en cuenta corriente, siendo así que es esta figura contractual, acompañada de la constitución del gravamen hipotecario, y no aquella la que se ha convenido entre los contratantes en el presente caso. Ambas modalidades contractuales pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Pero debiendo diferenciarse los conceptos y regímenes jurídicos de ambos contratos. La distinción es clara

y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo, subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1753 a 1757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan solo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 7 de abril de 2004 afirma que: «El artículo 1740 del Código Civil regula dos contratos distintos, el comodato o préstamo de uso y el mutuo o simple préstamo consistente en la entrega, por una de las partes a la otra, de dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Como dice la sentencia de esta Sala, de 22 de mayo de 2001, el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario».

Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente —acreditado— y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente — como sucede en el presente caso—, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, sino que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas: el concedente, por cuanto si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho, pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolución de 18 de junio de 2001). Se trata de un contrato que, aunque aludido en el número 7 del artículo 175 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento Jurídico, hasta que lo reconocieron expresamente las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de esta Dirección General, de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que, como aclara la sentencia de la misma Sala y Tribunal, de 11 de junio de 1999, se trata de un «contrato de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él solo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario» (vid., en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1976 y de 27 de junio de 1989). Tratándose en el presente supuesto de un crédito en cuenta corriente, en los términos en que acaba de ser definida esta figura, no es correcto afirmar que la naturaleza de la operación es la de un préstamo y exigir, en consecuencia, la entrega del capital. Otra cosa es que ciertamente sí resulte precisa la disponibilidad del

capital en el tiempo, forma y cuantía pactados, por ser ésta la prestación a que se obliga el acreditante, disponibilidad que también existe en el presente caso cómo se verá a continuación.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta las especiales características de la hipoteca inversa, señaladamente por lo que se refiere al devengo de los intereses ordinarios pactados, ya que, por la propia naturaleza y operatividad de la figura, sobre tales intereses gravita el riesgo que para la entidad concedente se deriva de la aleatoriedad en lo relativo al vencimiento del crédito, ya que conforme a la letra *c)* del apartado primero de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, «la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios». Por ello, es especialmente útil en muchos casos, para el desenvolvimiento del producto en el mercado financiero, el mecanismo de la cuenta corriente, pues permitirá englobar las diversas partidas que configurarán el saldo final —o deuda— exigible al tiempo del vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca inversa constituida.

Entre esas partidas que conformarán la deuda, finalmente exigible, adquieren especial relevancia los intereses, lo que lleva a analizar si, en puridad, existe lo que se conceptuaría como una capitalización de intereses en la hipoteca inversa, en particular —por ser el caso objeto de este recurso— cuando la operación financiera garantizada se instrumenta a través de una apertura de crédito en cuenta corriente. A tal efecto, en este tipo de hipoteca la incertidumbre existente sobre el momento del vencimiento del préstamo o crédito garantizado impide un cálculo exacto del riesgo financiero, por lo que debe permitirse que los intereses se sumen al capital, a través de la correspondiente partida de cargo en la cuenta.

Sobre esta cuestión es ilustrativo lo que, respecto de la hipoteca inversa, se indica en el Preámbulo de la Ley 41/2007, ya que facilita enormemente tanto la comprensión del problema analizado como la finalidad perseguida por el legislador: «...Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito...».

Por ello es lógico que, como pone de manifiesto el recurrente en su escrito, dado que los intereses devengados no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, puedan acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado por separado.

En tercer lugar, a esta misma conclusión se llega si se analiza la operación bajo el prisma de su caracterización como una apertura de crédito en cuenta corriente garantizada mediante hipoteca. Es cierto, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de enero y 16 de julio de

1996 y 19 de marzo de 2008, entre otras), que en el ámbito hipotecario los intereses solo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y convencionales, pero no englobados en el capital. Así resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (vid. arts. 12 de la LH y 220 del RH), diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. art. 692.1 de la LEC) que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados —dejando a salvo la posibilidad que para el caso de ser propietario del bien hipotecado el propio deudor prevé el art. 692.1, párrafo segundo— con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Ahora bien, esta doctrina no rige en el ámbito del crédito en cuenta corriente, por razón de su propia naturaleza y régimen jurídico (lo que aún es más claro cuando dicho crédito está garantizado con una hipoteca inversa). Como ya señalaran las Resoluciones de este Centro Directivo, de 16 de junio y 13 de julio de 1999 y la posterior de 4 de julio de 2001, «la atipicidad del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes, de suerte que, en lo que a los intereses se refiere, tanto puede convenirse que los mismos se contabilicen como una partida más de adeudo en la cuenta, perdiendo así su exigibilidad aislada, como que se configuren como créditos independientes, aunque accesorios del principal, que al no asentarse en aquélla serán exigibles con independencia del saldo de liquidación que la misma arroje. No obstante, incluso en el primero de los supuestos, su adeudo ha de entenderse que tan solo es vinculante para el concedente del crédito en la medida en que el saldo de disponibilidad de la cuenta lo permita, pues tan solo hasta el límite fijado está obligado a conceder crédito y a asentar como partidas de cargo las convenidas, y tan solo hasta ese límite es el contrato de apertura de crédito el título que permita la exigibilidad del saldo de liquidación». Y esta es precisamente la fórmula prestacional acogida en el contrato examinado (y no solo en cuanto a los intereses, sino también en cuanto a comisiones y gastos), al pactarse que la cuenta corriente aperturada «reflejará como partidas de adeudo las cantidades de que el acreditado disponga inicialmente conforme a lo indicado en la estipulación precedente, más los intereses, comisiones, impuestos y gastos... que se devenguen o adeuden», intereses que se calculan sobre el saldo deudor existente en cada momento, al tipo pactado, con devengo diario y liquidaciones mensuales, conforme a lo acordado en la estipulación cuarta, apartados I y II. Por ello, carece de fundamento afirmar que respecto de la diferencia entre la cifra límite del crédito (171.966,23 euros) y las cantidades de disposición de fondos mediante retirada de numerario (esto es, las dos partidas de 4.709,30 y 60.255,72 euros, respectivamente, de la estipulación segunda), el crédito resulta indisponible.

6. La conclusión anterior no se ve desvirtuada por la doctrina de este Centro Directivo en relación con el denominado pacto de anatocismo, por el que las partes estipulan que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados (cfr. Resoluciones de 20 de mayo de 1987, 30 de enero y 2 de febrero de 1998), doctrina citada por el Registrador en apoyo de su calificación.

Es cierto que la doctrina de este Centro Directivo, sin prejuzgar en sus más recientes Resoluciones la validez civil del pacto de anatocismo (que negó en algunos de los precedentes para los préstamos mercantiles), viene sosteniendo que en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los

intereses solo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y convencionales, pero nunca englobados en el capital. Así lo impone el principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca exige la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (cfr. arts. 12 de la LH y 220 del RH), y el necesario respeto a la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resoluciones de 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008).

Ahora bien, en cuanto a la validez del pacto como tal, no puede desconocerse que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de noviembre de 1994 (Sala 1.^a), admite expresamente la validez del pacto de anatocismo, incluso en el contrato de préstamo mercantil, con base en las siguientes razones: «1.^a El principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil permite que las partes puedan celebrar el referido convenio, siempre que el mismo, además de no ser contrario a la moral, ni al orden público, no esté prohibido por la Ley, como no lo está, según veremos seguidamente. 2.^a El artículo 1109 del Código Civil, además de admitir en el inciso inicial de su párrafo 1.º, el anatocismo legal, admite también el convencional, en el inciso siguiente de ese mismo párrafo 1.º, al decir “aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”, con lo que, a *sensu contrario*, viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses. El citado precepto es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos mercantiles (cfr. art. 2 del C. de Co.), siempre que en este Código no exista algún precepto específico que establezca lo contrario, cuyo precepto no solo no existe, sino que el existente al respecto viene a confirmar aquél, como seguidamente decimos. 3.^a El artículo 317 del Código de Comercio que, en el inciso 1.º de su párrafo único, niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción *ope legis*, cuando dice que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses”, admite expresamente, en cambio, el convencional, al decir en el inciso 2.º, de su referido párrafo único, que «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”. 4.^a El referido anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello, como los recurrentes apuntan en el desarrollo del motivo, toda vez que la liquidez de los intereses vencidos y no satisfechos se produce automáticamente por la simple aplicación del tipo de interés pactado al capital prestado y al tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichos intereses. 5.^a Esta Sala tiene expresamente reconocida la validez del anatocismo convencional (cfr. sentencias de 6 de febrero de 1906, 21 de octubre de 1911 y 25 de mayo de 1945), cuya doctrina jurisprudencial, aunque referida al artículo 1109 del Código Civil, es también aplicable al artículo 317 del Código de Comercio, por cuanto éste precepto no solo no contradice a aquél, sino que lo confirma en lo que al anatocismo convencional se refiere, como anteriormente hemos dicho. 6.^a Es uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado». Esta doctrina ha sido reiterada por la más reciente sentencia del mismo Tribunal, de 4 de junio de 2009, generando jurisprudencia con el valor que la reconoce el artículo 1 número 6 del Código Civil.

Y en cuanto a los límites de la actuación del pacto de anatocismo en el ámbito hipotecario, como ya advirtiera la Resolución de 19 de marzo de 2008, los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a los intereses que se pueden pactar en perjuicio de terceros, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa, la excepción prevista actualmente en el apartado 6 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, a que nos referimos en el siguiente Fundamento Jurídico. A ello hay que añadir otra especialidad sobre esta materia en relación con las hipotecas en garantía de crédito en cuenta corriente, en cuanto a su ámbito objetivo en relación con los intereses, pues, como ha señalado la doctrina más autorizada, en rigor tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, solo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente. Por ello, la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino solo el saldo final de la cuenta. De forma que hasta que no se determina el saldo final al cierre de la cuenta no hay ninguna deuda impagada, ni por capital ni por intereses. Y ello es así porque solo con el saldo final surge la deuda exigible y solo en relación con ésta puede preverse que la garantía, a partir de la fijación de dicho saldo, se extienda a los intereses sucesivos, intereses que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios. Por ello, en rigor en estas hipotecas no puede hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de Comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino solo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles.

7. Abordada en el apartado anterior parte de los problemas relativos al devengo y garantía de los intereses en la hipoteca inversa, en su modalidad de crédito en cuenta corriente, debe ahora analizarse el extremo de la nota de calificación según el cual la escritura contraviene el artículo 12.1 de la Ley Hipotecaria por no expresar una cifra máxima de responsabilidad en concepto de intereses, ni el número de años a que se extiende la garantía de los mismos, lo que implicaría —a juicio del Registrador— que solo estuviesen garantizados los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente, pues aunque a las hipotecas inversas no les afecte, conforme al apartado 6 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el límite de cinco años establecido en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, no se contiene en la escritura objeto de calificación el pacto en contrario que permite el apartado segundo de ese mismo artículo. A ello opone el recurrente que la citada Ley 41/2007 no exige ningún pacto expreso contrario al citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues basta la regulación que las partes han pactado en la escritura para comprender que han convenido en superar ese límite legal, tal y como permite la referida disposición adicional primera.

Sobre esta cuestión —y aparte lo expuesto en el apartado anterior—, cabe decir que la aplicación de las reglas hermenéuticas que resultan de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, conduce a la confirmación de la tesis del recurrente, toda vez que la exigencia del Registrador desembocaría en un excesivo formalismo, poco acorde con los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, el acuerdo reflejado sobre este punto en la escritura no puede ser calificado de meramente conjetural, sino, más bien,

como algo perfectamente comprensible conforme a las reglas interpretativas citadas, en unión a las siguientes consideraciones.

Por un lado, el inciso final del apartado sexto de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007 establece que, a estos efectos (el recobro por parte del acreedor), no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, esto es, no es aplicable a las hipotecas inversas el límite legal ordinario que impide pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. Es cierto que la excepción no se extiende al párrafo primero del citado artículo 114 en el que, en defecto de pacto en contrario, la hipoteca no asegura, en perjuicio de tercero, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. Pero en el caso de las hipotecas inversas en que, como se ha señalado anteriormente, la deuda garantizada, incluidos los intereses devengados, no resulta exigible, salvo los supuestos de vencimiento anticipado, hasta el fallecimiento del prestatario o acreditado —o del último beneficiario—, la extensión de los intereses más allá del límite de los dos años del artículo 114 de la Ley Hipotecaria debe entenderse como parte de su contenido natural, salvo que de los términos del propio contrato resulte lo contrario. Por ello, en el presente caso en que se pacta que la cantidad adeudada será el saldo que arroje la cuenta corriente del crédito a su vencimiento, que dicho saldo resultará del conjunto de partidas de cargo y abono, siendo partida de cargo los intereses que se vayan devengando durante la vigencia del crédito, y que éste no vencerá ni será exigible hasta «el día en que se cumplan doce meses a contar desde el fallecimiento del acreditado», no cabe negar que existe el pacto contrario al límite legal de dos años de intereses y que, por tanto, éste no es aplicable.

8. En cuanto a las cláusulas de la escritura en las que se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla y arrendarla, y la previsión del vencimiento anticipado en estos casos, procede confirmar la nota del Registrador.

En efecto, estos pactos infringen normas imperativas como los artículos 27 («Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro...»), y 107, número 3 de la Ley Hipotecaria («Podrán también hipotecarse: ... núm. 3. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar»).

Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo (Sala 1.^a) en su sentencia de 16 de diciembre de 2009. En concreto:

- a) En cuanto a las limitaciones de la facultad dispositiva del hipotecante (prohibición de vender o disponer de cualquier otro modo, salvo previo consentimiento por escrito del acreditante), la citada sentencia (vid. Fundamento Jurídico decimotercero) señala que: «En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen trascendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)», por lo que entiende que «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar».

Es cierto, no obstante, que la sentencia del Tribunal Supremo citada no se pronunció sobre este concreto pacto de vencimiento anticipado en relación específicamente con una hipoteca inversa, la cual plantea

en este punto una clara singularidad (cfr. párrafo segundo del núm. 5 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007). Ahora bien, no por ello la conclusión anterior queda desvirtuada. En efecto, por una parte, ha de tenerse en cuenta que la exclusión de dichos pactos se debe entender confirmada por la nueva Ley 41/2007, pues, por un lado, la reitera respecto de la hipoteca mobiliaria en su Disposición Final tercera —modificación del art. 2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954—. Y, por otro lado, si bien se admite dicho pacto, como supuesto de excepción, en el caso precisamente de la hipoteca inversa —vid. Disposición Adicional primera, núm. 5— (en atención al carácter *in tuitu personae* de esta hipoteca), se limita al supuesto de la transmisión —sin extenderse a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados— y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de «sustituir la garantía de manera suficiente», en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1129, número 3 del Código Civil, lo que ratifica la ilegalidad, y consiguiente rechazo registral, del pacto si no consta la indicada salvedad, como sucede en el presente caso.

- b) En cuanto a la prohibición absoluta de arrendar —«no concertar contrato de arrendamiento de la finca en ninguna circunstancia»— afirma de forma concluyente la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009 (vid. Fundamento Jurídico duodécimo) que «el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca —realización de la finca hipotecada—».

Es cierto que la doctrina de este Centro Directivo ha venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema. En este sentido se pueden citar las Resoluciones de 28 de enero de 1998 y de 22 de marzo de 2001. Así la primera de ellas se afirma que: «Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta». Pero, esta admisibilidad, como ha explicado certeramente la reseñada sentencia de 16 de diciembre de 2009, se justifica por el hecho de que «el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de

vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta».

Por el contrario, cuando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Por ello, la citada sentencia de 16 de diciembre de 2009 concluye que «las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda *ex* artículo 13 LAU de 1994», declarando abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado que «no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo —coeficiente— que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar. La declaración de abusividad se basa en los apartados 14 y 18, inciso primero, Disposición Adicional 1.^a de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normativa general del artículo 10 bis Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con doctrina jurisprudencial en la materia».

9. En cuanto a la previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura («cualquier incumplimiento del acreditado de sus obligaciones frente a la acreditante»), ha de confirmarse igualmente la calificación registral, por cuanto, como indica la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009 (vid. Fundamento Jurídico vigésimo), «resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio». Recuerda el Tribunal la doctrina jurisprudencial más reciente en la materia (vid. sentencias de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008), que «solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». Concluyendo el Tribunal que «de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio».

Además, tratándose de una hipoteca inversa, declarar el vencimiento de la hipoteca por cualquier incumplimiento, hasta accesorio, vulneraría la letra *e*) del apartado 1 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, según la cual es requisito de esta nueva figura de la hipoteca inversa «que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los

beneficiarios» —o bien en los casos de transmisión voluntaria de la finca hipotecada sin sustitución suficiente de la garantía—.

10. En cuanto al defecto consistente en que las referencias contenidas a lo largo del clausulado a comisiones, gastos e impuestos y primas de seguro —distintos de los vinculados a la ejecución hipotecaria—, no son inscribibles por no estar garantizados hipotecariamente de forma separada de los gastos de ejecución, debe ser revocado, ya que dicha cláusula tiene el carácter de estipulación financiera y en la nota de calificación no se le atribuye ninguna causa de nulidad (salvo en el concreto punto que se indica en el párrafo siguiente).

Por el contrario, ha de confirmarse la calificación del Registrador en relación con la denegación de las concretas comisiones de cancelación o amortización anticipada, total o parcial, por exceder lo permitido por los artículos 7 a 9 de la Ley 41/2007, al fijarse en la estipulación quinta una comisión por tales conceptos del cinco por ciento sobre el límite del crédito dispuesto.

11. El apartado XII de los fundamentos de derecho de la calificación impugnada tiene el siguiente contenido: «De conformidad con el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, y en relación con el completo contenido de la escritura, dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, y sujeto a la existencia de condiciones generales, se advierte que el conjunto de la operación pudiera resultar contrario a las exigencias de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, conforme a sus artículos 82 y siguientes, cuya incidencia pueda ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nulidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación».

Sobre tal cuestión deben tenerse presentes las consideraciones antes expresadas en el Fundamento de Derecho segundo de la presente Resolución sobre la calificación registral del carácter abusivo de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria que, a la vista de los términos en que se redacta este apartado de la nota de calificación, en la que, al estar basada en una valoración genérica, falta detallar la concreta cláusula que se considere abusiva y las razones de ello, mediante una operación de subsunción del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos y no basada en conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo, impide confirmar la calificación del Registrador en este extremo.

Tampoco puede confirmarse la nota en el extremo relativo a la falta de traducción al castellano de la oferta vinculante, de su original inglés, pues, aunque la misma figure incorporada a la escritura, es un documento preparatorio que no forma parte del contrato o acto inscribible, que es el que ha de ser calificado.

En el mismo sentido debe entenderse que el Registrador no considera como causa impeditiva de la inscripción, y en tal medida se ha de entender revisada la calificación, las referencias que se contienen en el apartado IV, número 5 de los «Hechos» y en el apartado VIII de los «Fundamentos de Derecho» a la legislación sobre protección de datos de carácter personal en relación con las obligaciones sobre comunicación, cesión y uso de tales datos.

12. Finalmente, en cuanto a la cláusula relativa al poder irrevocable que concede el deudor al acreedor en la cláusula trigésima para que este último

proceda a realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, que sean necesarias para inscribir la escritura, incluso en caso de autocontratación, ha de afirmarse que se trata de un pacto meramente obligacional, que no tiene el carácter de cláusula financiera, por lo que no debe acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 2 y 98 de la LH), ni debería haber sido calificado por el Registrador, dado que en nada afecta al derecho inscribible.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente, confirmando también en parte la nota de calificación, en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 1 de octubre de 2010

La Directora General de los Registros y del Notariado,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

II. COMENTARIO

En su Resolución de 1 de octubre de 2010 se ocupa la Dirección General de los Registros y del Notariado de dos de las novedades incorporadas por la Ley 41/2007: la hipoteca inversa y la limitación de la calificación del Registrador en torno a los clausulados generales de los préstamos hipotecarios. El interés de la Resolución radica en los aspectos vinculados al régimen de la hipoteca inversa que por primera vez se tratan y en la corrección que el Centro Gubernativo hace de su doctrina acerca de la calificación de las cláusulas financieras de los contratos hipotecarios.

1. LA HIPOTECA INVERSA

La hipoteca inversa encuentra su origen en el instituto de la *reverse mortgage* del Derecho norteamericano. La *American Bar Association* la concibe exactamente como un préstamo de deuda creciente, mediante el cual una persona de avanzada edad recibe adelantos contra la garantía de la propiedad inmueble que destina a vivienda.

En nuestro ordenamiento, según la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, donde se regula la figura, se trata del préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble, que constituya la vivienda habitual del solicitante, cumpliéndose los siguientes requisitos: *a)* que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa; *b)* que el acreedor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; *c)* que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, y *d)* que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños.

Siendo tales sus presupuestos, el factor *de inversión* radica en la condición particular del crédito que se garantiza: primero se genera un desembolso total o parcial por parte del acreedor, difiriéndose su cancelación por el deudor hasta el final de la relación. Es ésta la razón diferencial entre esta clase de hipotecas y las más comunes.

En efecto. Si en su contexto clásico u ordinario, la hipoteca se caracteriza por el otorgamiento de un crédito con la expectativa de recibir el capital e intereses a la fecha o fechas convenidas, asegurándose la operación con la garantía real, en ellas la primera opción del acreedor no será ejecutar el inmueble, sino hacerse con el cumplimiento espontáneo de la obligación por parte del deudor. Bajo esta realidad negocial, se comprende que se fijen edades máximas para tomar tales créditos o la imposición de un «seguro de amortización del crédito». Este seguro se conviene con miras a resarcir al acreedor, no ya ante la destrucción física o una desvalorización del inmueble por causas extraordinarias, sino ante el imprevisto de que el deudor fallezca estando pendiente la devolución del préstamo o, incluso, sufra una enfermedad que lo incapacite con mengua de sus ingresos. En su configuración, estamos ante un negocio complementario que, a modo de caución, servirá para que el acreedor se reintegre de lo que se le deba, sin quedar atrapado en la sucesión del difunto, en el primer caso, ni tener que pasar por la ejecución, en el segundo.

En cambio, una primera mirada a la hipoteca inversa revela cómo el prestamista es consciente y asume el hecho de que la suma entregada será normalmente satisfecha, en principio, a costa de la propiedad una vez fallezca el causante.

Otra diferencia se observa desde la perspectiva del tomador, siendo justamente uno de los puntos sobre los que se despacha la Resolución de la Dirección General (concretamente en los Fundamentos de Derecho 5.º a 7.º): en la hipoteca común, el deudor recibe una suma que devolverá en pagos parciales y periódicos, compuesta por una parte de amortización creciente (el remanente del crédito) y otra de intereses decrecientes (ya que éstos se calcularán sobre el capital pendiente de restitución al finalizarse cada periodo). En cambio, en la inversa, los intereses incrementan la deuda durante su vigencia, ya que su cancelación no será parcial, sino total, aplazándose hasta el momento de la muerte o, en otro caso, se cumpla el término. Así, mientras que por el juego de la garantía hipotecaria común el deudor acrecentará con el transcurso del tiempo su patrimonio —ya que su préstamo se va amortizando mensualmente—, en la inversa, el deudor sufrirá una gradual «disminución» patrimonial a medida que transcurra en su vigencia la relación. «Por ello, en rigor —dice la Dirección General—, en estas hipotecas no puede hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de Comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino solo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles».

La exigibilidad del crédito tendrá lugar precisamente con el fallecimiento del deudor. Los herederos deberán cancelar el préstamo abonando al acreedor hipotecario en el plazo estipulado la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación, pero si no se decidieran por el reembolso, «el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia», por más que la herencia, por tanto, se haya aceptado pura y simplemente.

La Ley prevé asimismo la transmisión del bien hipotecado como supuesto en que el acreedor podrá declarar vencido anticipadamente el crédito, «salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente». La garantía no llevaría consigo la indisponibilidad del bien, ni tampoco justificar en su validez la prohibición de enajenar que pudiera insertarse en el título constitutivo en tanto no se haga expresa indicación de la salvedad legal prevista o de cómo proceder, de cara a la sustitución de la garantía, ante el supuesto. La Dirección General así lo sostiene en su Resolución [cfr. FD 8.º, letra a)].

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA GUBERNATIVA SOBRE EL CONTROL REGISTRAL DE LOS CLAUSULADOS HIPOTECARIOS

La Ley 41/2007 ha dejado redactado el artículo 12 LH como sigue:

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

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

Tratándose de préstamos hipotecarios, el precepto distingue, pues, entre dos tipos de cláusulas, pero solo si el préstamo se ha contraído con una entidad financiera. De tal modo que si la hipoteca se constituye en favor de un particular, el Registrador no inscribirá las cláusulas que carezcan de contenido real, incluidas las financieras y las de vencimiento anticipado; en cambio, si la hipoteca se constituye a favor de una entidad de crédito, el Registrador, una vez calificadas favorablemente las cláusulas con alcance jurídico-real, estará obligado a hacer constar el resto del clausulado «en los términos que resulten de la escritura». En ambos casos, la pregunta es obligada: ¿cuáles son esas cláusulas de *trascendencia real* de las que habla la norma, las únicas inscribibles en el primer supuesto, y cuya admisión actúa en cuanto presupuesto para la «transcripción» de las cláusulas financieras, en el segundo?

Son los pactos o estipulaciones concretos que hacen al contenido de la hipoteca, no del crédito que a su través se asegura. Se trata de los pactos que fijan el principal e intereses o, como mejor expresa, el párrafo primero del artículo 12, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, el término de la hipoteca, su extensión objetiva, la distribución de la responsabilidad cuando resultan varios inmuebles los gravados, los atinentes al rango, a la acción de devastación o de protección de la integridad de la finca, etc.

Frente a ellas, las cláusulas financieras, de las que forman parte de suyo las de vencimiento anticipado, son las que integran, en su contenido, el préstamo garantizado. Su elenco se encuentra sucintamente recogido en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En tal lugar se fijan como muy destacadas:

- a) la *cláusula de capital del préstamo*, que expresará el importe del préstamo y su forma de entrega;
- b) la *cláusula de amortización* donde se indicarán, entre otros datos, las fechas del primer y del último pago de amortización; el número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano; y las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado;
- c) la *cláusula de determinación de comisiones*, en posible, y más que segura, referencia, a la comisión de apertura, comprendiendo cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, que deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión y se devengará en ésta y única sola vez;
- d) la *cláusula de gastos a cargo del prestatario*, donde se especificarán todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario, como: gastos de tasación del inmueble; aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; impuestos; gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos; los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños y del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables (en los hechos, exigidos); los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago; y cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo;
- e) la *cláusula sobre intereses de demora*, en la que se precisará el tipo de interés por tal concepto, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia, así como la base sobre la que habrá de aplicarse y su forma de liquidación; y
- f) las *cláusulas de resolución anticipada por la entidad de crédito*, que, de pactarse expresamente, indicarán las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculden a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo; así como el importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

Pues bien, en aplicación del artículo 12 LH, las cláusulas de este segundo tipo habrán de inscribirse en tanto el Registrador haya calificado favorablemente las del primero, debiendo hacerse en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, «a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho». Pero es a partir de aquí donde la Resolución se aparta abiertamente de sus precedentes, en la síntesis que de ellas supone la de 24 de julio de 2008, de la cual se transcribe, por más que extenso, su fundamento tercero:

La cuestión debe resolverse, se diría en tal ocasión, «atendiendo al ámbito propio de la función calificadora del Registrador y al contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, conforme a los artículos 18 y 12 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigente (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los “Vistos” de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador solo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritis, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación.

En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que la calificación que debe efectuar el Registrador, “como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad”.

Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador, relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse, siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no solo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.^a del RH), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción.

No obstante, debe advertirse que dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario.

Esta Ley, incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del Registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la LH)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la LH, y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* de tales derechos reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y establece que: “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de

trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Se distingue, así, entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título. Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006).

Tal es la doctrina mantenida igualmente por esta Dirección General en sus Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 y 14 de enero, 1, 7, 8, 22, 28 y 29 de febrero, y 1, 10, 14, 15, 19, 22, 24, 25 y 27 de marzo, y 5 y 6 de mayo de 2008 al señalar cómo: “lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de LH— hubieran sido calificadas favorablemente”.

En el presente caso, la calificación registral impugnada se ha emitido una vez entrada en vigor la nueva norma, por lo que la Registradora debe limitarse a calificar y, en su caso, a inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración. En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas.

Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la LH) no solo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.

No por evidente, debe recordársele a la funcionaria calificadora que como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”, de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho como declara el artículo 62.1.b) de la citada Ley 30/92, cuando sostiene que “los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:... b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia”.

En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno Derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia— ese ámbito de actuación funcional solo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al registrador no solo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino, esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa... y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la LH—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, solo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no solo es que *per se*, el registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el supuesto del derecho real de hipoteca, esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria.

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita solo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal, relativa a la calificación de “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio,

sino tan solo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria, que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran “ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos” a los Tribunales de Justicia, ya que solo a estos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico-real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique. Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador».

Pues bien, confrontada una Resolución con otra, puede observarse cómo la Dirección General habría venido a cumplir con los dictados de la lógica al prescindir del argumento de que no habría calificación con respecto a la materia excluida del Registro. Ya no dice que con respecto a las cláusulas financieras no haya calificación, y es que el criterio de distinción entre cláusulas del artículo 12 LH, basado en que sean trascendentes o intrascendentes desde un punto de vista jurídico-real, es algo que solo puede determinarse como resultado precisamente de la calificación. Con lo que la previsión legal termina comprendiéndose como una modalización de la potestad calificadora, en virtud de la cual solo podrá rechazarse la inscripción de una cláusula del tipo cuando su nulidad haya «sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (por ejemplo, basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

Análogamente, es verdad que el artículo 420 RH faculta al Registrador a no despachar asiento de presentación para aquellos títulos que contengan derechos que «por su naturaleza o finalidad» no puedan provocar asiento alguno. Pero se trata de un motivo que por incorporar un necesario análisis de fondo, no debería producirse en ese momento, sino en el de calificación. En otras palabras, convendría que el Registrador aceptara a su entrada estos documentos, dejando para su calificación la explicación de los motivos por los que habría de denegarse el asiento solicitado.

En segundo lugar, la Dirección habría dejado atrás el confuso concepto de publicidad-noticia.

La «publicidad-noticia», de anuncio, contrasta con la «publicidad sustantiva» o «publicidad-efecto». Sustantividad equivale a eficacia jurídica y es nota esencial de los Registros jurídicos frente a los meramente administrativos (LEYVA DE LEYVA, «Planteamiento general de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1989, pág. 299). En aquellos, la inscripción o da vida legal a lo inscrito o declara derechos privados. De tal forma que el valor de lo inscrito marca los derechos y obligaciones de los terceros, con efectos declarativos o constitutivos de las relaciones o situaciones jurídicas publicadas.

Pero, en el Registro de la Propiedad, al hilo de ello, la «publicidad-noticia» es una contradicción en sus propios términos, una entelequia. Lo inscrito se conoce, se da por conocido, y tanto se «inscriba» o se «transcriba», entrará en juego la consabida oponibilidad, la impugnación de la eventual buena fe de terceros, quienes no podrán alegar desconocimiento de lo «publicado» en el Registro.

Para PAU, junto a la inscripción constitutiva y la declarativa, no cabe una tercera categoría, relativa a la inscripción informativa. Particularmente, el rechazo se basaría en dos razones. En primer lugar, en que si los datos o circunstancias que son objeto de este alegado tipo de publicidad no son oponibles por el titular —de haberse inscrito—, ni inoponibles por el tercero —de no haberse inscrito—, es decir, si quedan al margen de la eficacia registral, es porque se trata, sin más, de una materia ajena a la publicidad. En segundo lugar, en que si el contenido de la publicidad se recarga con información no oponible, disminuye la claridad del folio u hoja registral, al aparecer confusamente involucrados los datos ineficaces con los que no lo son. La «publicidad-noticia», concluye, no estaría reconocida en la ley —ni siquiera por la de reforma del mercado hipotecario de 2007, corresponde añadir— ni resultaría admisible; frente al tercero, el Registro no desplegaría más efectos que la oponibilidad-inoponibilidad y fe pública, y no cabría atribuirle otros distintos («Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en PAU PEDRÓN, *La publicidad registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, págs. 319-320).

También CHICO se habría manifestado en contra de la publicidad-noticia, por contraria a los principios que rigen la publicidad, advirtiendo algo de gran importancia hoy frente al tenor, expresamente no resuelto de la Ley 41/2007 en torno a los efectos de las cláusulas financieras que hasta la Resolución que comentamos se decían «transcritas»: la necesidad, cuando menos, de una explícita declaración de ineficacia por parte del legislador, puesto que de lo contrario, se podría pensar que, al prever la inscripción de ciertos datos, lo que pretende es someterlos a la eficacia prevista con carácter general («La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *Revista de Derecho Privado*, 1994, pág. 145 y sigs.).

Abundando, no habría espacio lógico entre la inscripción y la falta de efectos, pues aquélla ya veta el desconocimiento de terceros, no pudiendo eludir —si la ley lo pretendiese, lo primero que deberíamos cuestionarnos es para qué habría admitido a inscripción algo a lo que luego niega los más simples efectos— el hecho de que los terceros han conocido o podido conocer el «contenido financiero» vinculado a la carga o gravamen que

pueda, tras adquirir el dominio u otro derecho real sobre la finca, repercutirles. Algo que consagra hasta el artículo 130 LH, también reformado por la Ley 41/2007, en cuanto «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados 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 tercer y último lugar se ha de destacar la moderación de la doctrina gubernativa, en cuanto ya no se recurre al Derecho Administrativo para justificar una respuesta que ha de encontrar su más propia razón de ser dentro de los principios del Derecho Registral Inmobiliario. En lo que respecta a la cuestión, siguen estando vigentes las palabras de LACRUZ, en cuanto, sin duda, que en el Derecho Positivo, la organización de la publicidad registral, por ende, jurídica, viene ordenada por el Estado, que asume como propios sus fines, predispone, por sí o por delegación, los instrumentos materiales y crea los sujetos, los órganos que cumplirán con esta actividad. Sin embargo, de ahí no se sigue, necesariamente, que la publicidad registral presente una naturaleza administrativa. Podría decirse que aquí la función a ejercer excedería a los medios implementados para su ejecución, los superaría objetivamente. Del carácter público del interés protegido por la publicidad no se seguiría que las actividades que lo sirvan corresponderían necesariamente a la competencia de la Administración, como no compete «a ésta la resolución de los litigios, no obstante su interés público (...) El hecho de que la inscripción recaiga por lo común sobre derechos subjetivos privados no arguye su carácter igualmente privado, como no lo tiene la sentencia judicial resolviendo un pleito civil»: la pública actividad registral «es función pública, al igual que lo es la de los Tribunales; pero, como ella, tampoco entra en el ámbito de la Administración, en sentido estricto» («Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, pág. 112).

No se desconoce con ello la doctrina de la Dirección General dictada a partir de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. Sin embargo, la finalidad de las modificaciones introducidas por ambas Leyes habría sido inyectar en el sistema registral las garantías propias del procedimiento administrativo, en atención, así, a la necesidad de que el Registrador se despache en todo caso por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; a que la calificación se sujete en su estructura a la de cualquier acto administrativo —expresando ordenadamente hechos y fundamentos de derecho con mención a las vías de recurso—; a que se notifiquen en los términos de los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, etc.; aspectos todos ellos que suponen derivación lógica del principio superior de seguridad jurídica, que por superior sería igualmente aplicable cualquiera que sea el entorno donde se ventilen los derechos de particulares. Y siendo tal su propósito, las modificaciones legislativas no deberían extenderse más allá, entendiendo la función atinente a la publicidad inmobiliaria como meramente administrativa, ni el Registro como una suerte de pedanía administrativa.

RESUMEN

*HIPOTECA.
CALIFICACIÓN*

Comentario a la Resolución de 1 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, acerca de la calificación de determinadas cláusulas de una hipoteca inversa.

ABSTRACT

*MORTGAGE
SCRUTINY*

Commentary on the Decision of 1 October 2010 of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs on the scrutiny of certain clauses of a reverse mortgage.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

CUESTIONES ACTUALES SOBRE LA EMANCIPACIÓN. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN DE LA EMANCIPACIÓN DE MENORES HACIA LA EMANCIPACIÓN DE JÓVENES.—III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA EMANCIPACIÓN: 1. FUNDAMENTO DE LA EMANCIPACIÓN. 2. UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE LA INSTITUCIÓN. 3. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN. 4. EMANCIPACIÓN Y PROBLEMAS DE GUARDA Y CUSTODIA. 5. EMANCIPACIÓN, PENSIÓN ALIMENTICIA Y DERECHO DE ALIMENTOS. 6. EMANCIPACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. 7. INSCRIPCIÓN TARDÍA DE LA EMANCIPACIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VII. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La emancipación se refiere a toda aquella acción que permite a una persona adquirir la plena independencia al extinguirse la patria potestad y, por tanto, adquirir la plena capacidad de obrar.

Sus orígenes se encuentran en el Derecho romano, y era el acto de liberación de un esclavo por voluntad de su dueño, teniendo en cuenta que en dicho derecho el esclavo no era considerado como persona sino como objeto.

En el Derecho contemporáneo, el término se usa específicamente en el sentido de atribuir a un menor de edad, por parte de sus padres o tutores, la totalidad o la mayor parte de los derechos y facultades civiles que normalmente conlleva la mayoría de edad. Consiste en anticipar, en pocos años, la extinción de la patria potestad.

Es una institución poco utilizada en la actualidad como consecuencia de diversos factores. Y ello se debe a que la emancipación automática se obtiene

con la mayoría de edad, esto es, cuando el sujeto cumple los dieciocho años, que es la edad establecida en la ley para tener plena capacidad (1).

Para la emancipación se requiere tener dieciséis años y la anuencia del menor, y como veremos más adelante, debido a la poca independencia económica de los hijos, a la prolongación de la enseñanza obligatoria y la continuación de los estudios superiores y especializaciones e idiomas, consecuencia, a su vez, de la escasez de puestos de trabajo, la importancia de la figura se encuentra muy devaluada, hasta el punto como dice algún sector doctrinal (2), que algunos países de nuestro entorno la han suprimido, reduciéndola otros a la que pudiera resultar del matrimonio.

La emancipación por matrimonio puede otorgarse a los catorce años, previa dispensa judicial al contraer matrimonio, o quedar emancipado automáticamente al producirse éste (3). También puede otorgarse la emancipación:

- *Emancipación por concesión paterna*: A instancia de parte, mediante un acta autorizante del padre. Mediante negocio bilateral padre-hijo, conforme al artículo 317 del Código Civil, que requiere dieciséis años mínimo en el menor y su consentimiento. Se produce por escritura pública o comparecencia registral, además de inscripción en el Registro Civil (4).
- *Emancipación por concesión judicial* (5). Proceso voluntario iniciado a instancia del hijo (art. 320 CC). Requiere dieciséis años mínimo en el

(1) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Principios de Derecho Civil*. Tomo Primero. Parte General y Derecho de la persona, 7.^a ed., Trivium, 2000) señala que: «la mayoría de edad no sería propiamente una causa de emancipación, sino el acceso a la plena capacidad de obrar, aunque con anterioridad se hubiera conseguido la emancipación. Sin embargo, la configuración del tema por parte del Código Civil es diferente, pues entiende que la primera causa de emancipación es alcanzar la mayoría de edad (art. 314.1 CC)». A su juicio, el planteamiento del Código Civil es erróneo (pág. 256).

(2) ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de Derecho Civil, 01. Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008.

(3) Siguiendo las cifras recogidas por DELGADO ECHEVERRÍA en 2006, según datos del INE: 308 mujeres y 54 varones. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. I. Parte general. Vol. 2.º, Personas. Jesús Delgado Echevarría, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2008, pág. 135.

(4) Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (art. 317 redactado por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio).

Hay que tener en cuenta también el artículo 176 del Reglamento del Registro Civil: La emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad se inscribe en virtud de escritura o de comparecencia ante el encargado del Registro. La emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad se inscriben en virtud del testimonio correspondiente.

(5) Vid. la SAP de Burgos, Sección 2.^a, Auto de 11 de abril de 2003, recurso 183/2003. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Número de sentencia: 183/2003. Número de recurso: 183/2003 (LA LEY 69735/2003), que recuerda que en el procedimiento de emancipación por concesión judicial solo el menor tiene acción para promover el expediente, y a los padres solo se les oye, sin que sea necesario su consentimiento; así se infiere con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 320 del Código Civil, cuando dispone que: «el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis

menor, la petición de éste, la audiencia con los padres y la concurrencia de una causa legal. Se produce por auto judicial e inscripción en el Registro Civil. Un juez puede conceder la emancipación cuando lo solicite el menor que ya cuente con más de dieciséis años de edad, en los siguientes casos:

- Quien ejerce la patria potestad se ha casado otra vez o convive de hecho con otra persona.
- Cuando los padres vivan separados.
- Cuando concurra alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

— *Emancipación de hecho* (art. 319 CC). Cuando el menor tiene vida económica independiente y los padres dan su consentimiento, aun siendo revocable.

La minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por la sumisión y dependencia del menor a las personas que ostentan sobre él la patria potestad, sus padres o sus tutores, al considerarse que el menor no tiene la suficiente capacidad de entendimiento. Estas personas ostentan la representación del menor.

La capacidad del menor de edad se encuentra por tanto *limitada* con el fin de evitar que la posible responsabilidad que pueda derivarse de sus actuaciones, le perjudique. Así, para la realización de determinados actos, necesitará el consentimiento de sus representantes legales, padres o tutores.

La emancipación permite que el mayor de dieciséis (o catorce si es emancipado por matrimonio) y menor de dieciocho años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad.

Una vez concedida, la emancipación no puede ser revocada. Se considera que el hijo está emancipado cuando siendo mayor de dieciséis años y con consentimiento de sus padres, vive de forma independiente. En los casos en los que el menor está sujeto a tutela, alcanza la emancipación por la concesión judicial del «beneficio de la mayor edad».

Algunos actos pueden ser anulados a instancia de los padres o del curador. El consentimiento del cónyuge mayor (en la establecida por matrimonio) solo es respecto a bienes y valores comunes. No obstante los emancipados están protegidos institucionalmente según el artículo 286 a través de la curatela (los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; y los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad).

años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres...». En consecuencia, es cierto que tal y como sostienen los apelantes, el artículo 314.4.º del Código Civil no excluye que la emancipación por concesión judicial puedan instarla los padres y no la menor, pero sí excluye con claridad y rotundidad dicha posibilidad el artículo 320 del mismo Texto Legal, que es el que desarrolla específicamente los presupuestos de la emancipación por concesión judicial, y las causas que pueden motivarla.

Pretenden los promotores del expediente invertir los términos en que viene legalmente contemplada la legitimación para promover la emancipación por concesión judicial..., y solo podrían promover la emancipación por el cauce extraprocésal contemplado en el artículo 317 del Código Civil, en el que sí se les reconoce a ellos explícitamente la iniciativa, aunque el menor, no solo tiene que ser oído, sino que, además, debe prestar su consentimiento...

II. EVOLUCIÓN DE LA EMANCIPACIÓN DE MENORES HACIA LA EMANCIPACIÓN DE JÓVENES

No solo la utilidad de esta figura va decayendo sino que se está retrasando la edad de la independencia juvenil aún gozando de la mayoría de edad (6). Lo cual ha posibilitado que el legislador no hable de emancipación de los menores, sino de los jóvenes como puede observarse en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, que insiste en que España tiene una de las medias de edad de emancipación de sus ciudadanos más elevadas de la Unión Europea. Este retraso en la edad de emancipación de los jóvenes ocasiona múltiples consecuencias negativas, tanto sociales como económicas y personales, de ahí la iniciativa legal (una de las causas de este retraso es el incremento sostenido en los precios de la vivienda) (7).

(6) Emanciparse significa tener dinero y alojamiento propio y, por ello, cada vez son más las iniciativas de las administraciones que fomentan el empleo y la vivienda entre los jóvenes.

Así se ha configurado *la Renta Básica de Emancipación*, regulada mediante el Real Decreto 1472/2007 (que entró en vigor en la Comunidad de Madrid el día 1 de enero de 2008, gracias al Convenio de colaboración firmado entre el Ministerio de Vivienda y la Comunidad de Madrid).

La RBE es un conjunto de ayudas directas, destinadas a apoyar económicamente a los jóvenes que quieran acceder a una vivienda en régimen de alquiler. Estas ayudas *pretenden impulsar la emancipación de los jóvenes, facilitando el pago de la renta de alquiler que constituya su domicilio habitual y permanente*.

Medida sobre la que ya se ha pronunciado el TC por existir un conflicto positivo de competencias entre el Estado y la gestión de las CCAA. La STC, Sala Segunda, sentencia 129/2010, de 29 de noviembre de 2010, recurso 1501/2008. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas. Número de sentencia: 129/2010. Número de recurso: 1501/2008 (LA LEY 213839/2010) estimó parcialmente el conflicto interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la RBE de los jóvenes, y estableció la competencia del Estado para adoptar medidas tendentes al fomento del mercado del alquiler para este colectivo, al disponer de un título genérico, básico o de coordinación en esta materia. Sin embargo, al no tratarse de una competencia exclusiva, el alcance de esta actividad de fomento ha de cohonestarse con las competencias autonómicas en las cuestiones relacionadas con la gestión de las ayudas, correspondiendo a las CC.AA. la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución.

(7) Todo esto, sin olvidar las discordancias legales entre emancipación en el orden civil y los preceptos de la LGSS, como se indica en la TSJ de Murcia, Sala de lo Social, sentencia de 6 de mayo de 2002, recurso 282/2002. Ponente: José Luis Alonso Saura. Número de sentencia: 548/2002. Número de recurso: 282/2002. Jurisdicción: SOCIAL (LA LEY 86768/2002). En este caso, el demandante fue emancipado por su madre cuando contaba menos de dieciocho años de edad, y seguidamente constituyó una sociedad mercantil reteniendo todas las participaciones sociales. En virtud de la actividad de dicha compañía solicitó él su afiliación y alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, lo que le fue denegado por no tener dieciocho años de edad, pero la sentencia de instancia atiende a la actividad desarrollada y condena a los demandados a dar de alta al interesado en el Régimen Especial. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estima el recurso del ente gestor porque la rotundidad del precepto específico de la LGSS no puede verse afectada por consecuencias establecidas para las instituciones no laborales del ordenamiento civil, en consecuencia niega la afiliación del menor emancipado.

De esta manera se observa cómo de la emancipación regulada en el Código Civil, que pretendía adelantar el beneficio de la mayoría de edad en determinados supuestos, en la actualidad debido a factores económicos, culturales y sociales, la Administración es la que pretende la emancipación de los jóvenes, que ya gozan y superan la mayoría de edad para guiarles y facilitarles su emancipación (8).

No obstante dicho lo anterior, y como estamos en la Sección de Jurisprudencia, vamos a estudiar los problemas reales que se analizan en la práctica jurisprudencial de la emancipación en la actualidad.

III. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA EMANCIPACIÓN

El motivo por el que nos detenemos en analizar cuáles son los casos que llegan a nuestros tribunales en relación con la emancipación se debe a conocer cuál es verdaderamente su utilización en la realidad práctica. Y nos encontramos que la mayoría de los supuestos abordan situaciones para los que la figura no estaba destinada.

Independientemente de los casos en los que la emancipación es utilizada para encubrir la comisión de un delito, como se observa en la STS, Sala Segunda de lo Penal, de 8 de octubre de 1996 (9), donde se utiliza al menor emancipado en un delito de alzamiento de bienes a través de la transmisión a dicho menor emancipado de la mayor parte del patrimonio del deudor; la realidad práctica nos demuestra que solo se menciona la emancipación en los casos de crisis matrimonial para determinar la pensión de los hijos, sin olvidar la figura del derecho de alimentos que tiene todo descendiente mayor de edad. Pero estos supuestos van a ser analizados en la última parte de este pequeño estudio.

En el mismo sentido, la STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 9 de abril de 2001, recurso 1035/2000. Ponente: Joaquín Ángel de Domingo Martínez. Número de sentencia: 506/2001. Número de recurso: 1035/2000 (LA LEY 76424/2001), que considera que los efectos de la emancipación civil no son extensibles a todos los supuestos o requisitos de otras legislaciones, sino que cuando una de ellas especializada como la presente laboral exige el haber cumplido la edad de dieciocho años, no es factible equiparar la emancipación a esa edad. Normativa laboral que requiere haber cumplido los dieciocho años.

(8) Continúa la Exposición de Motivos señalando que: «Para acceder a esta ayuda se establecen tres requisitos básicos: tener una edad comprendida entre los veintidós años cumplidos y hasta cumplir los treinta, estar en condiciones de acceder a una vivienda y disponer de una fuente regular de ingresos; en todo caso, se fija un límite máximo de ingresos anuales.

El disfrute de esta ayuda está limitado a un periodo máximo de cuatro años y se dirige a remover los principales obstáculos que afrontan los jóvenes que quieren emanciparse: sobre todo, el elevado importe de la renta de alquiler, y, adicionalmente, los costes de las garantías que se les exigen, como son, en todo caso, la fianza y, eventualmente, también el coste del aval...».

(9) STS, Sala Segunda de lo Penal, de 8 de octubre de 1996, recurso 2643/1995. Ponente: Gregorio García Ancos. Número de recurso: 2643/1995 (LA LEY 9564/1996).

1. FUNDAMENTO DE LA EMANCIPACIÓN

Muy acertada resulta la SAP de Burgos, Sección 2.^a, Auto de 11 de abril de 2003 (10), al recordarnos que *la emancipación del mayor de dieciséis años no está contemplada en nuestro Ordenamiento, en ningún caso, como una imposición al menor*, pues una de dos, o la pide él personalmente, cosa que solo podrá hacer en vía judicial, o, en otro caso, debe consentirla expresamente (11).

Igualmente incide en que nuestro ordenamiento jurídico *no contempla la emancipación, en ningún caso, como una especie de sanción por el incumplimiento de los deberes de los hijos para con los padres* (art. 155 CC).

2. UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA INSTITUCIÓN

Objeto de análisis es la STS de 19 de mayo de 1995 (12), donde se concluye que la conducta seguida por el demandado perjudicó de forma notoria los derechos hereditarios de sus hijas las recurrentes, al utilizar la emancipación de una de sus hijas y la posterior renuncia de derechos hereditarios de dicha hija en su favor, como acto realizado en fraude de ley para la obtención de un inmueble dejado en herencia de su abuela (13).

(10) SAP de Burgos, Sección 2.^a, Auto de 11 de abril de 2003, recurso 183/2003. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Número de sentencia: 183/2003. Número de recurso: 183/2003 (LA LEY 69735/2003).

(11) En el caso de autos se alega por los recurrentes que debería haberse concedido la emancipación judicial, *por las graves actuaciones de la menor respecto de sus padres*, pretensión esta, *la de la emancipación de la decisión judicial, adoptada de oficio, que carece de todo apoyo legal en nuestro Ordenamiento, que no contempla la emancipación, en ningún caso, como una especie de sanción por el incumplimiento de los deberes de los hijos para con los padres* (art. 155 CC), ni tampoco como medida, consecuencia de la comisión, por parte del menor, de hechos incluidos en la previsión del artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El hecho de que *la menor sea hija adoptiva de los promotores del expediente, no introduce ningún elemento diferenciador a todo lo expuesto*, en el presente y en los anteriores fundamentos, dada la asimilación que establece el artículo 108 del Código Civil entre la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva.

(12) La STS, de 19 de mayo de 1995, recurso 660/1992. Ponente: Jaime Santos Briz. Número de recurso: 660/1992 (LA LEY 16880-R/1995).

(13) «...habiendo procedido con un desmedido interés personal de carácter sobre todo económico. Y ese abuso de derecho envuelve como actos encubridores de un *verdadero fraude de ley el otorgamiento de las escrituras de emancipación de su hija María Begoña y de renuncia de la herencia que llevó a cabo en representación de su hija Olatz*, actos que se ajustaron a la ley, solo de forma aparente, resultando defraudados los derechos sucesorios de sus hijas, y en este sentido quedan ineficaces tales actos como viciados de nulidad absoluta. Evidentemente se atuvo el otorgante a los artículos, entonces vigentes, 318 y 154 del Código Civil para emancipar a una hija y representar a otra, pero como medio para vulnerar los artículos 807 y ... del Código Civil. Esto aparte de que el consentimiento de la hija emancipada hay que estimarlo viciado por influencia del concedente de la emancipación. La descrita situación fraudulenta tuvo su continuación, como confluente al objetivo pretendido por el demandado, en la escritura por la que adquirió de la viuda, abuela de las recurrentes, el único inmueble constitutivo de la herencia del fallecido don Demetrio E. Todo ello aparte de que ... al haber un evidente interés contrapuesto entre el padre y sus hijas en la proyección jurídica utilizada, la intervención de un defensor judicial de las menores o al menos de la no emancipada, como exigía ya

3. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN

En un supuesto de *emancipación por matrimonio*, la STS de 16 de mayo de 1984 (14), el juzgador reitera que «la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad que se prolonga hasta el momento de la mayoría propia sobrevenida por haberse alcanzado con el decurso del tiempo la edad fijada para ese efecto un periodo diferenciado en la vida del menor de edad que tiene por finalidad la de prepararle para la mayoría...» (15).

En otro supuesto de *emancipación por matrimonio* estudiado por la SAP de Cáceres, de 27 de junio de 2001 (16), analiza la emancipación y su eficacia en las operaciones particionales. Así se consideró que no era nulo el documento que suscribió la demandante junto a los demás herederos mediante el que se procedía a la adjudicación de los bienes de la herencia de sus abuelos.

Si bien es cierto que la actora era menor de edad al tiempo de dicha adjudicación, también lo es el hecho de que se hallaba emancipada por haber contraído matrimonio, *por lo que podía intervenir en las operaciones particionales, consentirlas y aprobarlas por sí misma, sin necesidad de otras personas, ni de aprobación judicial*.

La sentencia se hace eco de las disposiciones civiles aludiendo a que la emancipación habilita a la menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad. Es cierto que tal precepto contiene una serie de excepciones, tales como las de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, etc..., en los que precisa el consentimiento de su padre o tutor. Pero en estas excepciones no están incluidas las referentes a operaciones particionales en las que pueda estar interesado el menor emancipado, pudiendo

entonces el artículo 165 del Código Civil; y al no proceder así el padre, ante la evidente incompatibilidad de intereses que su objetivo patrimonial perseguía con el interés de sus hijas como herederas de su abuelo, no desarrolló su autoridad paterna con espíritu de imparcialidad...

El Tribunal declaró la nulidad de renuncia a derechos hereditarios, la nulidad de una emancipación y las inscripciones registrales.

(14) STS de 16 de mayo de 1984. Ponente: Cecilio Serena Velloso (LA LEY 8832-JF/0000).

(15) «...pero la irregularidad del caso no es la falta de capacidad del coheredero demandante, quien se emancipó mediante matrimonio posterior a la expiración del plazo testamentario aunque contraído durante el año de prórroga de dicho plazo, sino la de que éste no fue mayor de edad hasta tanto se publicó en el *BOE* de 17 de noviembre de 1978 el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, fijándola para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos y sustituyendo a ese propósito la expresión «veintiún años» por «dieciocho años», entre otros en el artículo 321 del Código Civil (art. 4), edad ya alcanzada por doña Elia Pilar al sobrevenir la modificación de la mayoría de edad pero sin incidencia alguna sanatoria en la partición del 3 de diciembre de 1977, en cuya fecha era emancipada por causa de matrimonio conforme al artículo 314.2 según la redacción vigente del 18 de julio de 1977, fecha de las nupcias, conviniéndole por lo mismo y hasta el 17 de noviembre de 1978 la condición de menor de edad, no incompatible con la de emancipado; apoyándose lo razonado *ex abundatia* en entender que la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad que se prolonga hasta el momento de la mayoría propia sobrevenida por haberse alcanzado con el decurso del tiempo la edad fijada para ese efecto un periodo diferenciado en la vida del menor de edad que tiene por finalidad la de prepararle para la mayoría...».

(16) SAP de Cáceres, Sección 1.ª, sentencia de 27 de junio de 2001, recurso 148/2001. Ponente: Salvador Castañeda Bocanegra. Número de sentencia: 188/2001. Número de recurso: 148/2001 (LA LEY 128915/2001).

do, por tanto, intervenir en ellas y consentirlas y aprobarlas por sí mismo, sin necesidad de que otras personas lo suplan, ni tampoco se requiere la aprobación judicial (17).

Distinto es aquel supuesto en que el menor actúa en perjuicio de sus intereses, y su padre no ha nombrado defensor judicial del menor pese a la existencia de un conflicto de intereses. Es el supuesto contemplado en la SAP de Burgos, de 18 de noviembre de 1996 (18), donde declara la nulidad del juicio ejecutivo por dirigirse la demanda contra un menor emancipado que intervino como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, por no haberse nombrado defensor judicial del menor y existir un conflicto de intereses con su padre, que formaba parte de la entidad a la que se concedió el crédito (19).

4. EMANCIPACIÓN Y PROBLEMAS DE GUARDA Y CUSTODIA

Más espinoso es el tema de la emancipación y la guarda y custodia donde se utiliza la emancipación como cauce de situaciones familiares difíciles (la emancipación es la vía de escape de la patria potestad). Sirva como ejemplo la SAP de Las Palmas, de 4 de noviembre de 2008 (20), donde la cuestión que

(17) Continúa la SAP señalando que aún en el supuesto de que doña María C. A. naciese el 14 de enero de 1944, en la fecha de la redacción del convenio familiar tendría veinte años, siendo menor de edad, según la legislación vigente pero, en todo caso, emancipada al haber contraído matrimonio de acuerdo con lo establecido en el artículo 314.2 del Código Civil. En tal situación y a tenor de lo dispuesto en el artículo 323 de nuestro Código Civil, la emancipación habilita a la menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad. Es cierto que tal precepto contiene una serie de excepciones tales como las de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, etc..., en los que precisa el consentimiento de su padre o tutor. Pero en estas excepciones no están incluidas las referentes a operaciones particionales en las que pueda estar interesado el menor emancipado, pudiendo, por tanto, intervenir en ellas y consentirlas y aprobarlas por sí mismo, sin necesidad de que otras personas lo suplan, ni tampoco se requiere la aprobación judicial (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1984). Tampoco podemos olvidar, por último, que la apelante cuando suscribió el documento que hoy pretende que se anule, estaba acompañada por su marido cuya firma consta también en el mismo.

(18) SAP de Burgos, Sección 2.^a, sentencia de 18 de noviembre de 1996. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente (LA LEY 15417/1996).

(19) Siguiendo al artículo 323 del Código Civil, toda vez que en la fecha en que el citado demandado prestó su consentimiento como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, era menor de edad y, aunque había obtenido la emancipación, al no ser titular de participación alguna en la entidad «S.R.D. e H., S. L.», no tenía un interés directo en la operación, pues no consta que el riesgo que afrontaba al prestar el aval pudiese aprovecharle a él en forma alguna, de tal manera que como solo consta que podía aprovechar a la citada sociedad y a los socios de la misma, es decir, su padre y su hermana, no podía suplir su padre con su consentimiento el defecto de capacidad de su hijo, pues es evidente el conflicto de intereses, puesto que el aval del hijo emancipado coadyuvó a la concesión del crédito, por lo que debió el padre, procurar el nombramiento de un *defensor judicial* que pudiese suplir en debida forma el defecto de capacidad de su hijo, huérfano de madre, en el acto de la firma de la póliza de crédito.

(20) SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso 417/2008. Ponente: Ildefonso Quesada Padrón. Número de sentencia: 774/2008. Número de recurso: 417/2008 (LA LEY 281972/2008).

se plantea es la relativa a la guarda y custodia de la hija que en breves días tendrá la mayoría de edad legal, además de que ha obtenido la *emancipación por concesión judicial*, por lo que se estima la revocación parcial de la sentencia en lo que se refiere a la guarda y custodia de dicha hija.

5. EMANCIPACIÓN, PENSIÓN ALIMENTICIA Y DERECHO DE ALIMENTOS

La mayoría de los supuestos que llegan a las Audiencias Provinciales se refieren a los problemas económicos que surgen tras las crisis matrimoniales y la situación de los hijos (21).

La doctrina judicial es muy clara al respecto, pues entiende:

- 1.º Que las pensiones a favor de los hijos reconocidas en los artículos 90.C) y 93 del Código Civil, otorgadas como consecuencia de que los mismos viven a costa de uno de los cónyuges y no se han independizado económicamente, se consideran como contribuciones a las cargas del matrimonio o familiares que persisten, aunque los hijos hayan obtenido la mayoría de edad (22).

Aunque deben mediar determinados requisitos, a saber, la no-percepción de emolumentos o no tenencia de recursos propios, así como la dependencia y convivencia en el hogar familiar. Fue precisamente

(21) En la doctrina, vid. CALVO ANTÓN, Manuela, «El nuevo artículo 93 del Código Civil y el sostenimiento de los hijos en la nulidad, separación o divorcio», en *Diario La Ley*, 1990, pág. 1106, tomo 4, Editorial LA LEY (LA LEY 20110/2001).

(22) La SAP de Palencia, sentencia de 24 de febrero de 1997, recurso 12/1997. Ponente: Ángel Santiago Martínez García. Número de recurso: 12/1997 (LA LEY 5347/1997) entiende que «las pensiones reconocidas en favor de los hijos al amparo de los artículos 90.C) y 93 del Código Civil no son propiamente alimenticias o alimentos, sino que, mientras los hijos vivan a costa de uno de los cónyuges y no se hayan independizado económicamente se mantienen estas “contribuciones a las cargas del matrimonio o de la familia”, cargas familiares que se mantienen aunque los hijos ya sean mayores de edad o estén emancipados si persisten las circunstancias previstas en el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil.

Este carácter de carga familiar, y no de alimento, es lo que lleva a la doctrina a pensar que la persona legitimada activamente para solicitarlas sigue siendo el progenitor a cuyo cargo directo se encuentre el hijo mayor de edad, progenitor que los reclama no en interés del hijo, sino en interés propio, dado que él es quien tiene asumida a título personal la carga familiar (por convivir con el hijo), sin perjuicio de que el hijo mayor de edad pueda intervenir en el pleito como coadyuvante, dado su interés en la cuestión.

Y si ese cónyuge es el que está legitimado activamente para reclamar del otro progenitor, esta pensión para compensar las cargas del matrimonio respecto de los hijos mayores de edad que viven aún a costa suya y que no se han independizado económicamente, de igual manera, cuando desaparecen tales circunstancias, y el otro progenitor interesa una modificación de las medidas, el legitimado pasivamente para soportar la acción es el cónyuge con el que convivían los hijos, dado que, de acuerdo con el principio de la *perpetuatio legitimationis*, y de las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regulan estos procesos, se llega a la conclusión de que solo son partes los cónyuges, puesto que solo se pueden discutir en estos procesos las cuestiones suscitadas en la medida en que son consecuencias derivadas de la nulidad, separación o el divorcio, todo ello sin perjuicio de que los hijos mayores de edad puedan intervenir en el proceso, en este caso, si es que son demandados, pero sin que sea preceptiva su presencia e intervención en el mismo».

la reforma del Código Civil, operada por Ley 11/1990, de 15 de octubre, la que al introducir el párrafo segundo del artículo 93 dio una solución adecuada al problema que se planteaba en orden a la legitimación de esos hijos mayores o emancipados que continúan viviendo en el domicilio conyugal y carecen de recursos, para intervenir en el juicio matrimonial e interesar de uno u otro de sus progenitores la necesaria prestación alimenticia... (23).

- 2.º Los hijos mayores de edad tienen derecho a reclamar alimentos de sus ascendientes, estando legitimados procesalmente por sí solos de acuerdo con los artículos 142 y siguientes del Código Civil (24).
- 3.º Los hijos que se han emancipado por inscripción de su unión de hecho en el registro municipal, habiendo tenido de dicha unión un hijo, aun-

(23) La SAP de Cádiz, Sección 5.ª, sentencia de 1 de junio de 2009, recurso 207/2009. Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo. Número de sentencia: 268/2009. Número de recurso: 207/2009 (LA LEY 149389/2009) insiste en que la legitimación de uno de los padres para solicitar pensiones para los hijos, aunque éstos sean mayores de edad, dentro de los amplios términos del artículo 93 del Código Civil, *si bien deben mediar determinados requisitos, a saber, la no-percepción de emolumentos o no tenencia de recursos propios así como la dependencia y convivencia en el hogar familiar...*

(24) La SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 24 de marzo de 2000, recurso 1120/1999. Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. Número de recurso: 1120/1999 (LA LEY 67023/2000) reitera que la *emancipación por mayoría de edad* de la hija del matrimonio no supone de por sí el cese de la obligación alimenticia por parte de su progenitor, tal como establece el artículo 142 del Código Civil, y la prescripción contenida en el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, en la redacción introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de tal forma que aconteciendo en el caso de autos que la descendiente referenciada convive con su madre en el domicilio familiar, y que carece de independencia económica, es por lo que procede confirmar la prestación de alimentos... si se tienen en cuenta sus necesidades alimenticias englobadas en el concepto que de los alimentos determina el artículo 142 del Código Civil, y el caudal económico del obligado.

También la SAP de Granada, Sección 5.ª, sentencia de 11 de octubre de 2007, recurso 254/2007. Ponente: Antonio Mascaro Lazcano. Número de sentencia: 431/2007. Número de recurso: 254/2007 (LA LEY 236502/2007), que insiste en «pudiendo nacer la obligación alimentaria de un padre o progenitor para con sus hijos de un doble motivo, cual, de un lado, *la calidad de éste de no emancipado y sujeto a la patria potestad*, que viene establecida por el número 2 del artículo 154 del Código Civil, y, de otro, de esa carga impuesta, genérica y recíprocamente, a los ascendientes y descendientes, fijada en el artículo 143 del propio Código, así como en el primer supuesto no se exige más requisito para que nazca el derecho del hijo y la obligación del padre que el de la no emancipación de aquél, en el segundo, para que pueda ser exigible la deuda alimenticia, se impone por el artículo 148 del repetido Código que necesite los alimentos para su subsistencia la persona que a ellos pueda tener derecho, y que no puede olvidarse que tanto puede ser el hijo o descendiente, cuando el padre o ascendiente, por lo que, aunque fuera presumible que por su condición de estudiantes o no trabajadores fijos de los hijos ya mayores de edad subsista esa necesidad de alimentos, lo cierto es que, así como la contribución a los alimentos debió fijarse, de acuerdo con el artículo 93 del Código Civil, sin necesidad de justificación alguna en razón en la —en aquellas fechas— minoría de edad de los mismos al haber alcanzado ya su emancipación por su mayoría de edad, según lo establecido en el número 1 del artículo 314 del propio Código, no podrá continuar obligándose al padre a seguir contribuyendo a los alimentos de los hijos de acuerdo con lo impuesto por el citado artículo 93, sino que, caso de que realmente subsista la necesidad de alimentos, éstos habrán de interesarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 142 y sigs. del Código Civil».

que continúen conviviendo a costa de unos cónyuges, tienen derecho de alimentos entre parientes (25).

- 4.º No procede la extinción de la pensión alimenticia del hijo menor de edad por el hecho de que, aun viviendo en el domicilio familiar, esté trabajando como aprendiz en una fábrica y perciba un sueldo mensual. Tienen derecho a alimentos «los hijos no emancipados» (26). Los hijos emancipados por mayoría de edad pero que vuelven al domicilio familiar, o simplemente emancipados pero faltos de ingresos económicos pueden solicitar alimentos fuera del proceso matrimonial (arts. 143 y 144 CC) (27).

(25) La SAP de Cádiz, Sección 5.ª, sentencia de 1 de junio de 2009, recurso 207/2009. Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo. Número de sentencia: 268/2009. Número de recurso: 207/2009 (LA LEY 149389/2009), estudia un supuesto especial. La hija de los litigantes procedió a la inscripción de su unión de hecho con su pareja don Rubén en el Registro del Ayuntamiento, habiendo nacido de dicha unión una hija. Así aunque se estime que es cierta la permanencia de dicha hija en el domicilio familiar, la pensión alimenticia solicitada no es pertinente, al menos en esta vía y sin perjuicio de que pudiera ser reiterada en la dimensión de alimentos entre parientes, y ello porque la certificación anteriormente reseñada tiene una eficacia que no ha sido destruida por la prueba en contrario practicada por la perceptora de los alimentos, ya que dicha prueba es asimilable a una certificación de matrimonio y supone la efectiva convivencia de la perceptora con su pareja, procediendo, en consecuencia, la estimación del motivo.

(26) La SAP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia de 11 de septiembre de 2008, recurso 591/2008. Ponente: Antonio Alcalá Navarro. Número de sentencia: 471/2008. Número de recurso: 591/2008 (LA LEY 240878/2008), insiste en que no procede la extinción de la pensión alimenticia del hijo menor de edad por el hecho de que, aun viviendo en el domicilio familiar, esté trabajando como aprendiz en una fábrica y perciba un sueldo mensual. Tienen derecho a alimentos «los hijos no emancipados», y la emancipación tiene lugar por la mayor edad. No puede ser desincentivador de su actividad, la posibilidad de perder la pensión alimenticia de su padre, todo lo contrario, su derecho a percibir los alimentos es intangible y puede capitalizar los ingresos que percibe o emplearlos en los fines que estime oportunos para mejorar su calidad de vida, hasta que llegue, al menos, a la mayoría de edad.

(27) La SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, sentencia de 17 de junio de 2002, recurso 295/2000. Ponente: Víctor Caba Villarejo. Número de sentencia: 348/2002. Número de recurso: 295/2000 (LA LEY 114070/2002). De modo que si la referida hija mayor de edad no convivía ya en domicilio familiar carecía la recurrente de legitimación activa para solicitar alimentos para ella dentro del proceso de separación matrimonial, pues tal legitimación, por su indudable interés legítimo, viene referida solo respecto de los hijos mayores de edad o emancipados que, careciendo de ingresos propios, convivieran en el domicilio familiar. Por tanto, el posterior retorno de la hija al que fuera domicilio familiar deviene intrascendente en esta litis sin perjuicio de legitimación activa de la hija para solicitar alimentos directamente al apelado fuera del proceso matrimonial (arts. 143 y 144 CC).

También la SAP de Valencia, Sección 6.ª, sentencia de 24 de enero de 1991. Ponente: Manuel Peris Gómez (LA LEY 1939-JF/0000) insiste en la cuestión sobre los alimentos de menores emancipados y los que alcanzan la mayoría de edad no resulta de un automatismo determinado exclusivamente por este hecho cronológico y, ni siquiera, con la concurrencia del factor adicional de que los mismos tuvieran un trabajo remunerado, pues habrá de analizarse la naturaleza y circunstancias de tal actividad laboral, tanto en lo referente a las condiciones de trabajo, como en orden a su remuneración, puesto que el artículo 142 del Código Civil, en su redacción decretada por la Ley 11/1981, establece con toda claridad la persistencia de la obligación alimenticia, aun después de la mayoría de edad, cuando el alimentista no hubiere terminado su formación por causa que no le sea imputable...

6. EMANCIPACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Otro de los problemas de los que se ha hecho eco la Jurisprudencia es la de la emancipación otorgada ante Notario, y la eficacia que frente a terceros pueda tener la emancipación no inscrita.

Nos referimos a la SAP de Valladolid, de 15 de mayo de 2008, donde se estudió el problema de un menor emancipado que causó daños a un coche cuando iba en su bicicleta (28). La emancipación otorgada notarialmente se realizó con anterioridad al accidente, y también con anterioridad al siniestro, los interesados comparecieron ante el encargado del Registro Civil, para presentar la escritura, si bien la inscripción no se extendió materialmente hasta después de ocurrido el accidente.

Pues bien, el juzgador señaló que el artículo 318 del Código Civil dispone que: «la concesión de la emancipación no produce efectos contra terceros en tanto no se inscriba en el Registro Civil, pero dicha inscripción no es constitutiva, sino que únicamente tiene valor publicitario frente a terceros. Literalmente, el precepto indicado no establece que la emancipación no inscrita no produzca ningún tipo de efectos frente a terceros, sino que la misma no produce efecto “contra” terceros, de modo que no puede limitarse la eficacia de la emancipación si la misma no perjudica al tercero».

En este sentido, la RDGRN de 14 de mayo de 1984 (29), con cita de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1910, y de otras Resoluciones de la DGRN, de fechas 23 de abril de 1917 y de 21 de febrero de 1923, señala que la falta de inscripción en el Registro Civil no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre partes

(28) SAP de Valladolid, Sección 3.^a, sentencia de 15 de mayo de 2008, recurso 60/2008. Ponente: José Manuel de Vicente Bobadilla. Número de sentencia: 71/2008. Número de recurso: 60/2008 (LA LEY 285756/2008).

(29) La Dirección General considera cuál es la situación de dicho tercero en caso de entrar en conflicto con otro que lo sea en el sentido hipotecario del término, respecto de lo cual afirma que: «como el Registro Civil es un Registro del estado y condición civil de la persona y no de cada uno de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos (para lo que están los Registros de bienes), es necesario referir el precepto que, según el citado artículo 318 (LA LEY 1/1889), ampara al tercero, al ámbito que, según su ratio, le es propio y que ya ha sido señalado (es decir, el de la inoponibilidad del hecho inscribible no inscrito a fin de mantener la validez del acto mismo del que el tercero derive sus derechos); y, en cambio, es necesario no extender, más allá, el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además, en colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero protegido y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación, y de tal modo que, en beneficio de éste, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado».

«Considerando, por el contrario, que siendo unos y otros actos —los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal— suficientes para la adquisición legítima de los derechos —los primeros, por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros—, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión —que ya han tenido su efecto en el ámbito que le es propio—, sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad ya no del estado civil, sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes».

como respecto de terceros, si bien esta eficacia general de la emancipación, aún no inscrita, debe excepcionarse, de acuerdo con lo que disponía el entonces vigente artículo 316 del Código Civil y que hoy se reitera con mayor rigor y precisión técnica en el artículo 318 del Código Civil, para dejar a salvo de perjuicio a los terceros de buena fe que puedan adquirir algún derecho en virtud de actos realizados no por el emancipado, sino por quien, sin la emancipación tendría su representación legal.

En consecuencia, es necesario concretar el artículo 318 del Código Civil al ámbito que le es propio, es decir, al de la inoponibilidad del hecho inscribible no inscrito, a fin de mantener la validez del acto mismo del que el tercero derive sus derechos; y, en cambio, es necesario no extender, más allá, el amparo que aquel precepto otorga al tercero (30).

7. INSCRIPCIÓN TARDÍA DE LA EMANCIPACIÓN

En relación con este tema, la DGRN, en Resolución de 2 de enero de 1992 (31) estudia si es o no posible practicar en el Registro Civil la inscripción marginal de una escritura pública de emancipación, concedida, con el consentimiento del hijo mayor de dieciséis años, por la titular de la patria potestad, cuando tal inscripción se pretende una vez que el emancipado ha cumplido la mayoría de edad.

El Centro Directivo entendió acertadamente que al haber plazo para la práctica de tal inscripción y poder haber interés en acreditar un estado civil pasado y si el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos ha de procurarse para la debida concordancia entre el Registro Civil y la realidad (que la inscripción de nacimiento vaya reflejando las diversas vicisitudes jurídicas acaecidas en el estado del nacido) (32).

IV. CONCLUSIONES

Como consecuencia de diversos factores sociales, económicos y culturales, la emancipación ha pasado a ser una institución devaluada, por el hecho además, de obtenerse la emancipación automática con la mayoría de edad, esto es, cuando el sujeto cumple los dieciocho años, obteniendo por ley la plena capacidad.

(30) Sobre este tema, vid. DÍAZ FRAILE, Juan María, «El principio de publicidad material del Registro Civil. Particular estudio de la inoponibilidad frente a terceros de los hechos no inscritos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-274, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1345/2002.

(31) La DGRN en Resolución de 2 de enero de 1992 (LA LEY 11/1992).

(32) Lo importante es destacar que, si se quiere probar que en cierto momento anterior el interesado estaba emancipado, es el Registro Civil la prueba básica de este hecho y, si se intenta utilizar a este fin la sola copia de la escritura pública de la emancipación, este medio probatorio no es admisible mientras no se cumpla el requisito formal imprescindible, exigido por el mismo artículo 2 LRC, de que «previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida...». Por lo que se acuerda estimar el recurso y ordenar que, siempre que vuelva a presentarse la escritura pública de emancipación, ésta sea inscrita al margen del asiento de nacimiento del interesado.

El hecho, además, se agrava con el aumento en el retardo de la independencia juvenil, aún gozando de la mayoría de edad. Cuestión que ha llevado al legislador a pensar de la emancipación de los jóvenes, como puede observarse en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, cuyo objetivo es evitar las múltiples consecuencias negativas, tanto sociales como económicas y personales que la situación genera.

De esta manera se observa cómo de la emancipación regulada en el Código Civil, cuya finalidad es adelantar el beneficio de la mayoría de edad en determinados supuestos, en la actualidad, debido a factores económicos, culturales y sociales, la Administración es la que pretende la emancipación de los jóvenes, que ya gozan y superan la mayoría de edad para guiarles y facilitarles su emancipación fuera del entorno paterno.

No obstante, por otro lado, la mayoría de los supuestos en los que se alude a la emancipación de menores que llegan a las Audiencias Provinciales, se refieren a los problemas económicos que surgen tras las crisis matrimoniales y la situación de los hijos a los que se les debe asignar una pensión alimenticia cuando queden bajo la custodia de uno de los cónyuges, o quienes deben solicitar su derecho de alimentos entre parientes; o incluso como remedio para poner fin a situaciones familiares difíciles.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO ANTÓN, Manuela: «El nuevo artículo 93 del Código Civil y el sostenimiento de los hijos en la nulidad, separación o divorcio», en *Diario La Ley*, 1990, pág. 1106, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 20110/2001.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El principio de publicidad material del Registro Civil. Particular estudio de la inoponibilidad frente a terceros de los hechos no inscritos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-274, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1345/2002.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte general. Vol. 2.º, Personas. Jesús Delgado Echevarría, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*. Tomo Primero. Parte General y Derecho de la persona, 7.ª ed., Trivium, 2000.

VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

- STC, Sala Segunda, sentencia 129/2010, de 29 de noviembre de 2010, recurso 1501/2008. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas. Número de sentencia: 129/2010. Número de recurso: 1501/2008 (LA LEY 213839/2010).
- STS de 16 de mayo de 1984. Ponente: Cecilio Serena Velloso (LA LEY 8832-JF/0000).
- STS de 19 de mayo de 1995, recurso 660/1992. Ponente: Jaime Santos Briz. Número de recurso: 660/1992 (LA LEY 16880-R/1995).
- STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de octubre de 1996, recurso 2643/1995. Ponente: Gregorio García Ancos. Número de recurso: 2643/1995 (LA LEY 9564/1996).

- STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 9 de abril de 2001, recurso 1035/2000. Ponente: Joaquín Ángel de Domingo Martínez. Número de sentencia: 506/2001. Número de recurso: 1035/2000 (LA LEY 76424/2001).
- STSJ de Murcia, Sala de lo Social, sentencia de 6 de mayo de 2002, recurso 282/2002. Ponente: José Luis Alonso Saura. Número de sentencia: 548/2002. Número de recurso: 282/2002 (LA LEY 86768/2002).
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, sentencia de 24 de enero de 1991. Ponente: Manuel Peris Gómez (LA LEY 1939-JF/0000).
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, sentencia de 18 de noviembre de 1996. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente (LA LEY 15417/1996).
- SAP de Palencia, sentencia de 24 de febrero de 1997, recurso 12/1997. Ponente: Ángel Santiago Martínez García. Número de recurso: 12/1997 (LA LEY 5347/1997).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 24 de marzo de 2000, recurso 1120/1999. Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. Número de recurso: 1120/1999 (LA LEY 67023/2000).
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia de 27 de junio de 2001, recurso 148/2001. Ponente: Salvador Castañeda Bocanegra. Número de sentencia: 188/2001. Número de recurso: 148/2001 (LA LEY 128915/2001).
- SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, sentencia de 17 de junio de 2002, recurso 295/2000. Ponente: Víctor Caba Villarejo. Número de sentencia: 348/2002. Número de recurso: 295/2000 (LA LEY 114070/2002).
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, Auto de 11 de abril de 2003, recurso 183/2003. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Número de sentencia: 183/2003. Número de recurso: 183/2003 (LA LEY 69735/2003).
- SAP de Granada, Sección 5.^a, sentencia de 11 de octubre de 2007, recurso 254/2007. Ponente: Antonio Mascaró Lazcano. Número de sentencia: 431/2007. Número de recurso: 254/2007 (LA LEY 236502/2007).
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia de 11 de septiembre de 2008, recurso 591/2008. Ponente: Antonio Alcalá Navarro. Número de sentencia: 471/2008. Número de recurso: 591/2008 (LA LEY 240878/2008).
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso 417/2008. Ponente: Ildefonso Quesada Padrón. Número de sentencia: 774/2008. Número de recurso: 417/2008 (LA LEY 281972/2008).
- SAP de Valladolid, Sección 3.^a, sentencia de 15 de mayo de 2008, recurso 60/2008. Ponente: José Manuel de Vicente Bobadilla. Número de sentencia: 71/2008. Número de recurso: 60/2008 (LA LEY 285756/2008).
- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, sentencia de 1 de junio de 2009, recurso 207/2009. Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo. Número de sentencia: 268/2009. Número de recurso: 207/2009 (LA LEY 149389/2009).
- RDGRN de 2 de enero de 1992 (LA LEY 11/1992).
- RDGRN de 14 de mayo de 1984 (LA LEY 215/1984).

VII. LEGISLACIÓN

- Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

RESUMEN

EMANCIPACIÓN

Se ha repasado la doctrina jurisprudencial de los últimos años, relativa a todas las cuestiones cercanas a la emancipación, cuya esencia se basa en la atribución a un menor, por parte de sus padres o tutores, de la mayor parte de sus derechos y facultades civiles, esto es, anticipar en pocos años la extinción de la patria potestad. No obstante la importancia de la figura se encuentra muy devaluada, utilizándose primordialmente como criterio diferenciador en las crisis matrimoniales de los padres a los efectos de otorgar la pensión alimenticia o el derecho de alimentos entre parientes. Sin olvidarnos de los supuestos donde es utilizada para poner fin a situaciones familiares difíciles.

ABSTRACT

EMANCIPATION

The jurisprudential doctrine of recent years concerning all the issues closely concerning emancipation is reviewed. The essence of emancipation is the assignment to a minor by his or her parents or guardians of most of the minor's civil faculties and rights, i.e., the advancement by a few years of the termination of patria potestas. Nevertheless, the importance of the concept is quite devalued. Emancipation is primarily used as a differentiating criterion in parental marital crises, for the purpose of assigning maintenance obligations or the right thereto among relatives. There are also cases where emancipation is used to put an end to difficult family situations.

1.2. Familia

CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. NOMBRAMIENTO, CAPACIDAD
Y CAUSAS DE INHABILIDAD DEL TUTOR

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.—III. NOMBRAMIENTO DE TUTOR.—IV. CAPACIDAD PARA SER TUTOR.—V. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La existencia de menores de edad no emancipados o incapacitados no sometidos a patria potestad (prorrogada, en su caso) determina la necesidad de procurar la guarda y protección por medio de ciertas instituciones jurídicas de carácter subsidiario.

El artículo 215 del Código Civil enumera como cargos tutelares: «la tutela, curatela y el defensor judicial», especificando que, a través de ellos, y en los casos en que proceda, se realizará «la guarda y protección de la persona o bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados» (1). Además de consagrar lo que se ha denominado el principio de pluralidad de guarda legal que, tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico frente al sistema anterior de unidad de guarda, se posibilita, asimismo, el desdoble de la protección personal y patrimonial de la persona, llegándose a considerar que con la citada reforma tiene lugar una cierta «despatrimonialización» de las instituciones tutelares (2). En todo caso, y con la excepción de la curatela y la figura del administrador, que puede tener un contenido exclusivamente patrimonial, las demás —incluso la curatela del incapacitado (art. 289 del CC), y el defensor judicial—, mezclan ambas facetas. En general y en sentido amplio, la función tutelar viene a englobar a distintas instituciones de guarda, y resulta paralela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple el mismo objetivo, aunque con la importante diferencia que, mientras la Ley confía en la patria potestad y le da un amplio margen de libre arbitrio, no lo hace plenamente en las instituciones tutelares, y las somete a control judicial. Se puede decir que la función tutelar es subsidiaria a la patria potestad (respecto de los menores), y semejante (respecto a los incapacitados) (3). Junto a la tutela —órgano tuitivo por excelencia— y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano de guarda de la persona, la curatela que, a pesar de haber sido regulada en nuestro Derecho histórico por las Partidas, no fue recogida por el legislador al elaborar el Código Civil de 1889. No obstante, tal enumeración legal, para un importante sector de la doctrina, supone un inexacto elenco de instituciones de guarda. Así, manifiesta ÁLVAREZ LATA que, «por una parte, se omite toda referencia a la patria potestad y sus variantes —prorrogada y rehabilitada—, a la guarda de hecho —institución *de facto*, pero reconocida jurídicamente por el Código Civil—, y a la figura del artículo 299 bis; y, por otra, menciona entre ellas al defensor judicial, mención poco rigurosa, ya que esta figura no es sino un órgano eventual y temporal de representación de los menores e incapacitados que se superpone a otras instituciones y que actúa en supuestos muy determinados (art. 299)» (4). Por su parte, LETE DEL RÍO insiste en que también existen otras figuras mediante las que se provee la guarda y protección de la persona. El artículo 299 bis que encarga, en ciertos casos, al Ministerio Fiscal, la representación y defensa de la persona que debe ser sometida a tutela, y la de sus bienes a un administra-

(1) El Código Civil, en su redacción originaria, estableció un sistema protector, basado en el Código Civil francés, que se sentaba sobre tres pilares: un consejo de familia, un órgano de vigilancia denominado protutor y una persona ejecutora, el tutor, sometido a la vigilancia y control de los otros dos cargos tutelares.

(2) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Arez Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez Picazo y Ponce de León y Pablo Salvador Coderch, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 672.

(3) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.^a ed., La Ley, Madrid, 2005, pág. 300.

(4) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.^a ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 350.

dor, si el Juez lo considera oportuno; en el artículo 227 se establece la posibilidad de un administrador de determinados bienes: los dejados a título gratuito a favor de un menor o incapacitado; y en el artículo 303 se reconoce la guarda de hecho (5).

Añade el artículo 216 del Código Civil que «las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial». De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/función que se impone a las personas que asumen la guarda y protección de los menores e incapacitados (6). Es decir, se concede un poder, unos derechos, para cumplir unos deberes. La función tutelar, por tanto, constituye un deber jurídico que incumbe a toda persona nombrada y responde a una finalidad tuitiva y protectora, que se da en interés no del que la ejerce, sino del sometido a ella, siendo su contenido, un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función (7). Al configurarse como deber, determina que únicamente se admita la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos (arts. 217 y 251 a 258 del CC con específica referencia al cargo de tutor; art. 291, que se remite a estas normas para regir las excusas al cargo de curador; y 301, que hace lo mismo en cuanto al cargo de defensor judicial; no así para la patria potestad prorrogada y rehabilitada que se rige por las normas relativas a la patria potestad, ni para los supuestos de tutela automática de las entidades públicas que se configura como irrenunciable —arts. 172.1 y 239 del CC—). El cargo tutelar se configura como un *officium* o cargo de Derecho Privado, no teniendo quien desempeñe el carácter de autoridad, sino que simplemente asume una función en la que no solo existe el interés del protegido, sino también un interés familiar y social o público (8), pues, tal configuración no pugna con la intromisión de lo público en su funcionamiento; 2. Las funciones tutelares se ejercen en beneficio del tutelado (9), que actúa como principio rector de la actuación del guardador y significa que éste ha de buscar el mayor interés del tutelado, interés que debe prevalecer sobre otros, y, por supuesto, sobre el suyo propio; y que ha de entenderse desde la condición del tutelado como sujeto de derecho, operando con

(5) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, Edersa, Madrid, 1985, pág. 237.

(6) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/160834).

(7) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 301.

(8) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 241. El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 23 de abril de 1999 (AC 1999/770), dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «Conviene resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de Derecho Privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esa razón se explica el contenido del primer párrafo del artículo 216 del Código Civil».

(9) Principio al que hacen referencia también otras normas bajo la denominación de interés superior (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); y de mayor interés (art. 156 del Código Penal). Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 8 de febrero de 2007 (La Ley 7489/2007).

parámetros esencialmente objetivos o cuasi objetivos (10). Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, ha de determinar el sentido de la propia intervención judicial cuando proceda (arts. 224, 225, 233, 234.2, 236.1 y 3, 245, 246 del CC, entre otros). 3. Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial mediante el establecimiento de medidas de vigilancia y control (art. 233), de remoción de la tutela (art. 248), cuando proceda; y hay que añadir, también bajo el amparo del Ministerio Fiscal (puede solicitar la remoción del tutor, intervenir en la formación de inventario, ser oído por el Juez antes de que éste conceda o deniegue la autorización en los actos comprendidos en los arts. 271 y 272 del CC; el art. 232, además, de la función de vigilancia, que tiene tal órgano, se concreta la facultad de exigir al tutor, en cualquier momento, que le informe de la situación del menor o incapacitado y del estado de administración de la tutela; y la especial relevancia a la tutela provisional o interina que el atribuye el art. 299 bis). En todo caso, esta vigilancia permanente de la actuación de los órganos tutelares por parte de la autoridad judicial, posibilita, asimismo, que ésta pueda acordar las medidas cautelares que enumera el artículo 158, en cuanto sean convenientes para la más adecuada protección del menor o incapaz (art. 271.2 del CC introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). La adopción de estas medidas pueden ser decididas por el Juez de oficio o a petición de parte interesada, que lo serán el tutor, el curador, el defensor judicial, el guardador de hecho o cualquier persona que acredite tener interés en ellas, entre las que pueden incluirse el propio menor o incapacitado, si tiene suficiente juicio; y tales medidas no solo se tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino también de su patrimonio durante el tiempo que el Juez considere oportuno. Lo cierto es que el Juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio, y como función decisoria, en la rendición de cuentas (11).

En síntesis, sobre tales bases se puede afirmar que la tutela se configura como una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados y a los incapacitados, cuando la sentencia así lo determine (art. 222 del CC), siendo el tutor el representante legal del menor o incapacitado a quien sustituye, salvo en los actos que, por disposición de la ley o de la sentencia de la incapacitación, puede realizar por sí solo el sujeto a tutela (art. 267 del CC); mientras la curatela, es un órgano estable, pero de actuación no habitual, esporádica u ocasional que únicamente es referible a los actos que el sujeto a curatela no puede realizar por sí solo y en los que le asiste el curador, sin representarle o sustituirle (12); que, al-

(10) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 352; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 675. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984 (*RJ* 1984/4755); y de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6277).

(11) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 302.

(12) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 419; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 672; del mismo autor, «Instituciones tuitivas», en *Manual de Derecho Civil (Introducción, y derecho de la persona)*, de PUIG FERRIOL, L.; GETE-ALONSO Y CALERA M. C.; GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 220. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.^a, de 18 de mayo de 2010 (La Ley 104621/2010).

canza a los menores emancipados cuyos padres han fallecido o han quedado impedidos para asistirlos, a quienes gocen del beneficio de la mayor edad, a los pródigos, así como a los incapacitados cuando la sentencia lo hubiera dispuesto (arts. 286 y 287 del CC). No se constituye en representante legal, sino que el curador simplemente, asiste y complementa la capacidad. En consecuencia, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, como sucede con la tutela, sino para completarla en aquellos actos que la ley lo requiera (13). Finalmente, en caso de oposición de intereses o de vacío transitorio en la tutela o curatela, el defensor judicial actúa en tales casos, provisionalmente, como si fuera un tutor o curador, representando y velando o completando al menor o incapacitado en su capacidad. Se trata de un órgano de actuación no habitual ni estable, sino intermitente o provisoria.

A las instituciones de guarda legal anteriormente citadas, el Código Civil dedica el Título X del Libro II del Código Civil, Capítulo III, a la tutela —arts. 222 a 285—; Capítulo IV, a la curatela —arts. 286 a 293 y 297—; Capítulo IV, al defensor judicial —arts. 299 a 302—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V —arts. 303, 304 y 306—. Mas con carácter previo, en el ámbito del Capítulo I del Título X y bajo epígrafe «Disposiciones generales», se agrupa un conjunto de preceptos que integran el régimen genérico de las instituciones tutelares —arts. 216 a 221—. En virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de aquéllas está integrado por las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber, que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —art. 216 del CC—; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, solo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —art. 217 del CC—; 3) La autoridad judicial debe remitir sin dilación al encargado del Registro, las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela que habrán de inscribirse en el Registro Civil (arts. 218 y 219 del CC) (14); 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 220 del CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar, el artículo 221 del Código Civil se le prohíbe: a) Representar al tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; b) Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión; y c) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (15).

(13) SANCHO REBULLIDA, F. A., *Apéndice al Derecho de Familia*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 14; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentarios a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 696 y 700; de la misma autora, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, enero-marzo de 1992, pág. 742; GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 427; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 113.

(14) Las Resoluciones de la DGRN, de 30 de mayo de 2006 (La Ley 325339/2006); y de 12 de diciembre de 2007 (La Ley 356717/2007), señalan que no es inscribible la tutela automática del artículo 172 del Código Civil.

(15) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 759, considera

Por otra parte, la citada regulación procede de la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre —modificada parcialmente por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que atribuye por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de los menores e incapacitados, siendo esta tutela complementaria del acogimiento familiar y la adopción; y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil— que se asienta sobre las siguientes bases: 1) Las causas de incapacitación no son objeto de enumeración taxativa, sino que, genéricamente, se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del CC); 2) Se asume un sistema de pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona: la curatela; 3) Se abandona el modelo de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia) y se instaura un sistema de tutela judicial o de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial que, entre otras cosas, las constituye y controla; 4) Se permite incapacitar a los menores de edad cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del CC). En tal caso, una vez llegada la mayoría de edad por el incapacitado, tiene lugar la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible, la tutela (art. 171 del CC).

Recientemente, el régimen jurídico del Código Civil, relativo a las instituciones tutelares, resulta ampliado con 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» que, además, de regular de forma novedosa la figura de la autotutela, esto es, «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación; lo que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas» (arts. 223.2 y 234.1.º del CC); consagra la asunción por ministerio de la ley de la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo por parte de la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la tutela de incapaces, cuando ninguna de las personas a las que hace referencia el artículo 234 del Código Civil sea nombrada tutor (art. 239.2 del CC).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la institución de guarda por excelencia, como es la tutela, más en concreto, en las consecuencias que se derivan de la constitución de la tutela, en cuanto a nombramiento de tutor, tales como la capacidad, inhabilidad, y remoción del cargo de tutor. Para ello llevaremos a cabo un estudio de la jurisprudencia existente sobre la materia, como, igualmente, haremos puntual referencia a las posiciones doctrinales que, en torno a la misma se han desarrollado.

estos primeros preceptos como disposiciones genéricas aplicables a los distintos órganos de guarda y protección de los menores e incapaces.

II. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

No se da en nuestro Código Civil un concepto legal de la tutela o guarda, pues el artículo 215, sino que simplemente se describe el objeto de la protección, además de indicarse la pluralidad de instituciones mediante las que se va a dispensar aquélla. LETE DEL RÍO señala que «el tutor es la persona que, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad judicial, y de acuerdo con las disposiciones establecidas por los padres o, en su defecto, o por falta de homologación, con las impuestas por el Juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o solo de la persona o solo de los bienes del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último puede obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y, añade: «su función es esencialmente de dirección, administración y ejecución, la cual se manifiesta en derechos, facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza». En resumen, «al tutor le corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del menor o incapacitado» (16). LASARTE ÁLVAREZ, por su parte, dispone que, «la tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor o de un incapacitado, que le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado» (17). Finalmente, O'CALLAGHAN, teniendo en cuenta básicamente lo preceptuado en los artículos 215 y 216 del Código Civil, conceptúa la función tutelar como «el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre una u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para la protección del mismo bajo el control judicial» (18).

Sobre tales bases, la tutela es, pues, una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores no emancipados, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad establecida por la Ley, y que presenta los siguientes caracteres (19): 1. Subsidiariedad, al configurarse como un mecanismo paralelo y subsidiario de la patria potestad; 2. Naturaleza pública del cargo y como función u oficio de Derecho Privado; 3. Generalidad, pues la tutela se atribuye al cuidado y protección «integral» de la persona y los bienes del tutelado. Nos encontramos ante un supuesto de representación legal; 4. Obligatoriedad. Las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado y solo se admite excusa en los supuestos legalmente previstos. De ahí que la tutela no sea, por su caracterización como deber, un cargo renunciable, al margen de las eventuales causas de inhabilidad para el desempeño del mismo (arts. 243 a 245 del CC); 5. Control judicial. El ejercicio de la función tutelar se realiza bajo el control y vigilancia del Juez y del Ministerio Fiscal, que

(16) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 237-238.

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 384.

(18) O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Dijusa, Madrid, 2009, pág. 298.

(19) LEONSEGUI GUILLLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadores: María Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2009, págs. 99-100; PALOMINO Díez, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 43 a 76.

actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 234) (20). 6. La tutela como oficio, en ocasiones, remunerado (art. 274 del CC) (21).

En cuanto al ámbito de actuación de la tutela, el artículo 222 del Código Civil señala que estarán sujetas a tutela:

1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad (art. 154 del CC) (22). Puede suceder que un menor no esté sometido a la patria potestad, bien desde el inicio, por no haberlo estado nunca (filiación desconocida) respecto de ambos progenitores, o bien por causas posteriores (muerte o declaración de fallecimiento de los padres o ausencia de los titulares de la patria potestad —art. 169.1.º—), o por privación total o parcial, o suspensión de la patria potestad —art. 170— (23). En estos supuestos, los menores necesitan una persona que sea su representante legal, pues carecen de capacidad de obrar, y que, al mismo tiempo, vele por su persona y bienes. De ahí que esta carencia se tenga que suplir mediante la institución de la tutela, siendo ésta supletoria de la patria potestad. Tal tutela será plena, comprendiendo todos los derechos y obligaciones, tanto respecto a la persona como a los bienes del pupilo, salvo que, como dice el artículo 236.1.º, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar los cargos de tutor de la persona y el de los bienes. No obstante, como señala GÓMEZ OLIVEROS que, si fallece uno de los titulares de la patria potestad, estando el otro privado de la misma, la sujeción del menor a la tutela

(20) Señala LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 293, con buen criterio, que la expresión «cualquier interesado» hay que entender que legitima a cualquier persona para instar la intervención judicial, en cuanto que la tutela, como institución, trasciende a la sociedad entera y, por tanto, la ley interesa de todos los ciudadanos el cumplimiento de un deber general de solidaridad. En contra, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 591, para quien la expresión «a instancia de cualquier interesado», se limita a quien acredite tener un interés directo en el buen ejercicio de la tutela, o por quien acredite poder resultar afectado por una actuación desafortunada por parte del tutor.

Por su parte, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29137 a 29142), en su Disposición Adicional única, legitima al Ministerio Fiscal para solicitar y obtener información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés, a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificadora de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

(21) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de julio de 2004 (JUR 2004/217363), señala que, en la definición del rendimiento líquido de los bienes que debe tenerse en cuenta para fijar la retribución del tutor, es la diferencia entre los ingresos íntegros menos los gastos necesarios para alcanzar dichos ingresos, entre los que no se encuentran los impuestos sobre la renta y patrimonio que son tributos de carácter personal.

(22) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (JUR 2007/127740); y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 29 de octubre de 2008 (JUR 2009/49458).

(23) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (La Ley 22468-JF/0000).

no será automática, pues cabe la posibilidad de que el padre privado del ejercicio, lo recupere, si el Juez lo considera beneficioso para el menor (24).

2.º Los incapacitados, cuando así lo haya establecido la sentencia, ya que, como establece el artículo 760 de la LEC, la sentencia que declara la incapacidad determinará la extensión y el régimen de tutela o guarda al que debe quedar sometido el incapacitado; de forma que éste puede quedar bajo tutela, con una amplitud mayor o menor en su alcance en relación con la persona y bienes del tutelado, o solo sobre aquélla, o sobre éstos, o bajo curatela (art. 287 del CC). La incapacidad que prevé el Código Civil en el artículo 200 se basa en enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, de carácter permanente, que impiden a la persona gobernarse por sí mismo (25). Los menores de edad no emancipados pueden ser incapacitados antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que prevea que la situación de incapacidad perdurará una vez alcanzada aquélla (art. 201). Dicha incapacidad solo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 205). En estos casos, la patria potestad se verá prorrogada (art. 171); y si el menor, con anterioridad a la sentencia de incapacidad, estaba sometido a tutela, se prorrogará ésta (art. 278). Si se trata de incapacidad de hijos mayores de edad, solteros, que viven en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, en lugar de constituirse la tutela o curatela, puede proceder a la rehabilitación de la patria potestad en virtud del artículo 171 (26); si se trata de incapacitados mayores de edad, solteros, que no viven con sus padres, procede la constitución de la tutela; respecto de los incapacitados mayores de edad, casados, procederá al nombramiento de tutor o curador en función de que la sentencia de incapacidad haya establecido como régimen de guarda la tutela o curatela, prefiriéndose nombrar al cónyuge que conviva con el incapacitado y, en defecto de éste y de acuerdo con el artículo 234.2.º, se preferirá a los padres, aunque ni uno u otro vinculan totalmente al juez; y cuando se trate de menores emancipados que sean incapacitados, para ORDÁS ALONSO serán aplicables, por analogía, las reglas establecidas para los mayores de edad (27). No cabe prorrogar o rehabilitar la patria potestad, sino quedar sometido a tutela o curatela, cuando el menor emancipado haya contraído matrimonio; y, en caso de no estar casada, habrá que aplicar las reglas establecidas en líneas precedentes, según viva o no en compañía de sus padres (28).

(24) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984, pág. 631.

(25) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1968 (*RJ* 1968/733); de 31 de octubre de 1994 (La Ley 151/1995); y de 19 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/3378); la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005/101367); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de noviembre de 2005 (*AC* 2006/181); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 13 de junio de 2007 (*JUR* 2007/286110).

(26) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 634; CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 24, nota 5.

(27) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 357.

(28) Para GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 634, es posible la prórroga de la patria potestad con las siguientes matizaciones: 1. Que el llamado al ejercicio y la titularidad de la patria potestad pueda ejercerla eficazmente; 2. Que tal prórroga quede al arbitrio del Juez, en el sentido de poder

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela (29). La sustitución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada por la tutela (o curatela) solo tendrá lugar con el fallecimiento, ausencia o incapacidad de los titulares de la patria potestad o por matrimonio del incapacitado.

4.º Los menores e incapaces que se hallen en situación de desamparo. Tutela automática que queda atribuida a la entidad pública que en cada territorio esté encomendada la protección de los menores (arts. 172 y 239 del CC), sin perjuicio que se pueda optar por nombrar un tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con el correspondiente beneficio para el menor (30).

Quedan fuera de la tutela, los emancipados, los que obtengan el beneficio de la mayoría de edad y los declarados pródigos, que pasan a estar sometidos a curatela.

La enumeración de los supuestos por los que pueden constituir la tutela tiene carácter de *numerus clausus*, solo las personas enumeradas en el citado precepto pueden y deben ser sometidos a tutela. Se ha de interpretar, por tanto, tal enumeración de forma taxativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ni analógica, por tratarse de una materia que afecta al estado civil (31).

Dándose algunos de los cuatro supuestos contenidos en el citado artículo 222, están obligados a promover la constitución de la tutela, tanto los parientes llamados a ésta —que son los que señala el art. 234: padres, descendientes, ascendientes y hermanos del menor e incapaz—, como la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado (art. 229 del CC), sin que exista prelación entre ellos. Deberán promover su constitución desde el momento que tuvieran conocimiento del hecho que motivare la tutela, con la mayor celeridad y diligencia posible, pues, si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización por los daños y perjuicios que se causen. Se discute en la doctrina si el cónyuge que conviva con el menor o incapacitado está o no obligado a promover la tutela. Para ORDÁS ALONSO sí lo está por las siguientes razones: 1. Si el artículo 234 llama en segundo lugar al cónyuge para ejercer el cargo de tutor, no tiene sentido excluirle del cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 230; y 2. En la práctica, la persona que debe ser sometida a tutela puede encontrarse bajo la guarda de su cónyuge, con lo cual éste quedará obligado a promover la tutela por el propio tenor literal del artículo 229 (32). En contra, LETE DEL RÍO, para quien se exonera de

optar por la constitución de la tutela, en vez de la prórroga, atendidas las circunstancias del caso, como parece deducirse del artículo 201 del Código Civil.

(29) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170090).

(30) El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24650).

(31) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 259; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 356.

(32) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 367. En el mismo sentido, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 586, quien, después de señalar que no cabe duda que será persona obligada, cuando se han casado personas que son parientes entre sí, añade que si el artículo 234 llama, en primer lugar, al cargo de tutor al cónyuge del menor o in-

este deber de promoción de la tutela al cónyuge del menor o del incapacitado, al igual que al tutor designado en testamento o documento público notarial que no sea pariente del tutelado (33). En lo que si existe coincidencia en la doctrina es en entender que la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado puede ser tanto el guardador de hecho (art. 303), como el guardador legal (entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores e incapaces —art. 172.1 y 2—). Asimismo, se impone el deber de constitución de la tutela a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, cuando tuvieren conocimiento que en el territorio de su jurisdicción existe alguna persona que ha de ser sometida a tutela (art. 228 del CC). Conocimiento que pueden provenir de terceras personas, pues el artículo 230 faculta a cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de esta naturaleza de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial (34). Corresponde, por tanto, a todos los que no tienen la obligación de promover la tutela, esto es, a extraños y los restantes parientes que no tienen obligación de hacerlo. De forma que el expediente de constitución de la tutela puede iniciarse, bien de oficio por el Juez de primera instancia o a petición del Ministerio Fiscal, cuando éstos conozcan el hecho determinante de la tutela por la tramitación de cualquier procedimiento, o porque se le de noticia de ello cualquier persona; o a instancia de parte, esto es, de cualquier pariente llamado a la tutela o de las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor.

Promovida la constitución de la tutela por las personas que están obligadas a ello, el Juez llevará a cabo todas las comprobaciones necesarias para determinar si existe un hecho de los que originan la constitución de la tutela, y para ello podrá ordenar la práctica de todo tipo de pruebas, entre las que tendrán especial interés las periciales, médicas y psicológicas, además de realizar aquéllas que la propia Ley le impone, entre las que se encuentran el examen personal del menor o incapaz. Asimismo, dará audiencia a los parientes más próximos del menor o incapaz (35), a las personas que considere

capaz, no tiene sentido excluirle del deber de promover la tutela, cuando, además, será la persona que mejor conozca la conveniencia y la necesidad de constitución de la tutela.

(33) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario a los artículos 228 a 230 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 281. No obstante, para ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 367, no se comprende bien la exclusión del tutor designado en documento público notarial o en testamento que no sea pariente del menor, salvo en el supuesto que el designado tutor, demostrara la ignorancia de la designación.

(34) Como precisa SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 230 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 587, no se trata de una acción pública de denunciar hechos determinantes de la tutela, ni de una obligación legal que solo se impone a las personas mencionadas en el artículo 229, sino más bien, la constatación de un deber cívico o ciudadano en colaboración con el interés general de protección de los menores e incapaces, siendo su ejercicio discrecional y puramente voluntario, sin que la pasividad en la comunicación lleve aparejada sanción alguna.

(35) Señala SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589, que la expresión es ambigua en cuanto que no determina el límite de la proximidad del parentesco, por lo que le parece razonable entender que, «el Juez debe llamar a los parientes que con más frecuencia conviven o se relacionan con el presunto tutelado, con independencia de su proximidad o lejanía en el parentesco», pues, como añade, «lo que importa es que faciliten datos concernientes a los hechos determinantes de la tutela, y estos datos los conocen mejor quienes están más próximos en esa relación».

oportuno (36), y, en todo caso, del tutelado, si tuviere suficiente juicio (37) (art. 231). Una vez practicadas las audiencias exigidas por la Ley, y emitido el informe por el Ministerio Fiscal, el Juez dictará resolución constituyendo la tutela y nombrando tutor, cuya decisión deberá motivar, si altera el orden de llamamientos establecido por el artículo 234, o prescinde de las disposiciones paternas en testamento o documento público notarial (art. 224); acordará, en su caso, las medidas de vigilancia y control que estime necesarias en beneficio del tutelado (como, por ejemplo, informar anualmente sobre la situación del menor y de sus bienes —art. 233 del CC—); y, si procede o no, la prestación de fianza por parte del tutor (art. 260 del CC); asimismo, podrá designar las personas que habrán de integrar los órganos de fiscalización de la tutela, si éstos han sido establecidos por los progenitores en uso de las facultades concedidas por el artículo 223, o por el propio incapacitado en el documento de autotutela; el nombramiento del administrador o administradores designados por el disponente de bienes a título gratuito (art. 227), etc.

La resolución se dictará en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que revestirá la forma de auto (arts. 1833 a 1840 de la LECiv) (38), sin olvidar

Sin embargo, es posible acudir a algunos de los criterios ya existentes en nuestro ordenamiento (orden para suceder, parientes obligados a prestarse alimentos, impedimentos para contraer matrimonio a determinados parientes); de todos ellos, quizá el más lógico sea el de grados de parentesco, esto es, el de orden de suceder. En esta línea, LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 288, opta por tal criterio, en cuanto «se identifica con la idea o concepto de familia en sentido jurídico amplio, pues, en la inmensa mayoría de los casos de tutela, los padres habrán fallecido y por ley natural, también los abuelos, etc., a la vez que es perfectamente posible que no haya hermanos y se carezca de descendientes». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 2 de octubre de 1998 (AC 1998/1998), audiencia a la madre del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 15 de junio de 2009 (JUR 2009/391066), impugnación de la designación de tutor al no ser llamados los parientes más próximos del incapaz; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de septiembre de 2010 (JUR 2010/398256), nulidad del procedimiento relativo a la designación de tutor del incapaz, al no haber sido oídas las partes.

(36) Se trata, por tanto, de una expresión sumamente útil y amplia, pues, por esta vía puede llamar el Juez a quien quiera, si bien, dicho llamamiento habrá de dirigirse a aquellas personas que tengan una especial relación de amistad, vecindad, afectividad, etc., que se encuentran «allegadas» a la persona que tiene que ser sometida a tutela, y que, por tanto, tienen un conocimiento de la situación que atraviesa el menor o incapacitado más certero y cercano, como, asimismo, a aquellas otras que por sus conocimientos técnicos o profesionales pueden informar sobre lo que es más beneficioso para la persona del menor o incapacitado. Vid., LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 288-289; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 369.

(37) Como puntualiza LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 289, estamos ante un concepto vago e impreciso, y netamente subjetivo, que introduce un cierto margen de inseguridad o arbitrio judicial, y para que éste no se produzca, el Juez deberá —si tiene alguna duda— recabar la opinión de parientes y, sobre todo, de expertos (médicos, psicólogos, etc.), pues, «la madurez psicológica, tanto intelectual como emocional, deberá ser tomada en consideración no solo para decidir si ha lugar o no a la audiencia del menor o incapacitado, sino también para valorar adecuadamente lo oído». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 20 de abril de 2007 (La Ley 49151/2007).

(38) Si hubiese oposición al nombramiento, se discutirá y se resolverá por los trámites de los incidentes entre el que lo promueva y el tutor nombrado, representando los

que es posible nombrar tutor o curador en la misma sentencia de incapacitación, si así se ha solicitado en la demanda (art. 760 de la LECiv) (39); y que el procedimiento de incapacitación puede haber sido iniciado por el presunto incapaz, pues tiene legitimación para promover su propia declaración de incapacidad (art. 757.1 de la LECiv).

Si no se solicita en la demanda deberá, una vez finalizado el proceso de incapacitación, y recaído sentencia firme, solicitar el nombramiento de tutor a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (40).

III. NOMBRAMIENTO DE TUTOR

La constitución de la tutela comienza con el nombramiento del tutor y finaliza con la toma de posesión del cargo por parte de aquél. La Sección 2.^a del Capítulo II del Título del Libro I del Código Civil lleva la rúbrica «De la delación y el nombramiento de tutor», sin embargo, no se trata de dos momentos sucesivos, sino que la tutela comienza con el nombramiento del tutor que se identifica con la constitución. La delación, como precisa SERRANO ALONSO, significa llamamiento de una persona a algo; en este caso, para desempeñar la tutela (41). Es, añade, la simple designación de personas que potencialmente pueden llegar a ser tutoras, si son nombradas para el cargo. Sin embargo, para LACRUZ BERDEJO, si por delación se entiende, precisamente, un llamamiento que, para su efectividad, depende solo de la aceptación del llamado, no hay en el nuevo sistema verdadera delación, sino acaso vocación (42). Lo cierto es que, antes de reforma del Código Civil por Ley 13/1983, era posible hablar de varios tipos de delación de

intereses del menor el Ministerio Fiscal (art. 1839 de la LECiv). Durante la sustanciación del juicio quedará a cargo del tutor electo la custodia del menor y la administración de su caudal, bajo las garantías que parecieran suficientes al Juez. La oposición promovida por alguno que tenga interés en el asunto, hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuera objeto del mismo, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía (art. 1817 de la LECiv). Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2006/31967); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/9184); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 28 de abril de 2006 (*JUR* 2007/34358), señala que no procede que sean sujetos pasivos o demandados en dicho proceso, los parientes del presunto incapaz. Y, asimismo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/6158).

Las apelaciones que interpusieren los que hayan participado en el expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivos a su formación, serán admitidas a un solo efecto (art. 1820 de la LECiv). Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de enero de 2007 (*JUR* 2007/158116).

(39) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003 (*RJ* 2003/3813); la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección única, de 20 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/5294); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/126006); y de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 14 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/180408).

(40) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 24 de octubre de 2000 (*AC* 2000/1880).

(41) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 593.

(42) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 426.

la tutela (legítima, testamentaria y dativa), en la actualidad solo hay una forma de nombramiento del tutor, la realizada por el Juez. De forma que la tutela es solo judicial, salvo en el supuesto excepcional contemplado en el artículo 239 del Código Civil, relativo a la tutela administrativa automática en la protección de los menores desamparados, que se atribuye por ministerio de la ley a la entidad pública que, en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores, siendo tal tutela legítima.

En todo caso, en el sistema actual de guarda o tutela, se otorga un papel relevante en la constitución y funcionamiento de la tutela al Juez, que comienza con las amplias facultades para nombrar tutor. No hay en el sistema actual propiamente delación u ofrecimiento del cargo, sino llamamiento preferencial a ciertas personas, supeditado al beneficio concreto del tutelado, cuya apreciación corresponde siempre al Juez.

Por tanto, el artículo 234 del Código Civil ha fijado un orden preferente de llamamientos al que el Juez debe acudir para designar tutor del menor o del incapacitado; si bien, el designado habrá de tener la capacidad correspondiente —arts. 241 y 242 del CC—, y no estar incurso en causa de inhabilidad —arts. 243 y 244 del CC—.

No obstante, excepcionalmente, y en resolución motivada, el Juez puede alterar el orden legal establecido en el citado artículo 234.1, siempre que resulte más beneficioso para el menor o incapacitado (43). De manera que el Juez designará como tutor a la persona que considere que va a ejercer el cargo de la forma más conveniente para el tutelado, tanto si para ello se nombra una como varias personas (44).

Se preferirá en el nombramiento:

1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. Estamos ante la figura de la autotutela, que implica la posibilidad que el futuro incapaz, cuando aún tenga plenas facultades, pueda designar tutor para sí mismo, y cualesquiera otras disposiciones relativas a la propia tutela (45).

(43) Para O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 316, estamos, en consecuencia, ante un orden meramente indicativo y sometido a la discrecionalidad del juez, aunque bajo el criterio del beneficio (o más propiamente, interés) del menor o incapacitado, sometido a tutela.

(44) Puntualiza SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 595, que hubiera sido más efectivo establecer que el Juez eligiese como tutor a la persona que considera más idónea en atención a sus vínculos afectivos y de convivencia con el tutelado, pues, acudir al sistema de preferencias, no vinculante para el Juez, lleva al mismo resultado, pero por un camino tortuoso.

(45) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de abril de 2003 (AC 2003/2030); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004/865); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004/287432); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), que la define como «la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure, organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente», y añade: «la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso de diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán a la capacidad intelectual, de tal modo que, cuando el sujeto aún se halla en plenitud de sus facultades mentales, pueda procesar a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos, incluso, de acuerdo

2. Al cónyuge que conviva con el tutelado (46). Tiene su fundamento en los deberes de ayuda y socorro mutuos entre los esposos establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, y en una cierta presunción de *affetio conjugalis* (47). Este llamamiento al cónyuge para una parte de la doctrina, solo puede tener virtualidad en el caso del incapacitado, no respecto del menor de edad (48). Sin embargo, SANCHO REBULLIDA estima que es posible la tutela del cónyuge del menor no incapacitado, y argumenta para ello que «los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio, pero tal impedimento es dispensable; ahora bien, su matrimonio produce de derecho la emancipación, pero no el beneficio de la mayor edad, el cual solo procede por concesión judicial a solicitud del menor y requiere en éste dieciséis años» (49). En todo caso, para ORDÁS ALONSO la utilidad del llamamiento radica en la remisión que el artículo 291 efectúa, si lo que procede es constituir la curatela (50). El cónyuge designado tutor debe ser mayor de edad, pues si fuese menor no cumpliría con la exigencia del artículo 241 de estar en la plenitud de ejercicio de sus derechos civiles. Se puede extender la consideración de cónyuge a las parejas de hecho constituidas como tal.

con el artículo 3.1 de la Ley 41/2003, constituyendo un patrimonio protegido de los regulados por esta misma Ley»; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (*AC* 2008/278); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/83193); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 19 de junio de 2009 (*JUR* 2009/309619); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 26 de octubre de 2010 (*JUR* 2011/5068). Asimismo, la Resolución de la DGRN, de 9 de enero de 2007 (La Ley 357001/2007).

(46) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 26 de abril de 2002 (*JUR* 2002/167996), a favor de persona unida sentimentalmente a la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 14 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/13459), a favor del esposo de la incapacitada; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 26 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191259); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 11 de febrero de 2004 (*AC* 2004/534); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 21 de julio de 2004 (*JUR* 2004/262675); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 10 de febrero de 2005 (*JUR* 2006/23021); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/43075), a favor de la pareja de hecho que ha estado conviviendo nueve años con la incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/172075), a favor del esposo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/204932), a favor de la esposa del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 3 de junio de 2008 (*JUR* 2008/309921), a favor del esposo del incapaz; y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 27 de julio de 2010 (*JUR* 2010/328029).

(47) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 427, que le parece justo que se anteponga el cónyuge como tutor en detrimento del designado por los padres; no obstante, considera que, encaja sin estridencias en el arbitrio judicial concedido en el artículo 234.2, el que al fallecer el cónyuge o cesar la convivencia, el Juez sustituya su nombramiento por el de los tutores testamentarios, aunque el Código Civil no lo disponga expresamente.

(48) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 594; LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 298.

(49) SANCHO REBULLIDA, F. A., «Apéndice al Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 30.

(50) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 372.

3. Los padres cuya filiación esté determinada, cualquiera que sea su clase por naturaleza —matrimonial o no matrimonial—, o por adopción y que no sean titulares de la patria potestad, ni hayan sido privados o suspendidos en su ejercicio (art. 243.1) (51). Si son llamados ambos padres, se produce una tutela plural a la que se refiere el artículo 236.2 del Código Civil. En opinión de la doctrina mayoritaria, respecto de los menores no tendrá lugar el llamamiento, cuando los padres ostenten la patria potestad, o ésta está prorrogada o rehabilitada (art. 171), y si no la ostentan incurre en causa de inhabilidad, por lo que el precepto resulta superfluo (52). Sin embargo, LETE DEL RÍO estima que «no se ve dificultad para la aplicabilidad del precepto legal en el supuesto de hijos solteros incapacitados después de haber alcanzado la mayoría de edad y que no vivían en compañía de sus padres o de hijos incapacitados en estado de viudez, o bien de hijos casados, si el Juez altera el orden de llamamiento» (53).

Respecto a si podrán ser llamados a la tutela del hijo adoptivo el padre o madre por naturaleza, dado que una vez formalizada la adopción se produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178), los padres por naturaleza no pueden considerarse comprendidos dentro del llamamiento genérico que el artículo 234.3 efectúa a los padres, lo que no obsta a que los progenitores por naturaleza sean llamados a la tutela *ex* artículo 235 (54).

Se critica la elección de los padres en tercer lugar, dejando para el quinto a otros parientes como los hijos mayores de edad, que, además, pueden convivir con el incapacitado. Lo cierto es que si sobreviven los padres y son nombrados tutores, hay que tener presente su presumible avanzada edad. En todo caso, el Juez puede alterar dicho orden legal, pero quizá hubiera resultado más conveniente dar preferencia a los hijos, que tener que acudir a un procedimiento excepcional y mediante resolución motivada para adoptar la solución más lógica e idónea (55).

(51) La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2002 (AC 2003/1499), a favor de los padres, en lugar del esposo, por la escasa duración del matrimonio, y la juventud del esposo; la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2005 (JUR 2006/32384), a favor del padre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/183422), a favor de la madre del tutelado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 16 de junio de 2008 (JUR 2008/338316), a favor del padre del incapaz; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de octubre de 2008 (JUR 2009/38056), a favor de la madre del incapaz frente a su hermana.

(52) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 428.

(53) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299. En el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 381.

(54) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373; LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299. En contra, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 648.

(55) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 648; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373.

4. La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad o en documento público notarial (56). A este respecto, el artículo 223, párrafo 1.º del Código Civil, establece que: «*los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre las personas o bienes de sus hijos menores o incapacitados*» (57). Los padres pueden hacer uso de esta facultad a favor de los hijos matrimoniales, como no matrimoniales y adoptivos (art. 108 del CC). Aunque el precepto habla de nombrar, lo que realmente se atribuye a los padres es la facultad de designar tutor o curador, ya que el nombramiento es competencia exclusiva del Juez. Los padres que pueden hacer tal designación son los que tienen la patria potestad, y recae sobre los hijos menores de edad, sometidos a ella —por lo que no es precisa la tutela— y los que estén incapacitados es dudoso que pueda aplicarse a los hijos mayores de edad, para el caso de ser en el futuro incapacitados, si atendemos a la referencia expresa en el citado artículo 223 a los hijos menores e incapacitados (58), en todo caso depende el nombramiento del tutor o curador de lo que decida el juez en beneficio del menor o incapacitado (59). Se hacen para el caso en que, faltando los padres, sea necesaria la tutela o, en su caso, la curatela. No se trata de una facultad concedida a los padres que, a su vez, sean menores de edad (60), pese a que no falta en la doctrina, quien sobre la base legal del artículo 157 del Código Civil, considera que los menores de edad pueden ejercer esta facultad si poseen la capacidad requerida para otorgar el acto que ha de contener las disposiciones sobre la tutela (61). Concede a los padres el artículo 223 no solo la posibilidad de designar tutor, curador, como también los órganos de fiscalización de la tutela y personas que los integren (62), sin que puedan suprimir la función fiscalizadora del Ministerio Fiscal o la del Juez, aunque sí completarla, ni pueda sustituir al Juez en el otorgamiento de la autorización judicial a la que se refieren los artículos 271 y 272 del Código Civil —pues no se pueden disminuir las garantías que el Código Civil establece en los citados preceptos, alegando un presumible

(56) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998/705); sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de julio de 2003 (JUR 2003/234581); y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2004 (JUR 2005/56384). Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de junio de 2006 (RJ 2007/5018).

(57) Señala el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 26 de marzo de 2003 (AC 2003/1221), que en modo alguno es preferida la persona designada en el testamento por el esposo fallecido de la tutelada, pues esa posibilidad de designación testamentaria única y exclusivamente viene concedida a los padres, no al esposo o demás familiares de la tutelada.

(58) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579.

(59) A favor de incluirse también al hijo mayor de edad al que los padres han previsto su futura incapacitación, O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 308.

(60) En este sentido, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 639; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 359.

(61) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 284.

(62) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995/696).

beneficio o interés para el hijo menor (63)—, sino también cualesquiera otras disposiciones relativas a la persona y bienes de los hijos, tales como la dispensa de las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4 y 244.4 (art. 246), de ser nombrados varios tutores, disponer un ejercicio de la tutela de forma solidaria (art. 236); excluir a determinadas personas del cargo de tutor (art. 245); fijar la remuneración del tutor (art. 274), o la atribución de frutos por alimentos (art. 275), etc. Si bien, para que puedan ser eficaces las citadas disposiciones sobre la tutela es preciso que, en el momento de adoptarlas, el disponente no estuviera privado de la patria potestad (art. 226 del CC) (64). Para un sector doctrinal, al tratarse de una norma de carácter sancionador, debe interpretarse su campo de actuación de forma restrictiva, y considerar que solo se aplica al supuesto de privación total de la patria potestad, y no en caso de privación parcial, pudiendo en este supuesto el padre o la madre hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 223 (65). Se incluye, no obstante, también la suspensión, al ser una privación temporal, y no el caso en que el ejercicio de la patria potestad esté atribuido a uno solo de los padres, en los casos de nulidad, separación y divorcio (66). La prohibición afecta a quien se encuentre privado de la patria potestad en el momento de adoptar las disposiciones ordenando la tutela, y no en el momento de constituir ésta (67).

(63) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 360; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579. En contra, DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», en *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, 1995, págs. 214-215.

(64) Considera, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 274, que «quizá hubiera sido más oportuno establecer que las disposiciones devendrían ineficaces “si en el momento en que la persona debe ser sometida a tutela”, el disponente había sido privado de la patria potestad; pues, desde un punto de vista objetivo, no cree que ofrezcan muchas garantías las disposiciones adoptadas por quien ha sido privado de la patria potestad, aunque hubieren sido tomadas antes de la privación o después de la recuperación, además se evitaría una difícil y complicada operación de control judicial». Y añade, «con la recuperación de la patria potestad, las disposiciones hechas por los padres en testamento o documento público serán eficaces, aunque hubieren sido privados de la patria potestad, si antes de efectuar la designación del tutor o de tomar cualquier otra disposición hubiesen recuperado la patria potestad».

(65) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 273; ORDÁS ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 363. En contra, ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Berco-vitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, T. I, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 705, que precisa que, «sin forzar la interpretación del artículo 226, han de entenderse ineficaces las disposiciones sobre tutela del progenitor que, en el momento de adoptarlas, estuviese privado de la patria potestad, parcial o totalmente, temporal o permanentemente que sea»; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582, para quien la falta o privación de la patria potestad es indiferente que sea total o parcial, permanente o transitoria, porque el artículo no hace ninguna precisión, señalando exclusivamente que el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

(66) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310.

(67) Por tanto, como apunta, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582, «la privación tiene que ser anterior al momento de adoptar las disposiciones; por tanto, no puede extenderse la ineficacia a los actos realizados

Ahora bien, si se optase por designar tutor en testamento en cualquiera de las formas admitidas en nuestro ordenamiento, corresponde a cada uno de los padres otorgar uno, pues, en el Código Civil no se admite el testamento mancomunado. Tal testamento es revocable, sin que puedan subsistir con tal revocación, las disposiciones relativas a la tutela dispuestas en el testamento revocado, al no poderse aplicar analógicamente el artículo 741 del Código Civil, salvo que, en el nuevo testamento, el testador haya manifestado su voluntad de que subsista la designación de tutor (art. 739) (68). Si se deciden por el documento público notarial, será mediante escritura pública otorgada a tal efecto (69), o por cláusula contenida en cualquier escritura, pues, no es preciso que ésta tenga por objeto exclusivo la designación de la persona del tutor (70). En todo caso, la escritura podrá ser otorgada por ambos progenitores, armonizando con ello las disposiciones relativas a la tutela.

De resultar compatibles las distintas disposiciones realizadas por los padres (por ejemplo, uno designa tutor y el otro órganos de fiscalización), se aplican conjuntamente; si son incompatibles, el Juez adoptará en resolución motivada la que considera más conveniente para el tutelado —art. 225 del CC—. Los documentos públicos de los padres relativos a la tutela de sus hijos menores o incapacitados, así como aquellos en que se contienen disposiciones relativas a la propia tutela, habrán de ser comunicados de oficio por el notario que los autorizó al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado —art. 223, párr. 3.º—. Y a los efectos de comprobar la existencia de las citadas disposiciones, el artículo 223, párrafo 4.º del Código Civil, dispone que «en los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil, y, en su caso, del Registro de actos de última voluntad».

Tal facultad, concedida a los padres, vincula relativamente al Juez, pues puede prescindir de la designación realizada por aquellos mediante resolución motivada en beneficio del menor o incapacitado (art. 224 del CC).

antes de ser privados de la patria potestad, aunque la causa determinante de la privación ya existiese al realizar la disposición, porque no hay privación hasta que una resolución judicial la acuerde». Y, en la misma línea, añade que «las disposiciones realizadas mientras se está privado de la patria potestad, no adquieren validez por su posterior recuperación, porque no puede adquirir eficacia lo que para el derecho no ha llegado a nacer como lo sería la disposición efectuada por quien carece de capacidad para ello». En contra, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 638, que entiende que el artículo 236 se refiere a la privación de la patria potestad en el momento de constituir la tutela, y no en el sentido que la privación ya existiese en el momento de designar tutor.

(68) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579; DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», *op. cit.*, págs. 203-204; O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 307, considera absurdo pensar que un nombramiento de tutor u otros cargos hecho por los padres, les vincule y sea irrevocable, cuando tantos cambios se dan en las personas y en las vidas. En contra, ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 212, que considera subsistente las disposiciones relativas a la tutela por aplicación analógica del artículo 741 el Código Civil.

(69) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (AC 2008/278).

(70) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 361. En contra, DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», *op. cit.*, pág. 207.

5. Al ascendiente (71), descendiente (72), o hermano que designe el Juez (73), sin que entre ellos haya de seguirse un orden de preferencia, pues,

(71) El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 13 de julio de 1998 (AC 1998/6279), a favor de la abuela paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de abril de 2006 (JUR 2006/272486), a favor de los abuelos paternos de la menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de mayo de 2008 (JUR 2008/214403), a favor de la abuela materna; el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009/40750), a favor de la abuela materna como tutora de la persona y tercera persona como tutora del patrimonio; y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/376682).

(72) El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de enero de 1995 (AC 1995/197), a favor del hijo mayor de edad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 6 de mayo de 1998 (AC 1998/5479), a favor de la hija de la incapacitada y no de su hermana, manifestación de tal nombramiento en testamento cuando estaba en su sano juicio; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de junio de 2001 (JUR 2001/262781), a favor de sus dos hijos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 27 de febrero de 2002 (AC 2002/1340), a favor de su hija; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/277661), a favor de la hija; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 17 de diciembre de 2002 (JUR 2003/133821), a favor del hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección única, de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003/84974), a favor de uno de los hijos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 20 de octubre de 2003 (JUR 2003/271534), a favor del hijo por ser el más idóneo para cuidar de la madre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de mayo de 2004 (JUR 2004/316176), a favor de la hija por ser la persona habilitada para el cuidado y la asistencia que precisa la incapacitada, así como para la administración de sus bienes y patrimonio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de diciembre de 2004 (JUR 2005/38346), a favor del hijo de la incapacitada, por ser el más idóneo, ante la atención diaria que dispensa a su madre desde el accidente cerebral; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/80026), a favor del nieto; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2005 (JUR 2005/162743), a favor del hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/216463), a favor del hijo de la incapacitada que instó la incapacitación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007/235156), a favor de la hija de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007/155209), a favor de la hija del declarado incapaz, que desempeñó antes el cargo de curadora, por designación en anterior procedimiento; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2007 (JUR 2007/280092), a favor del hijo de la incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008/113116), a favor de la hija; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2009 (JUR 2009/209616), a favor de la hija de la incapaz y no de sus hermanos.

(73) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 28 de enero de 2003 (JUR 2003/179968); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 12 de mayo de 2005 (JUR 2005/156469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de julio de 2005 (JUR 2005/211150); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2006 (JUR 2006/141448) a favor de la hermana; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/152380), a favor de una de las hermanas de la incapaz, que hasta dicho momento la cuidaba; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de junio de 2007 (JUR 2007/286094), a favor de la hermana del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de marzo de 2008 (JUR 2008/172159), a favor de la hermana de la inca-

la autoridad judicial puede designar indistintamente a unos u otros, ya que están en plano de igualdad (74).

Sin embargo, para LETE DEL RÍO, «la enumeración es de orden de preferencia: primero el descendiente, después el ascendiente y, por último, el hermano, y la facultad de designación del Juez se circunscribe a las personas del mismo grado de parentesco; si bien podrá, si lo justifica, preferir un grado a favor de otro» (75).

En todo caso, en relación al nombramiento de tutor, el Código Civil admite el juego de la autonomía de la voluntad a los efectos de excluir a determinadas personas del cargo. En efecto, respecto de la designación del tutor, el artículo 245 del Código Civil otorga relevancia a la voluntad excluyente de los progenitores, establecimiento que «*tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial*». Lo que se puede aplicar analógicamente a los casos de autotutela, pues ésta puede ser negativa, esto es, que en el propio documento de autotutela se contenga expresamente, quién/quienes no desean el presunto incapaz, que sean sus tutores, o curadores.

Sin embargo, esta exclusión procedente de los padres o del propio interesado, no opera cuando «*el juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado*» (art. 245 *in fine* del CC).

Como regla general, el Juez habrá de proceder al nombramiento de tutor conforme al orden de prelación establecido por el artículo 234 del Código Civil y con sujeción a las exclusiones que, a tales efectos, hubieren hecho los padres, así como el propio interesado en el documento de autotutela. No obstante, con carácter excepcional (76), se permite que, en resolución motivada, el juez altere el orden legal de preferencia, y que incluso prescinda de las personas incluidas en el mismo, «*si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere*» (art. 234, párrafo segundo del CC) (77). Precisa ALBALADEJO que, en todo caso,

paz; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de julio de 2010 (*JUR* 2010/310432).

(74) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 428; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 255. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/93984).

(75) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 300.

(76) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/163002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de marzo de 2009 (*JUR* 2010/73310); el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/462293), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 29 de enero de 2010 (*JUR* 2010/148664).

(77) Apunta LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 386, que la decisión contraria a lo expresado en documento público por los padres o por el propio tutelado respecto de la tutela, con carácter general, ha de considerarse, a su entender, como un resultado legislativo desafortunado y excesivo.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 14 de junio de 1999 (*AC* 1999/851), se nombra como tutor a un transexual, que viene ejerciendo actualmente la guarda de hecho y desempeñando el papel de madre desde hace diez años. Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/2056), se nombra como tutora a la guardadora de hecho. En el Auto

esta facultad que atribuye el artículo 234 al juez, tiene carácter *excepcional*, y solo corresponde su actuación, si lo *exige* el beneficio del tutelado —luego, no basta por tanto que puramente parezca *mejor o más conveniente*, sino que resulte *necesario*— (78).

De todas formas, a los efectos de la valoración judicial de lo más favorable para el menor o incapacitado, el citado artículo 234 *in fine*, dispone que «*se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor*»; y, para el caso de suceder que no pudieran concurrir en el nombramiento ninguna de las personas que se contienen en el artículo 234 —por inexistencia en el momento de constituirse la tutela, o existiendo, son inhábiles o carecen de capacidad legal para ser tutores, o, aun teniendo capacidad, son excluidas por no considerarlas idóneas para asumir la función—, el juez «*designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, se considere más idóneo*» (art. 235) (79). Lo hará mediante resolución motivada, pese al silencio de la norma, y podrá efectuar el llamamiento a favor de algún pariente no

de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001 (AC 2001/175), a favor de la tía materna, primando el interés superior del menor; el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 3 de mayo de 2001 (AC 2001/1250), a favor de la tía paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 4 de junio de 2002 (AC 2002/1222), a favor de sobrino; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53129), a favor de los sobrinos políticos herederos de su esposo fallecido, actuales administradores de los usufructos del incapaz; el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003/91946), a favor de la cuñada de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004/16274), a favor de la cuñada de la incapaz, como tutora de su persona por la dedicación pasada en el tiempo al cuidado de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 5 de diciembre de 2003 (JUR 2004/64423), a favor de una sobrina; la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005/85345), a favor de un hermano y sobrina de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/566), a favor de la guardadora de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 28 de junio de 2006 (JUR 2006/225544), a favor del sobrino de la incapaz, al ser la madre de éste analfabeta funcional; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/303612), a favor de la persona que hasta dicho momento había ejercido el cargo de defensor legal del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 19 de junio de 2007 (AC 2007/2052), a favor del sobrino de la declarada incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 9 de febrero de 2009 (JUR 2010/102989), a favor del sobrino de la incapaz; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de junio de 2010 (JUR 2010/418066), nombramiento de tutores sucesivos para el caso de muerte del inicialmente designado. Nombramiento primero de la madre del incapaz, y dada su avanzada edad, a la hermana mayor del incapaz para el caso de fallecimiento de la tutora inicial.

(78) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 305.

(79) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 596, pone de manifiesto que este artículo 235 no dice cosa distinta de la que ya había señalado el precedente, por ello resulta innecesario. Para LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 302, señala que respecto de esta tutela pueden predicarse los siguientes caracteres: 1. La subsidiariedad, pues, en principio, solo procede en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior; 2. No está sujeta a un orden de llamamientos; 3. La elección y nombramiento corresponde a la autoridad judicial.

comprendido en la enumeración del artículo 234, siempre que en sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, se consideren más idóneas, pues el artículo 251 permite excusarse del cargo de tutor a quien carezca de vínculos de cualquier clase con el menor o incapacitado (80). Incluso en los supuestos de adopción resulta posible nombrar a los padres biológicos (81). Se ha planteado en la doctrina que si una vez ha sido nombrado tutor y tomado posesión del cargo el tutor designado judicialmente, apareciera o recobrara la idoneidad alguna de las personas legalmente designadas, pudiera aquél ser sustituido por ésta. GIL RODRÍGUEZ considera posible una transferencia de la tutela, siempre que ello redunde en beneficio del menor o incapacitado (82). En cambio, para LETE DEL RÍO no es posible por las razones siguientes: «primera, no existe ningún precepto legal que directa o indirectamente lo autorice; y segunda, se opone a una interpretación de esta naturaleza lo dispuesto en el artículo 234.II del Código Civil, en cuanto autoriza a la autoridad judicial a prescindir de todas las personas mencionadas en el párrafo primero de dicho precepto, y, no cabe duda que en la hipótesis que, se plantea se ha producido el carácter excepcional al que alude el párrafo segundo» (83).

Por otra parte, si hubiese que designar tutor para varios hermanos, «*el juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona*» (art. 240) (84). Norma ésta que responde a la finalidad de evitar separar a los hermanos, y que tiene su equivalente en el artículo 92 del Código Civil en sede de patria potestad, y en el artículo 172.4, respecto a la tutela administrativa.

En este contexto, como regla general el cargo de tutor es único o unipersonal, de manera que el nombramiento del juez recaerá en una sola persona, estableciendo expresamente el artículo 236 del Código Civil que «*la tutela se ejercerá por un solo tutor*» (85). Sin embargo, este mismo precepto admite el

Por su parte, O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 317, precisa que «las relaciones con el tutelado no es requisito esencial, ya que si no hay nadie que las tenga y ante una tutela que sea beneficiosa, se nombrará a persona idónea, aunque no existan tales relaciones».

(80) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 302-303; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374.

(81) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/101986).

(82) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 319.

(83) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovtiz, Luis Díez-Picazo y Ponce de Leon, y Pablo Salvador Cordech, T. I, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 722.

(84) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 25 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4290).

(85) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª, de 21 de julio de 2003 (*JUR* 2004/46852); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 7 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/131509); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005/204447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/45100); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/195675).

ejercicio de la tutela por más de un tutor en los siguientes casos (86): 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado y su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes (87). Cada uno de los tutores actuará de forma independiente en el ámbito de su competencia y las decisiones se tomarán por regla general por unanimidad; si no se alcanza ésta, resolverá el Juez lo que estime conveniente, tras oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente juicio. De ser el número de tutores igual o superior a tres podrá ser adoptado el acuerdo por mayoría (mayoría simple) (88), y, de no alcanzarse, será el Juez quien resuelva; 2. Cuando la tutela corresponda al padre o a la madre —lo que no ocurrirá en la tutela de menores, pero sí en la del incapacitado mayor de edad, cuya patria potestad no se ha prorrogado o rehabilitado— (89). En todo caso, cabe que las funciones tutelares sean ejercitadas por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro; y también el Juez puede decidir que el ejercicio de las funciones encomendadas a los dos padres se realice de forma solidaria; 3. Si se designa a alguna persona tutor al tío/a carnal respecto de sus sobrinos, hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela (90). Se le nombra cotutor (91); 4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutor hayan designado en testamento o en documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente; y se puede añadir, al que el propio presunto incapaz hubiera designado en su documento de autotutela. Ejercerán la tutela, como regla general, conjuntamente, salvo que el progenitor o el propio autotutelado haya dispuesto que las personas designadas han

(86) Se trata de una enumeración taxativa, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 13 de julio de 2005 (*JUR* 2007/196914); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de enero de 2007 (*JUR* 2007/156404).

(87) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2901); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 15 de julio de 1999 (*AC* 1999/8257); la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 7 de mayo de 2004 (*Ac* 2004/865); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2007/135153); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/127185); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 1 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/112838).

(88) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 662, precisa que, en la formación de la mayoría requerida por el precepto deberá quedar excluido aquel tutor que tenga incompatibilidad u oposición de intereses para la realización de un acto o contrato.

(89) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 3 de noviembre de 2009 (*AC* 2010/572).

(90) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 331, precisa que el mero hecho de que se rompa el matrimonio, no tiene como consecuencia la salida del cónyuge de la institución tutelar, salvo que el Juez estime que el beneficio del tutelado exige otra cosa.

(91) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 309, señala que, al cónyuge del tutor solo se le nombra para que comparta el ejercicio. En contra, se manifiesta DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 330, pues no existe motivo alguno, ni el texto legal autoriza a entender que el cónyuge del tío no sea tan tutor titular como éste.

Por su parte, ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 375, manifiesta que no hay razón para no aplicar analógicamente este artículo 236.3 al supuesto de tutela dual de los abuelos.

de ejercer la tutela de modo solidario, en cuyo caso corresponde al Juez decidir si se van a ejercitar o no de este modo, todo ello, teniendo presente los más beneficioso para los intereses del tutelado (92).

En caso de tutela plural, por tanto, las facultades de la tutela habrán de ejercitarse de forma conjunta por todos los tutores (93). Todos los nombrados han de participar en la toma de decisiones, así, si son dos los tutores, el acuerdo habrá de tomarse unánimemente, pero si son más de dos, valdrá el acuerdo tomado por la mayoría (mayoría simple). A falta de acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. De ser reiterados los desacuerdos y entorpecieran gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar un nuevo tutor. Si son varios los tutores con especificación de funciones —uno para la persona y otro para el patrimonio del tutelado— cada uno decidirá en su ámbito de actuación; pero si alguna decisión afecta a ambos extremos, deberá tomarse conjuntamente. En fin, si las facultades de la tutela se ejercitan de forma solidaria —bien cuando la tutela corresponda a los padres, y éstos lo solicitan, o bien, si éstos lo hubieran dispuesto en testamento o documento público notarial respecto de quien o quienes hubieran designado como tutores—, cualquiera de los tutores nombrados puede llevar a cabo, de forma individual, los actos propios del desempeño de la tutela, como si los restantes tutores no existiesen (94).

No se prevé que, sucede en caso de urgencia, parece que cabe la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 896 del Código Civil en sede de albaeazgo, y, en consecuencia, que pueda actuar uno de los tutores y dar cuenta posteriormente a los demás (95).

Sobre tales bases, si la tutela la ejercitan conjuntamente ambos padres y el conflicto se plantea con uno de ellos, el otro, automáticamente, representará y amparará a su hijo/a o hijos/as menores o incapacitados (art. 299.1). Si el conflicto se plantea con ambos, se procederá a nombrar defensor judicial (art. 163.2). En los demás casos de tutela plural, si los tutores tuvieran atribuidas sus facultades conjuntamente, sin distinción de campos de actua-

(92) Lo decidirá en resolución motivada, DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 336. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», T. I., *op. cit.*, pág. 726, para quien «la decisión judicial que resuelve a favor del ejercicio solidario es absolutamente discrecional («podrá el juez», dice el precepto)», aunque como es natural, añade: «deberá estar fundada en el mayor beneficio del menor o incapacitado».

(93) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de junio de 2002 (*JUR* 2002/202508); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/52334); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de abril de 2005 (*JUR* 2005/178145); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 11 de junio de 2009 (*JUR* 2009/357618).

(94) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 6 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186320).

(95) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 379, si bien, como precisa la autora, la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, puesto que en este caso actúa como si se tratase de un único tutor. En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 338, quien, asimismo, señala que todo retraso en la acción resultará perjudicial para el ejercicio de la tutela y para los intereses del tutelado.

ción, y hubiese conflicto (incompatibilidad y oposición de intereses —dice el art. 237 bis—) con el tutelado respecto de alguno o algunos de los tutores, el acto o contrato en los que se plantee el conflicto, se realizará por aquel de los tutores respecto de los que no exista tal conflicto; igualmente, si hay distinción de campos de actuación, podrá actuar el tutor no incompatible, siempre que sea de la misma naturaleza del incompatible; pero si se plantea con todos, el Juez deberá nombrar un defensor judicial que le represente y ampare por disposición expresa de la ley (art. 299.1 del CC) (96). De todas formas, la incompatibilidad u oposición de intereses debe estar referida a un acto o contrato determinado, porque si se refiere a una serie de actos o a la mayor parte de las funciones tutelares, entra en juego la prohibición del artículo 244.4, y habrá que proceder a la remoción de tutor o tutores.

Finalmente, en estos supuestos de tutela plural, si por cualquier causa, cesase alguno de los tutores, de conformidad con el artículo 238 del Código Civil, *«la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso»*. No parece que pueda ser aplicable al caso de tutores con especificación de funciones (art. 236.1), en que si cesa uno será preciso el nombramiento de otro, que ocupe su puesto, y ejerza la función que tienen encomendada (97); ni tampoco a la cotutela de los padres (98), puesto que, en este caso, tendrán aplicación preferente las reglas

(96) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 237 bis del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 729, considera que también es de aplicación el artículo 237 bis, «en aquellos casos en que existe pluralidad de tutores con distinción de funciones, pero hay un solo tutor en cada esfera (por ejemplo, un tutor de la persona y otro de los bienes), si la incompatibilidad o contraposición de intereses viene referida a las decisiones que conciernen a ambos tutores, y que —según el art. 236.1 del CC— deben tomarlas conjuntamente». En el mismo sentido, DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 237 bis del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 339-340.

(97) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 320; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 731, quien precisa que «corresponderá a la autoridad judicial resolver la situación, bien nombrando otra vez nuevos tutores, sin perjuicio de que vuelva a elegir y nombrar al que subsistía; no obstante, si no se ha establecido expresamente, parece posible que solamente se sustituya al tutor cesado, pues quien puede lo más debe poder lo menos, y además, este criterio viene avalado por el artículo 299.2 en el que se prevé el nombramiento de defensor judicial». No cabe duda, sin embargo, que en los actos urgentes que no admitan demora, el Juez puede autorizar al tutor en ejercicio, en tanto se procede a la sustitución del tutor cesado, o a la recomposición de la tutela; y si fuera necesario, al nombramiento de defensor judicial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 299.2.º del Código Civil; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 602, añade que tampoco procederá la aplicación del artículo 238, cuando al nombrar varios tutores el Juez ha establecido reglas concretas de sustitución, designando tutores sustitutos.

(98) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 343. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 731, pues considera que «esta excepción sí debe afectar a los padres, desde el momento en que con casi entera seguridad se tratará de una tutela de una persona incapacitada, que requiere especial atención y específicos cuidados, puede haberse previsto por la autoridad judicial que ésta solo podía prestársele en tanto ejerciesen la tutela ambos cónyuges, piénsese en el caso de padre aquejado de una grave enfermedad y que el tutor que cesa es la madre».

de la patria potestad; pero si para el caso de quien cesa, sea el hermano del padre o la madre del tutor incapacitado (art. 236.3) (99).

IV. CAPACIDAD PARA SER TUTOR

El artículo 241 del Código Civil señala que: «*podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que en su persona no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes*».

Sobre tal base legal, se exigen dos requisitos para que una persona física sea nombrada tutora: 1. Que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Que en la persona tutora no concurran algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los artículos 243 a 245 del Código Civil, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado (100).

Para ser tutor, no se exige una capacidad especial, sino una capacidad de obrar plena, sin restricción alguna. De forma que los mayores de edad no incapacitados podrán ser nombrados tutores, no así los menores de edad emancipados y que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad, ni las personas que hayan sido incapacitadas por sentencia judicial, aunque sean sometidos a curatela. Respecto a los declarados pródigos, frente a quienes como CANO TELLO estima que no hay inconveniente para que la tutela de la persona pueda ser desempeñada por quien ha sido declarado pródigo, ya que su incapacidad es meramente patrimonial (101); para la mayoría de la doctrina carecen de plena capacidad de obrar, aunque las limitaciones que se le han impuesto al mismo operen solo en la esfera patrimonial, pues, necesita de la asistencia del curador, cuya actuación, de darse tal posibilidad, en todo caso, se solaparía con otra tutela o curatela, y a mayor abundamiento, nos encontraríamos con una persona que, no puede comparecer en juicio (art. 7.1 de la LECiv) (102). Corresponde al Juez, en todo caso, comprobar que el que va a ser nombrado tutor tiene la capacidad de obrar necesaria para poder actuar y ocupar tal cargo.

Ahora bien, pueden ser también tutoras las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de meno-

(99) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 343. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 732, pues parte que no hay una tutela conjunta en este caso, sino un ejercicio conjunto de la tutela.

(100) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44228); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005/1201); y el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005/113555).

(101) CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 28.

(102) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 385; de la misma autora, *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, págs. 120-121; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 309; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 605; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 737; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 42, enero-marzo de 2000, pág. 137.

res e incapacitados (art. 242 del CC) (103). Ha de tratarse de personas jurídicas de cualquier tipo legalmente reconocido y que estén, además, válidamente constituidas. Sobre tales bases podrán ser tutoras las fundaciones (104), asociaciones (105), las personas jurídico-eclesiásticas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Acuerdo firmado entre España y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (106); las cooperativas sin ánimo de lucro previstas en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (107), y las personas jurídico-

(103) La exigencia de este requisito de la finalidad asistencial, para una parte importante de la doctrina, ha de interpretarse con cierta laxitud puesto que, de lo contrario, serían pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores. Vid., SANCHEZ REBULLIDA, F. A., «Apéndice al Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 22; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «La capacidad de las personas jurídicas», en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, Civitas, Madrid, 2003, pág. 265; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 362; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 242 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 739; mientras que, para otros han de constar tales finalidades de forma expresa e indubitada en los estatutos de la asociación, fundación, etc., sin que basten la referencia a fines genéricos de carácter educativo o asistencial. Vid., MÚÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 79. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82003); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 3 de julio de 2003 (*JUR* 2004/7067), a favor de una residencia de ancianos; la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/278541), nombramiento como tutor del director del centro de acogida de marginados; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 31 de enero de 2006 (*JUR* 2007/129949), nombramiento por una entidad especializada; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 8 de junio de 2007 (*JUR* 2007/327649).

(104) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 10 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28881); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 8 de julio de 2005 (*JUR* 2005/221080), nombramiento a favor de la Fundación Galega para la Tutela de Adultos; la sentencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 19 de enero de 2006 (*JUR* 2006/227941); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/154556), nombramiento a favor de la Fundación Tutelar de Mayores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/80600); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª, de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/416851), a favor de la Fundación Manantial; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265725).

(105) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6277), nombramiento de Asociación de Enfermos Mentales dedicada a su atención; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 22 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160330), nombramiento de una asociación asistencial.

(106) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 8 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/30696), nombramiento como tutora de la directora o superiora de la Comunidad Religiosa de la Residencia.

(107) En la Disposición Adicional 1.ª de la Ley se califican como cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que, conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus estatutos contengan entre otras menciones, la finalidad no lucrativa. Por otra parte, en el artículo 106 se hace referencia a las cooperativas de iniciativa social, que son aquellas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales, u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier activi-

públicas, cumpliendo con la función asistencial de Estado contenidas en los artículos 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución Española. No lo serán, en cambio, las sociedades civiles (art. 1665 del CC), y mercantiles (art. 116 del CCo) (108), tampoco las corporaciones sectoriales o corporaciones públicas como Cámaras de Comercio, o aquellas que se constituyen en atención de las especiales circunstancias subjetivas de quienes las integran, como por ejemplo, los colegios profesionales.

En todo caso, la designación de una persona jurídica como tutora tendrá lugar cuando no existan ninguna de las personas físicas a las que se refiere el artículo 234, o existiendo no sean idóneas, o cuando los padres hayan optado por designar en testamento o documento público notarial a una persona jurídica como tutora de sus hijos, o, en fin, el Juez opte por alterar el orden contenido en el citado precepto mediante resolución motivada por considerarlo beneficioso para el menor o incapacitado.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.^a, de 3 de julio de 1998, utilizando precisamente la vía del último párrafo del artículo 234, se prescinde del hermano como tutor, y se nombra como tal a la Diputación Provincial de la Generalitat Valenciana (109). En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de septiembre de 1998 (110), sobre la base de dichas facultades *cuasi* discrecionales del Juez, en cuanto que lo que debe prevalecer, es el beneficio del tutelado con designación de quien, por sus relaciones con el mismo, considere más idónea, puede prescindirse de los parientes del incapaz, si se estima que la designación de los mismos no es la adecuada, y, en consecuencia, acorde con el superior interés del incapaz, proceder al nombramiento de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, «de conformidad con lo que autoriza el artículo 242 del Código Civil y ofrecer unas condiciones respecto del ejercicio que propugna el apelante»; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de julio de 2003, que «excluye a los dos hijos de la demandada de acuerdo con el artículo 244.4 del Código Civil por concurrir importantes conflictos de intereses, puestos de manifiesto por el actual o pasados procesos judiciales de diversa índole y también se ha de prescindir de su hermana por no ser parte debido a su avanzada edad para cuidar de la persona del incapaz, y administrar su importante patrimonio, nombrando a la vista de ello como tutor a la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapaces» (111).

dad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufren cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

(108) MUÑIZ ESPADA, E., «Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)», *op. cit.*, pág. 87, estima que pueden existir sociedades mercantiles que no revistan finalidad lucrativa, pues, en la práctica hay sociedades mercantiles con un ánimo de lucro debilitado o nulo, lo que obliga no a prescindir del ánimo de lucro, sino a dar una interpretación correctora y realista del requisito del ánimo de lucro, que permita comprender el ánimo de lucro mercantil dentro de estos nuevos fenómenos asociativos que, surgen a raíz de la complejidad económica en la que se ve inmersa nuestra sociedad.

(109) AC 1998/6717.

(110) AC 1998/8814.

(111) JUR 2004/18175. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 13 de noviembre de 2000 (JUR 2001/29853); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2005/

Ahora bien, de la excepcionalidad que se predica del citado artículo 234.2, a veces, en la práctica, se «abusa», obviando la necesaria subsidiariedad en la designación de la entidad pública a la que se refiere el artículo 239.2 del Código Civil —en el supuesto de mayores de edad en situación de desamparo— para el cargo tutelar, quizá por la mayor confianza y responsabilidad en la asunción y cumplimiento del mismo que, de aquéllas se presume por parte de la autoridad judicial, olvidando la naturaleza cuasifamiliar de la tutela y la necesidad de una atención no solo material, sino también moral y afectiva del incapacitado (112).

9243); la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.^a, de 27 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207375); la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 31 de marzo de 2006 (*AC* 2006/1476); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 17 de abril de 2006 (*JUR* 2006/163555); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.^a, de 31 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/270782); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 27 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006/38387); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2007 (*JUR* 2008/370992); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/305366); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 28 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/213366); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 2 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/261863); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/269876); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 17 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/78984); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 12 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/94108); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 12 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/172969); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/181795); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/171684); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 19 de septiembre de 2008 (*AC* 2008/2034); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 28 de abril de 2009 (*JUR* 2009/283644); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 23 de julio de 2009 (*AC* 2009/1519); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 16 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/156346); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/146458).

(112) Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.^a, de 25 de junio de 1999 (*AC* 1999/1825), señala que «si bien es cierto que a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos no le faltan recursos humanos y materiales para el adecuado desempeño de la función tutelar, no solo ello debe motivar la aplicación de la regla excepcional señalada en el párrafo final del artículo 234 del Código Civil, sino que también es preciso justificar la situación de desamparo en que se halla el tutelado (...). De lo actuado no ha quedado acreditado por parte de los parientes del incapaz que estén en insalvables dificultades personales o materiales para el ejercicio del cargo por alguno de ellos, y no es asumible para justificar tal negativa la genérica referencia al carácter y rebeldía del incapaz, lo que en la posición física, psíquica y jurídica del mismo, resulta totalmente lógico y previsible como así lo entendió en su momento la madre del mismo y no por ello, eso le impidió ejercer adecuadamente la función tutelar. Por cuanto antecede, la conclusión es que no hay razones ahora para optar por la excepción prevista en el artículo 234 del Código Civil. Por ello deberá el juzgado determinar quién de los hermanos es el más idóneo para esta función»; en el mismo sentido, el Auto de la misma Audiencia, Sección 24.^a, de 14 de junio de 2001 (*JUR* 2001/262781); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197457); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 4 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/31044); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 15 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/49194), señala que, asignar la fun-

Pues bien, en este contexto, no se concreta en el texto del artículo 239.2 del Código Civil a qué entidad se puede encomendar la tutela del incapaz. Las Comunidades Autónomas siguen dos modelos: 1) Encargarse ellas mismas, a través de un organismo autónomo de la tutela de los desamparados (ya se llame Instituto, Comisión, Agencia); 2) O ante la falta de un concreto organismo, se opte por la creación de singulares personas jurídico-públicas de alcance territorial menor (así el Instituto Almeriense de la Tutela, Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas, e Instituto tutelar de Bizkaia, entre otros), o se dote de ayudas de todo tipo, preferentemente económicas a fundaciones privadas para que éstas sean las que ejerzan las funciones tutelares —Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM)—.

En todo caso, las entidades públicas competentes en materia asistencial, a las que se refiere el citado artículo 239.2 del Código Civil, no pueden oponer como excusa, la falta de personal cualificado o de recursos económicos, pues, la excusa del artículo 251.2 del Código Civil debe estimarse prevenida para las personas jurídicas de Derecho Privado, es decir, a las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 242 (113); y, además, porque reviste auténtica e ineludible imperatividad para la entidad pública la asunción del cargo de tutor, dado el carácter público tanto de la tutela que se decreta, como del propio carácter y naturaleza de la entidad, que le impide rechazar la designación tutelar (114). Tampoco podrán oponer como excusa la dedicación a un tipo concreto de incapaces. Si bien, muchas de las causas de inhabilidad no se aplican al tutor persona jurídica pública o privada, pero sí al funcionario o empleado en quien se delegue las funciones de tutor, esto es, actúe en nombre y representación de la persona jurídica.

V. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR

Como hemos señalado en líneas precedentes, el artículo 241 del Código Civil, además del requisito de encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, exige para que una persona se la considere idónea para ser nombrada tutor, que no esté incurso en ninguna de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 243 a 245 del citado cuerpo legal.

Se trata de una lista cerrada o taxativa de causas que el legislador ha fijado en tales preceptos sin un criterio sistemático predeterminado y claro, pues se limita a una enumeración indistinta de aquéllas (115). Se puede decir que unas son causas de inhabilidad de carácter absoluto, que impide a quien incurre en

ción tutelar a la madre es necesario y aconsejable, ante los sólidos lazos que se determinan en el seno de una familia, que difícilmente puede ser suplantado por un organismo tutelar como la Fundación Privada Catalana Tutelas Aspanias; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/134129); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265726), a favor del padre en detrimento de una fundación.

(113) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.ª, de 3 de julio de 1998 (*AC* 1998/6717); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/6229).

(114) PALOMINO DIEZ, I., «La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 2005-I, pág. 1314.

(115) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 610.

ellas, ser tutor en cualquier tutela; y otras relativas, que, simplemente, impiden el desempeño de la función tutelar en una concreta tutela, pero no la excluye para cualquier otra. Igualmente, existen causas que se fundan en razones de desconfianza, o de inmoralidad o, en fin, de imposibilidad material o de respeto a la voluntad paterna.

En este contexto, LETE DEL RÍO define la inhabilidad como «la falta de idoneidad o incapacidad impuesta por la Ley, y que impide a la persona a quien afecta el acceder al cargo de tutor o continuar en su ejercicio» (116).

La idoneidad se determina en sentido negativo o excluyente en cuanto que implica que quien va a ser nombrado tutor no se encuentra en algunas de las situaciones que la ley establece como excluyentes del ejercicio de la tutela; de modo que se considera idóneo al que no incurre en causa que le inhabilite para el desempeño de las funciones de tutor, esto es, que reúna las máximas garantías de imparcialidad, moralidad y confianza en beneficio del tutelado (117).

De forma que en el artículo 243 del Código Civil la desconfianza o razones de moralidad fundamentan que se impida a los que privados o suspendidos de la patria potestad o de su ejercicio, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial; a los removidos de una tutela anterior; o a los condenados por delito que haga suponer fundadamente que no desempeñe bien la tutela, que puedan ejercer el cargo de tutor. Se trata, además, de causas de inhabilidad absoluta que afectan a toda tutela. Por razones de imposibilidad, se impedirá el ejercicio de la tutela a quien estén cumpliendo pena privativa de libertad; y, en fin, se consideran causas de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad material o física del desempeño de la función, a los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena (118).

Analizando cada una de las causas en particular:

1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial. Resulta lógico que quien ha incumplido gravemente los deberes paterno-filiales en relación con sus hijos, y ha demostrado, por tanto, una absoluta falta de idoneidad para ejercer la patria potestad, se le impida ocuparse de otros menores, pues, si no cuida bien de sus propios hijos, no parece que se pueda esperar que lo haga mejor respecto de los ajenos (119). El artículo 170 del Código

(116) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 324. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 13 de enero de 2009 (*JUR* 2009/252875), conceptúa las causas de inhabilidad como «la falta de capacidad o idoneidad imputada por la ley».

(117) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 607; CASTÁN TOBEÑAS J. M.ª, *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. V, vol. 2.º, 9.ª ed., Reus, Madrid, 1985, pág. 432, indica, asimismo, al respecto que «el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere, en quien ha de ejercerlo, condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable».

(118) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 323; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

(119) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 741; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 136; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 30.

Civil establece tres tipos de causas de privación total o parcial de la patria potestad: 1. La sentencia dictada en un proceso seguido al efecto, fundado en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad; 2. La sentencia dictada en causa criminal de acuerdo con el Código Penal, que puede imponerse como pena accesoria; 3. La resolución recaída en un pleito matrimonial. Esta privación total o parcial de la patria potestad, como su suspensión, son medidas punitivas basadas en la culpabilidad del autor; de manera que, operando sobre tal estrecho margen, no se considera incluida en esta causa de inhabilidad: la suspensión de la patria potestad por ausencia, incapacidad o imposibilidad temporal de los titulares de la patria potestad; ni la privación a los padres de la administración de los bienes del hijo (art. 167 del CC); ni la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los titulares, en los casos de desacuerdos reiterados o por cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 156 del CC), ni tampoco, como estima GUILARTE MARTÍN-CALERO, cuando la privación de la patria potestad sea consecuencia de medidas adoptadas provisionalmente o en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (120); sí lo será, en cambio, cuando ante la situación de desamparo del menor, asuma la tutela la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores (art. 172.1 del CC), pues lleva consigo la suspensión o privación de la patria potestad (121).

2. Los que hubieran sido removidos de una tutela anterior. El fundamento de esta causa se basa en que el nombrado tutor pueda volver a incurrir en la misma causa que originó la remoción anterior (122). Discute la doctrina si el alcance de este número opera con independencia de la causa que motivase la remoción o, como señala una parte de aquella, hay que diferenciar si la remoción se ha producido en virtud de las causas 1.^a y 3.^a del artículo 243, o 1.^a, 3.^a y 5.^a del artículo 244 del Código Civil, el removido, si la causa subsiste, no puede ser nombrado para una nueva tutela; si, por el contrario, la remoción ha tenido lugar por aplicación de lo dispuesto en los apartados 2.^o y 4.^o del artículo 244 del Código Civil, al ser causa específica de remoción, solo opera para la tutela de la que ha sido removido (123).

(120) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 313.

(121) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, págs. 741-742; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 137-139.

(122) ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 139.

(123) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 742; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 372. ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 141, considera que «desde su punto de vista y, una vez eliminada tanto la remoción basada en causas de inhabilitación del ámbito del precepto, como la remoción motivada por la existencia de conflictos de convivencia, que no tengan como origen la persona del tutor», estima, que «el artículo 243, en su apartado segundo, se refiere únicamente a la remoción por culpabilidad o ineptitud».

3. Los condenados por cualquier pena privativa de libertad mientras se está cumpliendo condena. La falta de libertad impide materialmente cumplir con los deberes inherentes al cargo de tutor. Se trata de una causa de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad física o material para el adecuado desempeño de la función tutelar; donde resulta irrelevante la duración de la pena privativa, y en la que se requiere la existencia de una sentencia penal firme. En tal contexto, un sector de la doctrina precisa que no se considera inhábil —por no existir tal imposibilidad física o material en el ejercicio de la función tutelar—, quienes estén en libertad condicional, salvo que hayan sido condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (art. 243.4), ni quienes estén detenidos o en situación de prisión preventiva o cautelar sin condena (124). No hay duda que esta causa de inhabilidad desaparece cuando la pena se ha cumplido o ha habido remisión de la pena, o se le ha indultado, o, en fin, hay suspensión de la condena (125).
4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. Se concede una amplia discrecionalidad al Juez, aunque, como indica LETE DEL RÍO, está obligado a motivar la resolución judicial basada en tal causa de inhabilidad, salvo que se trate de un delito que lleve aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela, curatela o guarda, como serían, por ejemplo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a los que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal (126). En todo caso, serán relevantes los delitos contra la propiedad, los delitos de corrupción de menores o escándalo público, etc. (127). Se trata de una causa que seguirá produciendo efectos, aunque se haya extinguido la condena, con el límite de la rehabilitación (128).

Por su parte, el artículo 244 enumera otra serie de causas por las que tampoco pueden ser tutores determinadas personas. Son causas de carácter absoluto las señaladas en los números 1, 3 y 5; y relativas, las contenidas en los números 2 y 4:

1. Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho. Se trata de una causa innecesaria, además, de estar redactada de forma un tanto desafortunada (129). Se refiere tanto a una imposibilidad fí-

(124) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 608; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 141; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 742.

(125) LETE DEL RÍO, J. M., «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», en *Actualidad Civil*, 2000-3, pág. 1633.

(126) LETE DEL RÍO, J. M., «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», *op. cit.*, pág. 1634.

(127) ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 142-143.

(128) CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 32; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374.

(129) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

sica como psíquica (por ejemplo, avanzada edad, enfermedad, domicilio alejado, etc.) (130), que tiene que ser, asimismo, absoluta y duradera, pues, en otro caso, sería posible nombrar un defensor judicial (art. 299.2 del CC). Se excluye del cargo, por tanto, a quien desde el principio se sabe que no va a desempeñar adecuadamente el cargo, sin necesidad de esperar al nombramiento para excusarse en el plazo de quince días (131).

2. Los que tuvieran enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. Al exigir que sea manifiesta, condiciona su efectividad a que sea pública y notoria (132). Se trata de una causa de inhabilidad relativa a una concreta enemistad que, la doctrina amplia no solo la que tengan con el menor, sino también con los padres (133).
3. Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida. La mala conducta, señala ORDÁS ALONSO, debe referirse a un *minimum* ético socialmente admitido; mientras que la manera de vivir conocida, debe entenderse referida a lo que son los ingresos económicos necesarios para el sustento (134). En todo caso, ambas deben ser valoradas por el Juez, que ha de operar sobre criterios objetivos. Así, para LETE DEL RÍO no podrá apreciarse mala conducta en los supuestos siguientes: 1. Persona que tras divorciarse contrae segundo matrimonio; 2. Dos personas solteras, divorciadas o cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, que estuvieran viviendo unidas de forma permanente por relaciones de afectividad análoga a la conyugal; 3. Persona soltera,

(130) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 2 de julio de 2002 (*JUR* 2002/260581), no reside en la península el designado tutor; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 30 de julio de 2002 (*JUR* 2002/265870), avanzada edad y precaria situación económica de la abuela paterna para hacerse cargo de su nieta de cuatro años de edad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección única, de 29 de enero de 2003 (*JUR* 2003/84037), retraso mental y moderado alcoholismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/171603), incapacidad física y psíquica para el desempeño del cargo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/70871), por la existencia de cargas familiares que hacen todo punto imposible atender a la persona del incapaz; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/391315), se desestima la inhabilidad para ser tutor, al no darse valor a los pretendidos efectos de privar del cargo de tutora, el que hubiera tenido un episodio puntual de dolencia mental en el pasado, por tratarse de una patología de escaso alcance y de carácter transitorio.

(131) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 377.

(132) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 743. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/49850).

(133) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 743; MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela, y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 74; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 146, estima que, en todo caso, corresponderá al Juez, teniendo en cuenta el beneficio del menor o incapacitado, valorar la situación, y, si dicho beneficio así lo exige, hacer uso de la facultad que, le otorga el artículo 234 *in fine* del Código Civil, en cuanto modificar el orden legal de llamamientos.

(134) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 392.

separada o divorciada o que su matrimonio fue declarado nulo, que convive de forma permanente con otra casada (135).

4. Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil, o sobre la titularidad de los bienes, o los que les adeudaren sumas de consideración. Ha de ser un conflicto importante y prolongado en el tiempo —pues si no lo procedente sería nombrar un defensor judicial—, además de actual y no meramente potencial (136). Se citan en el citado precepto tres concretas situaciones conflictivas: 1. Cuando el tutor mantenga con el menor o incapaz pleito o actuaciones sobre el estado civil (por ejemplo, en que el llamado a la tutela impugna como heredero del padre, la filiación del menor o incapacitado que debe ser sometido a tutela) (137); 2. Cuando mantenga pleito o actuaciones con el menor o incapacitado sobre la titularidad de bienes concretos, no siendo necesario que recaiga sobre la totalidad de los bienes; 3. Cuando el tutor adeude al menor o incapacitado sumas de consideración con la finalidad de evitar que el tutor, valiéndose de su posición, aplase indefinidamente el pago de la cantidad adeudada, para así lograr su prescripción, por ejemplo. La importancia de la cuantía de las deudas pendientes deberá ser apreciada por el Juez en atención a la situación patrimonial de la persona sometida a tutela (138). Tanto esta causa, como la contenida en el artículo 243.4, no se aplica a los tutores que incurren en ellas, cuando así lo han dispuesto los padres en testamento, y hay que añadir, aunque el artículo 246 no lo establezca, en documento público notarial. Asimismo, se puede ampliar al documento de autotutela, cuando así lo manifieste el presunto incapaz. Se trata de auténticas dispensas, que entran dentro del juego de la autonomía de la voluntad, que la ley concede a los padres en la determinación de la tutela de sus hijos, y que les permite excluir de tales causas de inhabilidad a quienes incurren en ellas, resultando necesario que,

(135) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744.

(136) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 392; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001 (La Ley 193588/2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 23 diciembre de 2003 (*JUR* 2004/64988); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197790); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/9243); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2005 (La Ley 265866/2005); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 21 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/154481); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de abril de 2008 (*AC* 2008/1429); la sentencia de la misma Audiencia, Sección 22.ª, de 5 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/214820); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 8 de enero de 2010 (La Ley 5071/2010). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 9 de marzo de 1993 (*AC* 1993/316), no se nombra tutor al abuelo materno por la existencia de relaciones conflictivas con su hija madre de los menores desamparados.

(137) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744.

(138) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 392-393.

sean conocidas por los padres en el momento de efectuar la designación. De forma que la falta de prueba de tal conocimiento implica la aplicación de tales causas de inhabilidad. El mismo juego de la autonomía y conocimiento de la causa se puede aplicar a los documentos de autotutela. No obstante, el Juez, pese a tal dispensa y manifestación de voluntad puede, en resolución motivada, disponer otra cosa, si así lo exige el beneficio del tutelado (139).

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con otras causas de inhabilidad para el desempeño de la tutela, la que se contempla en este apartado 4 del artículo 244 es perfectamente aplicable a las personas jurídicas tutoras, pues pueden contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y las reglas de su constitución, tal como dispone el artículo 38 del Código Civil, de manera que pueden surgir conflictos con el tutelado en su actuación en el tráfico jurídico.

5. Los concursados, salvo que la tutela lo sea solo de la persona. Tras la reforma operada por Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y unificado en un único procedimiento las situaciones de insolvencia familiar y empresarial, hay que distinguir entre concurso voluntario, donde el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante autorización o conformidad; y concurso necesario, en el que se suspende al deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.1 y 2).

Finalmente, tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o la madre en testamento o en documento notarial (art. 245 del CC); o por el presunto incapaz en el documento de autotutela (art. 223.2 del CC). Tal exclusión ha de ser expresa y realizarse respecto de determinadas personas concretas y determinadas —que pueden ser personas físicas o jurídicas—, no siendo posible las exclusiones genéricas, salvo que se refieran a categorías determinadas (por ejemplo, ascendientes, descendientes) (140). Esta exclusión que algunos califican de derecho a veto (141), otros de derecho de denuncia (142), no será necesario que sea motivada, aunque resulta aconsejable que los padres pongan de manifiesto los motivos o las razones que les lleva a tomar tal decisión para

(139) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 246 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 612, precisa que para la potencial eficacia de la operatividad de la exclusión, se precisa: «a) Declaración expresa de los padres o del que ejerza la patria potestad; b) Que esa voluntad esté manifestada en testamento o en escritura pública notarial; c) Que expresamente se mencione la causa cuya aplicación se excluye, que necesariamente debe ser una de las dos expresadas».

(140) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 747; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 386.

(141) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394.

(142) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 746.

que el juez tenga conocimiento de ello (143). Asimismo, tiene unos límites, pues no faculta a los padres para excluir de la tutela al cónyuge del hijo, ni a uno de los padres para excluir al otro, aunque si pueden valerse de la misma para dar a conocer los motivos por los que considera que se deben excluir como tutores a tales personas. En todo caso, no vincula al Juez tal derecho de veto o denuncia, pues, en resolución motivada puede estimar otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

Ahora bien, si pese a la existencia de algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los citados artículos 243 y 244, el Juez nombra tutor a la persona que tiene alguna de ellas, el nombramiento se considera, por la mayoría de la doctrina que será nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la conservación de los actos beneficiosos para el tutelado; y aparte la responsabilidad del Juez y del nombrado, cuando se traten de causas objetivas de inhabilidad (1, 2, 3 y 4 del art. 243, y la 5 del art. 244); y respecto al resto —causas de apreciación subjetiva y casuística—, darán lugar a la impugnación del nombramiento que, a su vez, dará lugar a una suerte remoción precoz, si el Juez las estima, o a la impugnación contenciosa, en otro caso, de la desestimación judicial (144). No falta, sin embargo, quienes consideran que no hay lugar a tal distinción, pues, en todos los supuestos mencionados, no tiene idoneidad el tutor, haciendo nulo, en consecuencia, el nombramiento, sin posibilidad de situaciones intermedias (145).

Las causas de inhabilidad sobrevenidas dan lugar a la remoción del tutor, si bien, ésta también puede tener lugar por otras causas como que el tutor se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio (art. 247 del CC) (146).

(143) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 747.

(144) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 745; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 360; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 388; de la misma autora, «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 134; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 37; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 430-431.

(145) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 610.

(146) Precisa ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 311-312, que «si la causa de inhabilidad *anterior* a comenzar el cargo, subsiste, en tal caso por lo menos debe operar como inhabilidad sobrevenida ya que se da en el momento de enjuiciar la aptitud, o mejor, la ineptitud actual para el desempeño del puesto, y por tanto, justifica la salida de él del *también* ahora inhábil para el mismo. Pero si se trata de inhabilidad que se tuvo al ocuparlo, pero después ha desaparecido, queda la duda de si debe ser causa, para que salga de él quien ahora es apto para su desempeño, aunque no lo fuere inicialmente». Para lo cual, el autor diferencia dos supuestos «en primer lugar, cesará el tutor en el cargo el ahora apto que no lo fue en principio y lo supo, pero silenció la causa de inhabilidad, porque ello, por lo menos muestra una conducta desaprensiva que parece debe ser equiparada al mal desempeño de la tutela o al incumplimiento de los deberes propios del cargo, lo que a tenor de lo establecido en el artículo 247, es causa de cese del mismo; y, en segundo lugar, si el tutor desconocía la causa de su inhabilidad y de buena fe hubiese entrado a ocupar la tutela el inepto, en principio, cabe que continúe». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de mayo de 2000 (La Ley 97744/2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid,

Asimismo, procederá la remoción cuando teniendo a su cargo más de una tutela, sea removido de la constituida en primer lugar (art. 243.2 del CC). En todo caso, la referencia a las causas legales de inhabilidad ha de entenderse realizada no solo a las que se contienen en los artículos 243 y 244, sino también a los artículos 241 y 242, relativos a la capacidad para ser nombrado tutor.

En el procedimiento legal de remoción iniciado por el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada, habrán de ser oídos, el tutor, si citado compareciere, y el tutelado, si tuviera suficiente juicio (art. 248). Durante la tramitación del procedimiento puede el Juez suspender de sus funciones al tutor, y nombrar al tutelado un defensor judicial (art. 249). Una vez declarada judicialmente, la remoción habrá de procederse a nombrar un nuevo tutor en la forma establecida por el Código Civil (art. 250).

VI. BIBLOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario a los artículos 215 a 221 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los artículos 239, 242 y 251.2 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras», en *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, Civitas, Madrid, 2003.
- CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍAZ-ALABART, S., «Comentario a los artículos 236 y 238 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentarios a los artículos 234, 235 y 251 a 258 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- «Comentario a los artículos 215 a 217 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

Sección 24.^a, de 28 de septiembre de 2005 (La Ley 186733/2005); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de octubre de 2010 (La Ley 191467/2010).

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.^a Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz, Colex, Madrid, 2009.
- LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 215 a 313 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985.
- «Comentario a los artículos 234 a 258 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», en *Actualidad Civil*, 2000-3.
- MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994.
- DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», en *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, Edersa, Madrid, 1995.
- ORDÁS ALONSO, M., *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- «Comentario a los artículos 222 a 285 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2009.
- O'CALLAGHAN, X., «Comentario a los artículos 215 a 285 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.^a ed., La Ley, Madrid, 2006.
- *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Dijusa, 2009.
- PALOMINO DíEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos Martínez de Aguirre de Aldaz, Colex, Madrid, 2008.
- ROGEL VIDE, C., «Comentarios a los artículos 222 a 233 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SANCHO REBULLIDA, F. A., *Apéndice al Derecho de Familia*, de Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. A., Bosch, Barcelona, 1983.
- SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 222 a 285 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.
- VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984.
STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993.
STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003.
STS, Sala de lo Civil, Sección única, de 20 de mayo de 2003.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009.
RDGRN de 30 de mayo de 2006.
RDGRN de 19 de junio de 2006.
RDGRN de 9 de enero de 2007.
RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
SAP de Navarra, de 7 de abril de 1995.
SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de marzo de 1998.
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 23 de abril de 1999.
SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 24 de octubre de 2000.
AAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 13 de noviembre de 2000.
AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de junio de 2001.
SAP de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001.
AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 13 de febrero de 2002.
SAP de Álava, Sección 1.^a, de 17 de abril de 2002.
SAP de Burgos, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2002.
AAP de Zamora, Sección única, de 26 de marzo de 2003.
AAP de Valencia, Sección 10.^a, de 26 de junio de 2003.
AAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 16 de julio de 2003.
SAP de Ávila, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2003.
SAP de Ourense, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2003.
SAP de las Islas Baleares, Sección 5.^a, de 7 de mayo de 2004.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de septiembre de 2004.
SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 30 de diciembre de 2004.
SAP de Almería, Sección 2.^a, de 10 de febrero de 2005.
SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 14 de febrero de 2005.
AAP de Almería, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2005.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de mayo de 2005.
SAP de La Rioja, Sección 1.^a, de 29 de diciembre de 2005.
SAP de Cádiz, Sección 3.^a, de 31 de enero de 2006.
SAP de Lugo, Sección 2.^a, de 14 de marzo de 2006.
SAP de Huelva, Sección 2.^a, de 28 de abril de 2006.
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2006.
SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de enero de 2007.
AAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2007.
SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 2 de febrero de 2007.
SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 2007.
SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 16 de junio de 2008.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de junio de 2008.
SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 8 de octubre de 2008.
AAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 29 de octubre de 2008.
SAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 13 de enero de 2009.
SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2009.
SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 11 de junio de 2009.
SAP de Lleida, Sección 2.^a, de 15 de junio de 2009.
SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 8 de enero de 2010.

SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 29 de enero de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 1 de febrero de 2010.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de febrero de 2010.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de junio de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 27 de junio de 2010.
AAP de Valencia, Sección 10.^a, de 6 de septiembre de 2010.
SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2010.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de octubre de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 4.^a, de 26 de octubre de 2010.

RESUMEN

TUTOR MENORES E INCAPACITADOS

Para la protección de la persona o bienes de los menores no emancipados y los incapacitados, se arbitran una serie de instituciones tutelares, entre las que hay que destacar la tutela. Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se instaura el sistema de tutela de autoridad y la constitución de la tutela es esencialmente judicial, sin perjuicio de cierto margen que se concede al ejercicio de la autonomía de voluntad como la designación de tutor por los padres en testamento o documento público notarial, o en documento de autotutela otorgado por el futuro incapacitado, mientras tenga plena capacidad de obrar. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar la constitución de la tutela, esencialmente en lo relativo a su nombramiento, y a la capacidad e idoneidad exigible para ocupar el cargo de tutor, para lo cual no solo haremos referencia a las resoluciones judiciales existentes en relación con la materia, sino también a las aportaciones doctrinales que han pretendido dar soluciones a la problemática surgida en relación con la misma.

ABSTRACT

GUARDIAN MINORS AND INCAPACITATED PERSONS

The foremost of the series of institutions arranged for the protection of the person and assets of unemancipated minors and incapacitated persons is guardianship. The reform applied through Act 13/1983 of 24 October established a system of guardianship subject to official supervision. Guardianship is now essentially created by the courts, although a certain margin is allowed for the exercise of free will, as where parents appoint a guardian in a will or notarised public document or where a person who foresees becoming incapacitated in future appoints a guardian for him- or herself in a document executed while the person is still fully capable of acting legally. In this context, this study will focus on looking at the creation of guardianship, essentially as regards the guardian's appointment and the capacity and fitness that may be required of a candidate for guardianship. References will be made not only to judgments concerning the matter but also to scholarly contributions that endeavour to provide solutions for the problems arising in connection with guardianship.

*ACTUALIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO. INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS
EN EL EXTRANJERO MEDIANTE DICHA TÉCNICA*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO DE LA FILIACIÓN Y LOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MATRIMONIOS O PA-REJAS DE HECHO HOMOSEXUALES POR LA DIRECCIÓN GENERAL.—III. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUS-TITUCIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RE-SOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de septiembre de 2010 se reabrió la polémica sobre la llamada gestación por sustitución, maternidad subrogada o vientre de alquiler, ya que tuvo que pronunciarse el Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia (1), sobre la imposibilidad de inscripción como hijos de un matrimonio homosexual español los nacidos en Estados Unidos de vientre de alquiler (2).

En nuestro ordenamiento jurídico la posición es clara, ya que la Ley establece la nulidad de dicha figura, existente en otros ordenamientos, todo ello en base a la aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (3).

(1) Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010. Ponente: Esteban Tabernero Moreno. Número de sentencia: 193/2010. Número de recurso: 188/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7526, Sección «La sentencia del día», de 13 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

(2) En general los ordenamientos jurídicos rechazan esta técnica, salvo en India, Canadá, Israel, Reino Unido y algunos Estados de Estados Unidos (vid. PÉREZ MONJE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 1.^a ed. ISBN: 849-52-405-64).

(3) La legislación española, en este punto, coincide con las legislaciones italiana y francesa.

En el Derecho italiano el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40 (sobre «Normas en materia de procreación médica asistida» ha establecido una reglamentación *ex novo* sobre una realidad que en dicho país todavía no estaba regulada), que dispone que será penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publica la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de gestación por sustitución implica que la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.

En el mismo sentido sigue la Ley francesa núm. 2004-800, de 6 de agosto de 2004, «Relativa a la bioética» (la cual ha incidido sobre una regulación anterior que estaba cons-

En base a esa nulidad, el Juez de Primera Instancia, número 15 de Valencia, declaró la imposibilidad de la inscripción de dos menores nacidos en Estados Unidos a través de gestación por sustitución, mediante la aportación de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos (4).

Tal y como se recogió en la sentencia, y teniendo en cuenta que el encargado del Registro Civil Consular debe, de acuerdo con el artículo 23 LRC, examinar la legalidad conforme a la ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, se impide su inscripción, ya que la gestación por sustitución está prohibida en España.

Recordemos que es el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el que regula la gestación por sustitución, indicando que:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (5).

tituida por la Ley núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa al respeto del cuerpo humano», y por la Ley núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal»).

Vid. el artículo de DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY (LA LEY 2708/2004).

Para analizar el aspecto bioético de este precepto, vid. ARROYO URIETA, G.; CORTÉS CASTÁN, J., y DÍAZ GONZÁLEZ, J. A., «Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-232, tomo 4, Editorial LA LEY (LA LEY 22586/2001).

(4) BUSTOS PUECHE, José Enrique, ya intuyó en la posibilidad de que aunque «la Ley prohíbe la gestación por sustitución, eso no excluye la posibilidad real de que se incumpla la prohibición y se concierte el contrato prohibido. En tal caso, cabe que la madre biológica pretenda el reconocimiento de su maternidad, aun cuando finalmente no lo obtenga (art. 10.2), como cabe que la madre que lo alumbró pretenda desconocer su responsabilidad, el hijo se vería involucrado en una serie de actuaciones judiciales que bien pudiera considerar lesivas para su honor o intimidad. Repárese en que el problema fundamental es que ese juicio personal e intransferible sobre la propia intimidad u honor se desplaza a cabeza ajena. Frente al carácter personalísimo de los derechos de la personalidad, sobre los que ni siquiera se permite actuar a los padres en relaciones naturales o normales de filiación (art. 162.1 del CC), resulta que en la filiación artificial, otras personas —aquella madre de discutible calidad moral pero también médicos, abogados, auxiliares— deciden sobre lo que el hijo debe entender por honor o por intimidad, sin que el interesado tenga la menor posibilidad de intervenir» («El derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 919, tomo 3, Editorial LA LEY. LA LEY 4098/2001).

(5) Contenido idéntico a su predecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, vigente hasta el 28 de mayo de 2006, cuyo artículo 10 también decía lo mismo.

Este tipo de reproducción asistida se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no (hetero u homosexual) que pueden aportar o no sus gametos.

Desde 1988, fecha de la publicación de la primera ley, se han venido recogiendo argumentos tanto en contra como a favor de la maternidad subrogada. Los primeros se basan en la posible comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante, los argumentos a favor se centran en la defensa del derecho a procrear y como solución a los problemas de esterilidad de los comitentes o como fórmula de engendrar hijos en el caso de las parejas o matrimonios homosexuales masculinos. Situación que precisamente es el origen de la sentencia.

II. ESTUDIO DE LA FILIACIÓN Y LOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MATRIMONIOS O PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES POR LA DIRECCIÓN GENERAL

La Dirección General se ha tenido que pronunciar pocas veces en torno a este tema. La primera vez que trató un supuesto, relativo a la reproducción asistida, fue en la Resolución de 5 de junio de 2006 (6), los problemas siempre se plantean en torno a la filiación (7).

El supuesto de hecho, en este caso, se centra en la denegación de inscripción de filiación respecto de la pareja de hecho femenina de la madre biológica que quedó embarazada por inseminación artificial. Las recurrentes en este supuesto se hallaban sujetas a la legislación civil especial de Cataluña (8).

(6) RDGRN de 5 de junio de 2006 (LA LEY 84038/2006).

(7) DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén, fue consciente que «las diferencias situacionales en el origen del nacido por fecundación asistida, respecto al nacido de una relación sexual interpersonal, son evidentes. Sin embargo, el así nacido no puede ser peor tratado que los demás. Lo prohíbe el principio de igualdad de la CE en su artículo 14. Tiene que ser inscrito en el Registro Civil y tiene derecho a saber quiénes son sus padres, con las consecuencias pertinentes. Aunque pueda pensarse en una dualidad relacional, distinguiendo la biológica tradicional de la volitiva, fundada en la decisión de que nazca el nuevo ser y en la asunción de las responsabilidades propias de la paternidad o maternidad, los derechos de unos y otros no pueden ser distintos» (vid. «La filiación en la fecundación asistida», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-97, tomo 2, Editorial LA LEY. LA LEY 21794/2001).

(8) El vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Esta posibilidad no está limitada en la actualidad a las parejas heterosexuales, sino que se encuentra abierta en el Derecho positivo vigente del Código Civil y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes, también a las parejas del mismo sexo (vid. Ley 3/2005, de 8 de abril, de Parlamento de Cataluña, que modifica la Ley 9/1998 del Código de Familia), a cuyo través se podrá obtener la constitución de una relación jurídica de filiación de igual contenido que la pretendida por las recurrentes, dado el principio de equiparación absoluta entre la filiación natural y la adoptiva que se establece en los artículos 108 del Código Civil y 113 del Código de Familia de Cataluña, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

El Centro Directivo resolvió señalando que la filiación de maternidad respecto de la que no es madre biológica se puede obtener a través de la adopción.

Posteriormente, fue la Resolución de 11 de enero de 2007 (9), la que se pronunció de idéntica forma, aunque en este caso no era una pareja de hecho sino que era un matrimonio homosexual femenino. También se deniega la inscripción respecto de la cónyuge de la madre biológica que quedó embarazada por inseminación artificial.

La doctrina de ambas resoluciones se basa en que el principio de veracidad biológica que inspira el ordenamiento español en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

El Centro Directivo determina que solo es posible utilizar la adopción para crear el vínculo de maternidad en los supuestos de pareja de hecho estables o matrimonio homosexual femenino. A su juicio, no es posible la interpretación extensiva de la normativa sobre reproducción asistida, que solo contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer.

Se entiende que no es posible que por la sola declaración de las interesadas se atribuya la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la cónyuge de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción (art. 108 CC), resultando, en el primer caso y respecto de la madre, del hecho del nacimiento.

De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a que la unidad de la maternidad es la que resulta del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (arts. 113, II CC y 50 LRC).

Además, se insiste en que la adopción constituye una relación jurídica de filiación de igual contenido que la pretendida por las recurrentes, dado el principio de equiparación absoluta entre la filiación natural y la adoptiva que se establece en los artículos 108 del Código Civil, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución, que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

Como ya hemos abordado en otros estudios (10), el supuesto de hecho que se plantea es el de inseminación heteróloga con contribución de donante

No puede pretenderse una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 97-1.º del Código de Familia, conforme al cual: «Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público», al supuesto de un reconocimiento de maternidad por parte de una mujer distinta de la progenitora que convive con la madre gestante, ya que, aún siendo cierto que en los casos contemplados en el transcrito precepto cuando la inseminación es heteróloga, esto es, cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que haya prestado su consentimiento, se crea un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica. Esta ficción legal tan solo se consagra para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento es el marido o conviviente con la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida.

(9) RDGRN de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007).

(10) Vid. IGLESIA MONJE, M.ª Isabel, «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexua-

masculino, siendo los óvulos fecundados de la propia madre gestante. Y es precisamente esta precisión la que, a juicio de la Dirección, permite ya identificar el régimen jurídico aplicable (11).

les femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO y otros, vol. 1, 2008, ISBN: 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomsom Aranzadi.

Recordemos que hay que distinguir entre los supuestos de *inseminación homóloga* y los de *inseminación heteróloga*. En los primeros se utiliza material reproductor de quien legalmente va a ser padre del nacido, en tanto que en los segundos se produce la fecundación con gametos de un varón distinto del futuro padre legal (se trata del supuesto que la ley denomina fecundación con contribución de donante). Este supuesto abarca no solo los casos en que el donante del material reproductor es otro varón, sino también aquellos en que es otra mujer la que contribuye a la reproducción donando los óvulos que van a ser fecundados e, incluso, cabe que la donación sea bilateral, esto es, tanto de los espermatozoides como de los óvulos que intervendrán en el proceso de fecundación.

En los supuestos de inseminación heteróloga nos encontramos con un título de atribución de la filiación que no consiste, respecto del varón que va a ostentar la condición de padre legal, en el hecho de la generación biológica, sino en un *proceso jurídico complejo*, integrado básicamente por dos elementos:

- Un acto jurídico al que se atribuye naturaleza negocial de carácter previo por el cual se asume una paternidad del hijo de determinada mujer, todavía no concebido, que no es imputable por razón de naturaleza,
- unido a la condición legal de encontrarse el material reproductor del donante en el útero de la mujer designada en el previo acto negocial antes del fallecimiento del varón. No existe ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la existencia de una relación de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

(11) La naturaleza jurídica del acto negocial previo es la propia de un negocio jurídico que afecta al estado civil, por lo tanto con un contenido tipificado por la ley, con escaso margen de configuración para la autonomía de la voluntad al tener sus normas rectoras carácter cogente y de orden público. Se trata, además, de un negocio jurídico formal integrado por dos voluntades: la del varón, que consiente la paternidad, y la de la mujer, que presta su asentimiento a dicha paternidad, y cuyos efectos guardan cierta analogía con los que se desprenden de la adopción en cuanto que generador de un título de atribución de una filiación que no corresponde por naturaleza, si bien en el caso de la adopción se confiere un estado de filiación a una persona que ya existe y no es un mero *concepturus*, pero no así su procedimiento de formalización que, entre otras diferencias importantes con la adopción, no prevé la intervención de la autoridad judicial ni de cualquiera otra, sino tan solo la de un centro o establecimiento autorizado, público o privado (arts. 18 y 20.3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre).

Esta regulación, que presenta carácter imperativo o de *ius cogens*, y que remite la determinación de la filiación a las reglas generales de nuestro Código Civil o normas civiles autonómicas comunes, con las solas salvedades recogidas en la propia ley especial, tan solo contempla, como se ha visto, la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer.

Entiende la Dirección que podría pensarse que esta regulación legal ha de ser objeto de una interpretación extensiva en atención a los elementos interpretativos contenidos en el artículo 3 del Código Civil, relativos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al contexto normativo en que se localizan, especialmente teniendo en cuenta que las adopciones de menores por parte de dos personas del mismo sexo han sido admitidas en España desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que incorpora al artículo 44 del Código una proclamación de igualdad de requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo.

III. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Y así llegamos a la Resolución de 18 de febrero de 2009 (12), que recoge el supuesto de la solicitud de la inscripción de nacimiento de los hijos de un matrimonio homosexual español nacidos en Estados Unidos mediante «gestación por sustitución». Se solicita la inscripción a través de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, que al ser recurrida es el origen de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, a que hemos hecho referencia en la introducción de este pequeño estudio (13).

Tras el Auto denegatorio y con fecha de 25 de noviembre de 2008, Luis y Fernando interpusieron recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009, estimando el recurso, revocando el auto y mandando que se proceda a la inscripción de los menores Alejandro y Diego en el Registro Civil Consular como hijos de Luis y Fernando.

Los argumentos esgrimidos por la Dirección General se centran en que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, y no cabe distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, por lo que si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales. Además, en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, por lo que no permitir que la

Sin embargo, esta vía interpretativa queda impedida por el hecho de que la citada reforma del Código Civil operada por la Ley 13/2005 ha dejado incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación —arts. 112 a 141 CC—, sin que la reforma que se introduce en la redacción del artículo 48 de la Ley del Registro Civil tenga propiamente un alcance sustantivo o material, ya que la extensión a la filiación materna del régimen de constancia registral en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción del matrimonio de los padres o por inscripción de reconocimiento, no pasa de ser una mejora de técnica legislativa referida a la forma de la constancia registral de tal filiación, puesto que la posibilidad de que la madre sea determinada por su reconocimiento del hijo es una posibilidad que ya antes de la citada reforma era admitida por nuestro Ordenamiento Jurídico con total claridad (cfr. art. 49 LRC). Pero es que, además, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia de la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de forma que tan solo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de estos como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de donante anónimo (cfr. arts. 6 a 9 de la Ley 14/2006), sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador.

(12) RDGRN de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).

(13) Con fecha de 7 de noviembre de 2008, Luis y Fernando, de nacionalidad española y cónyuges desde octubre de 2005, acudieron a inscribir en el Registro Consular de España en Los Ángeles el nacimiento de los recién nacidos Alejandro y Diego, como hijos del matrimonio por ellos formado.

Con fecha 10 de noviembre de 2008, el canceller encargado del Registro Civil Consular dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de «gestación por sustitución», prohibida por la legislación española, debiéndose considerar la gestante como madre legal del niño.

filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo.

Atención al superior interés del menor, que se traduce en su derecho a una «identidad única», y que, a su vez, se traduce en el derecho a disponer de una filiación válida en varios países.

Inaplicación de la normativa española que prohíbe los contratos de gestación por sustitución y que establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (14).

El Centro Directivo indicó expresamente la inexistencia del fraude de Ley porque los interesados no han utilizado ninguna norma con el fin de eludir una ley imperativa española, y tampoco han incurrido en el denominado «forum shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española.

No tardó la propia Dirección General en publicar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (15).

En la propia Instrucción, la Dirección insiste en la necesidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor (16), así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres, resultando necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida (17).

(14) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, acertadamente señala que: «lo que la sentencia comentada parece sugerir es la posibilidad de que aquél de los varones que fuera el padre biológico de los menores, ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 del Código Civil».

«A mi parecer, esta solución, que sería posible (aunque creo que no deseable), según la ley española, es un tanto absurda, ya que, en definitiva, supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llevar al mismo resultado?» —vid. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, de 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13417/2010)—.

(15) BOE de 7 de octubre de 2010.

(16) Protección que comporta abordar tres aspectos importantes:

- los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento;
- la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores;
- la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

(17) Contrario a la solución propuesta por la Dirección se encuentra DE VERDA, que textualmente señala que: «...no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible...».

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo, para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente (18).

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial, tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.

Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España (19).

En resumen, la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*. Para proceder a la inscripción

(18) La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.

Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

(19) En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, será necesario instar el *exequátur* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del *exequátur*, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el *exequátur* de ésta. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequátur*, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana, y artículos 764 y siguientes de la LEC.

de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur*.

En el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental se deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO URIETA, G.; CORTÉS CASTÁN, J., y DÍAZ GONZÁLEZ, J. A.: «Instrumentación genética y manipulación de embriones. Situación jurídica y aspectos bioéticos», en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1996, Ref. D-232, tomo 4, Editorial LA LEY (LA LEY 22586/2001).
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 919, tomo 3, Editorial LA LEY (LA LEY 4098/2001).
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, de 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13417/2010).
- «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY (LA LEY 2708/2004).

- DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén: «La filiación en la fecundación asistida», en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 1997, Ref. D-97, tomo 2, Editorial LA LEY (LA LEY 21794/2001).
- DÍAZ ROMERO, M.^a del Rosario: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, de 14 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY (LA LEY 13778/2010).
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO y otros, vol. 1, 2008, ISBN: 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomsom Aranzadi.
- PÉREZ MONJE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 1.^a ed., ISBN: 849-52-405-64.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2007, páginas: 1109 a 1124, LA LEY 1694/2007.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico)

- Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, sentencia de 15 de septiembre de 2010, proc. 188/2010. Ponente: Esteban Tabernero Moreno. Número de sentencia: 193/2010. Número de recurso: 188/2010. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7526, Sección «La sentencia del día», de 13 de diciembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.
- RDGRN de 5 de junio de 2006 (LA LEY 84038/2006).
- RDGRN de 11 de enero de 2007 (LA LEY 357013/2007).
- RDGRN de 18 de febrero de 2009 (LA LEY 15366/2009).
- Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010).

VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (derogada por la anterior).
- Ley italiana de 19 de febrero de 2004, núm. 40, sobre «Normas en materia de procreación médica asistida».
- Ley francesa núm. 2004-800, de 6 de agosto de 2004, «Relativa a la bio-ética».
- Ley francesa núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa al respeto del cuerpo humano».
- Ley francesa núm. 1994-654, de 29 de julio de 1994, «Relativa a la donación y a la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal».

RESUMEN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por mandato imperativo contenido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la posición de nuestro ordenamiento jurídico es clara puesto que se establece —incluso desde la ley anterior de 1988—, la nulidad de la gestación por sustitución. No obstante como consecuencia de que la figura es admitida en otros ordenamientos, surge el problema de la inscripción del nacimiento de un menor en el extranjero como consecuencia de esta técnica de gestación por sustitución. La Dirección General de los Registros ha resuelto que solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a fin de evitar el tráfico de menores y primando siempre el superior interés del menor que se traduce en su derecho a una identidad única.

ABSTRACT

SURROGATE MOTHERHOOD

By the imperative mandate given in Act 14/2006 of 26 May on assisted human reproduction techniques, the position of our legislation is clear. Our laws state, even in the earlier Act of 1988, that surrogate motherhood is not legally valid. Nevertheless, because surrogate motherhood is accepted in other countries' laws, there arises the problem of how to register the birth of a child abroad gestated by a surrogate mother. The Directorate-General of Registries has decided that such births may be registered only if a judgment from a competent court declaring who the parents of the baby are is submitted with the registration application, in order to avoid any trafficking in children. The child's interest is always to be placed first, and that interest means the child has a right to a single identity.

1.3. Derechos reales

SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HIPOTECANTE DEUDOR A LA FINCA HIPOTECADA. A VUELTAS CON EL AUTO 111/2010 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA HIPOTECA.—III. LA HIPOTECA ES ACCESORIA A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA.—IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: DACIÓN EN PAGO.—V. ARGUMENTOS LEGALES.—VI. CUESTIONES ECONÓMICAS Y DE LA PRÁCTICA BANCARIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, ha causado gran sorpresa y expectación, no ya solo entre los juristas, sino también entre los medios de comunicación y los particulares que han visto en el mismo, una esperanza real de liquidar y extinguir sus préstamos garantizados con hipoteca con la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor, y por el importe obtenido por ella en la subasta correspondiente.

De este modo, y tal y como se desprende de los fundamentos jurídicos del Auto en cuestión, un deudor hipotecante pone fin a su deuda, la extingue, cuando se adjudique al acreedor la finca dada en garantía, aunque el importe de la obligación principal que se asegura con aquélla, sea superior al valor actual de la finca ejecutada.

El patrimonio personal del deudor queda «a salvo» de una nueva ejecución por la cantidad pendiente de cobro, aunque la obtenida en subasta sea menor que el importe real de la deuda asegurada. Todo ello, como a continuación veremos, porque se considera que la finca se tasó por el acreedor hipotecario en una cantidad suficiente para satisfacer el préstamo hipotecario, y por lo tanto, la adjudicación del inmueble debe valer, ser suficiente, para satisfacer al acreedor.

El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir la deuda, es irrelevante para el magistrado ponente, pues el inmueble se tasó previamente en una cantidad suficiente para cubrir la deuda, y no se ha solicitado su modificación. Su adjudicación, entonces, a modo de dación en pago, debe ser *pro soluto* y extinguir la deuda completamente.

La adjudicación de la finca, en consecuencia, sea cual sea el valor por el que se produce tal adjudicación, extingue no solo la hipoteca, sino también la obligación principal: el préstamo. El acreedor hipotecario ejecutante no puede, en este caso, dirigirse contra el patrimonio del deudor para intentar cobrar lo pendiente de pago, contraviniendo, a nuestro parecer, los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor, y desconociendo la naturaleza y función de garantía de la hipoteca, su carácter accesorio, y una pluralidad de preceptos legales vigentes en nuestro ordenamiento.

Los hechos que dieron lugar a la presente resolución fueron éstos:

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., concedió a don J. A. L. y doña M. L. R., un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 59.390 €, que se amplió posteriormente en 11.865,39 €. Ante el impago de las cuotas, BBVA inició la ejecución hipotecaria correspondiente. La subasta quedó desierta y se dictó auto de adjudicación de la finca a favor del acreedor hipotecario ejecutante (BBVA), por el importe de 42.895 €. A continuación el banco solicitó que se prosiguiera ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 € de principal y 8.438,86 € de intereses, costas y gastos. Se denegó dicha solicitud, en instancia, por Auto de 13 de noviembre de 2009, permitiéndose únicamente que se siguiera ejecución por intereses y costas, pero no por el principal. Se recurrió dicho Auto, cuya apelación resolvió la Audiencia Provincial con el Auto de referencia, que vamos a analizar en este trabajo.

La Audiencia Provincial, como ya hemos dicho, denegó el recurso de apelación y confirmó el Auto recurrido.

Los principales fundamentos de derecho en los que basa su resolución son los siguientes:

Fundamento de derecho TERCERO, b): «La segunda parte o línea argumental del recurso vendría dada porque el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado, el valor obtenido es de 42.895 €, ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca inicialmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75.900 €.

Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que recordemos era de 71.225,79 €.

Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno, en ese caso, continuar la ejecución por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, salvo el tema de intereses y costas...».

A continuación, en el apartado c) del Fundamento TERCERO, el magistrado ponente da una serie de argumentos de carácter moral, más bien enfocados a justificar el descenso del precio del inmueble ejecutado por la crisis financiera general que en estos momentos vivimos. Afirma que sin que la misma sea culpa directa del BBVA (acreedor ejecutante), «no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva, bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929». Por eso, y alegando el artículo 3 del Código Civil sobre la interpretación histórica de las normas, en función del tiempo y circunstancias en que deben aplicarse, concluye diciendo que: «moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tendido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, ..., sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso que la alegación que justifica su pretensión esté basada en unas circunstancias que sencillamente y como vulgarmente se dice ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas”».

Sin entrar a valorar esta última argumentación que, a nuestro juicio, carece de fundamento jurídico alguno, no podemos por menos que decir, y utilizando la expresión nada jurídica, pero por otra parte acorde con el fundamento que se acaba de exponer, que este fundamento responde más bien al

dicho popular de: «que cada palo aguante su vela»; y con este argumento moral difícilmente justificable en derecho, se salta los principios esenciales de la ejecución hipotecaria, la función de garantía del derecho real, y las normas correspondientes del CC, LH y LEC como a continuación explicamos.

II. LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LA HIPOTECA

Cuando el Auto afirma que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario impide continuar la ejecución contra otros bienes del deudor, porque debe considerarse pagado con aquélla, se está obviando que la hipoteca es un derecho real de garantía, cuya función esencial es, precisamente, garantizar el cobro de una deuda.

Los derechos reales de garantía aseguran el cumplimiento de una obligación principal, mediante la afección de un bien determinado y su realización de valor, para poder satisfacer aquélla, sea quien sea el poseedor de la cosa dada en garantía, y con carácter preferente y oponibilidad *erga omnes*. Es decir, el acreedor, una vez incumplida la obligación principal por el deudor, puede ejercitar el *ius distrahendi*, propio de los derechos reales de garantía y vender el bien para, con el importe obtenido con su venta, cobrar su deuda y satisfacer su crédito, de manera preferente.

Las garantías reales facilitan, mejoran y aseguran el cobro de los créditos a los acreedores, ya que si al dirigirse al patrimonio de su deudor para intentar cobrar, como consecuencia del artículo 1911 del Código Civil, en éste no hubiera ya bienes, pues, por ejemplo, se han enajenado a favor de terceros, el acreedor siempre podrá dirigirse contra el bien concreto sobre el que se estableció la garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre actualmente. De este modo, son un «plus», un extra, a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), pues cuando no se puede cobrar por ese procedimiento, al no quedar ya bienes en poder del deudor, el acreedor tendrá un instrumento más, que es ejercitar el derecho de garantía, el *ius distrahendi*, vender el bien, lo tenga quien lo tenga, y cobrar su crédito.

Son concluyentes en este sentido, y a la hora de explicar la función de garantía de este tipo de derechos reales, las palabras de LACRUZ BERDEJO (1), que afirma: «El derecho de crédito —personal— es relativo, es decir, eficaz solo *inter partes*; que vincula la conducta del deudor, pero quedando afectado en su garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. En estas condiciones es posible que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo aquel interés del acreedor. Pues bien, un intento de remediar esta limitación y de prevenir este riesgo consiste en dotar —de algún modo— al derecho de crédito de la inherencia y de la reipersecutoriedad, propias de los derechos reales, de tal modo que se mantengan afectos a la garantía también sus bienes pretéritos, es decir, los que se hallen en poder de un tercer adquirente... Para producir este efecto se grava con un derecho real —absoluto, *erga omnes*, dotado de reipersecutoriedad— de garantía el bien o bienes de que se trate».

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191.

GÓMEZ GÁLLIGO explica esta relación de garantía o aseguramiento de los derechos reales de garantía de la siguiente forma: después de afirmar que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, añade que «una seguridad más firme la obtiene el acreedor mediante la constitución de los derechos de garantía, con los que uno o más bienes determinados quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de ésta» (2).

Consecuentemente, cuando existe un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación, el acreedor tiene a su favor, una doble responsabilidad: a) la personal del deudor (art. 1911 CC), como en toda obligación, y b) la real, pues el bien dado en garantía responde con su valor en venta de la misma obligación, esté donde esté. El acreedor puede dirigirse vía personal o vía real para tratar de cobrar la obligación incumplida, y nada impide que ejercite una detrás de otra si no hubiera alcanzado a cubrir su deuda. La responsabilidad real no excluye la personal, ni viceversa. Esto es así porque, como ya hemos dicho, la garantía hipotecaria amplía la responsabilidad, esa es su función, y de esta forma asegura o favorece el cobro del crédito al acreedor.

En este sentido, véanse las palabras de LACRUZ BERDEJO (3): «El deudor puede cualificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento por su parte. Puede también ampliar aquella responsabilidad patrimonial universal si un tercero ofrece alguno o algunos de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos». Y continúa este autor diciendo que «esta garantía específica, preferente y real, no excluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Como dice el artículo 105 LH, la hipoteca *...no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil...*, cuando el bien gravado se halla en el patrimonio del deudor la concurrencia de las dos afectaciones en garantía de su responsabilidad —personal e ilimitada, real y preferente, respectivamente— no plantea cuestión: la alteración se reduce al orden de prelación de bienes y a la preferencia satisfactoria del crédito; se hace efectiva la responsabilidad por vía del gravamen real, se anteponen los bienes pignorados o hipotecados (art. 681 y sigs. LEC); y con el precio obtenido en la realización de su valor se satisfará el crédito garantizado sin que se imponga al acreedor ejecutante la *pars conditio creditorum*. En cambio cuando el bien objeto del gravamen real no se halla en el patrimonio del deudor —sea porque constituyó el gravamen un tercero, sea porque el deudor lo constituyó, enajenó después el bien gravado— el acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor, puede optar entre el ejercicio de su acción crediticia —personal— contra el deudor agrediendo todo su patrimonio en *pars conditio* con otros eventuales acreedores, o bien dirigirse —a través del que sea titular— contra los bienes gravados y con carácter preferente».

El derecho de hipoteca es un derecho real de garantía sin discusión, como se desprende de los artículos 1858 del CC, y 129 y sigs. de la LH, y además ha repetido la jurisprudencia en varias ocasiones (4). Por lo tanto, cumple esa función de aseguramiento propia de aquellos, que no excluye, sino que amplía, la responsabilidad patrimonial del deudor. En este sentido, es concluyente y

(2) GÓMEZ GÁLLIGO, J., *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009, pág. 54.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, págs. 191-194.

(4) Véase, por todas, la STS de 3 de julio de 1997 y la RDGRN de 3 de abril de 1998.

claro el artículo 105 LH, que ya se ha mencionado, pues expresamente afirma que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones y no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código Civil».

La función de garantía propia de la hipoteca como un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor es contraria a la resolución que aquí se comenta, pues no puede obligarse al acreedor a perseguir únicamente los bienes hipotecados, cuando son un simple refuerzo de la responsabilidad personal del deudor, que persiste, y por tanto nada impide al acreedor a continuar ejecución contra él y su patrimonio.

Cosa distinta sería si se hubiese establecido expresamente por el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria que contempla el artículo 140 LH, al afirmar que «no obstante lo dispuesto en el artículo 105 LH —no exclusión de la responsabilidad patrimonial universal del deudor— podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del deudor».

Se contempla en este artículo la posibilidad de concretar la responsabilidad hipotecaria a los bienes hipotecados, en cuyo caso no podría seguirse ejecución hipotecaria mas allá de dichos bienes, como se plantea en el supuesto del Auto. Esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, pero debe pactarse expresamente en la escritura de constitución de hipoteca, y si no se hace, estaremos ante la regla general de superposición de dos responsabilidades, la real y la personal. Si en la práctica no suele ser habitual el establecimiento de este pacto expreso es porque, al limitarse la responsabilidad a la real, el acreedor hipotecario ve limitada su garantía de cobro, y por eso no suele acceder a su establecimiento, y si lo hace, suele repercutir en un tipo de interés mas elevado en sus préstamos hipotecarios que pudieran compensar de alguna forma la disminución de garantías.

Como afirma PRETEL SERRANO (5), este pacto no ha tenido ninguna utilización en la práctica, lo que demuestra el hecho de que no hay ni una sola sentencia del Tribunal Supremo ni resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en este sentido. A continuación añade que, a su modo, de ver esto se debe a que «no hay ninguna razón para que el acreedor prescinda anticipadamente de la responsabilidad universal del deudor. Muy al contrario: no solamente es la responsabilidad universal junto a la garantía hipotecaria, la que desea el acreedor, sino que es muy frecuente que, normalmente por las entidades de crédito, se exijan además otras garantías accesorias, que incluso llegan a desvirtuar el sentido de la figura del derecho real de hipoteca».

Es decir, la posibilidad que se apunta como solución en este Auto, ya existe en nuestro ordenamiento, pero no se utiliza, por la disminución de la función de garantía que supone.

Lo que no se puede pretender es, como se ha explicado, limitar sin más la responsabilidad del deudor a la hipotecaria, eludiendo la afección del resto de sus bienes en cumplimiento del artículo 1911 del Código Civil, como aquí

(5) PRETEL SERRANO, J. J., «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.

se pretende, pues se desnaturalizaría la función propia de un derecho real de garantía, que no es otra que ampliar la responsabilidad personal del deudor.

III. LA HIPOTECA ES ACCESORIA A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA

Como derecho real de garantía, la hipoteca es accesoria de la obligación principal que asegura. Esto quiere decir que depende de la misma tanto en su existencia como en sus vicisitudes, y extinción.

La accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que se hace inviable la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura, tal y como se deduce de los artículos 1857, 1876 y 1528 del Código Civil.

La jurisprudencia en muchas ocasiones se ha manifestado a favor de la accesoriedad de la hipoteca como, por ejemplo, en las SSTs de 26 de marzo de 1999, 6 de octubre de 1995, 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989, 13 de julio de 1984, 30 de enero de 1984, 22 de noviembre de 1963, 8 de noviembre de 1960, 19 de mayo de 1958 y 23 de abril de 1957, y las RRDGRN de 22 de junio de 1995, 17 de agosto de 1993, 3 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1988, 23 de diciembre de 1987, 26 de mayo de 1986, 4 de julio de 1984; Resoluciones de 23 de mayo de 1964, 2 de noviembre de 1959, entre otras muchas. Baste ver, por todas ellas, lo que afirma la STS de 29 de junio de 1989: «...por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquélla subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil».

Hoy en día son muchos los autores que empiezan a dudar de que, en todo caso, la hipoteca sea accesoria del crédito, y encuentran determinados supuestos en los que no se cumple exactamente la accesoriedad de la hipoteca, sino que, más bien, perciben una mayor separación e independencia de la hipoteca con respecto al crédito garantizado (6). Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son: la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada, hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto, asimismo, en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente

(6) En este sentido, como voces que ponen en tela de juicio la accesoriedad de la hipoteca, podemos ver a DE LA RICA Y ARENAL, R., «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327. En este artículo hace una extensa y brillante exposición de sus ideas, al cual me remito desde estas líneas, por traspasar los límites de este trabajo; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, págs. 83-115; LACAL, P., «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 140-144; MOXÓ RUANO, A., «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68; REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 25-56.

a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario, que requiere negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario, en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por la accesoriedad, es otro ejemplo de cómo este principio, desde luego no es dogma, y que tiene varias fisuras.

En consecuencia es cierto que la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito quiebra en varias ocasiones, y que por eso no puede considerarse como un dogma absoluto e insuperable, tal y como hemos defendido en otras ocasiones (7).

Sin embargo, considero que la hipoteca puede ser accesorio del crédito en cuanto nace para garantizar una obligación, y, en ese sentido, depende de ella; pero, esto se deriva, precisamente, de la función de garantía que cumple, al igual que el resto de los derechos reales de igual categoría. Se trata, entonces, de una accesoriedad funcional o finalística, para cumplir la función que tiene asignada —garantía—. La hipoteca sigue al crédito para asegurarlo (8).

Manifestación clara de la accesoriedad de la hipoteca es el hecho de que no puede subsistir sin la obligación que garantiza, cuando ésta ya se extinguió, pues al extinguirse la obligación se extingue la hipoteca (en este sentido, RRDGRN de 30 de octubre de 1889, 2 de diciembre de 1999 y 30 de junio de 1933). Esto quiere decir que la hipoteca se extinguirá por las mismas causas que la obligación. Por tanto, extinguida la obligación principal por cualquiera de las causas contempladas en el Código Civil (art. 1156 y otros), se extinguirá la hipoteca. Pero, además, la hipoteca puede también extinguirse sin que su muerte afecte a la obligación garantizada (por ser ésta principal); luego, existen, también, causas propias de extinción de la hipoteca que determinan su muerte, permaneciendo viva y activa la obligación garantizada. Estas causas de extinción, propias de la hipoteca, serán las de los derechos reales, que son, por ejemplo: la renuncia, el acuerdo deudor-acreedor, la pérdida de la cosa, la confusión, etc., y, como no puede ser de otra forma, la extinción de la garantía consecuente a su ejecución, que es el caso que nos ocupa.

De este modo, si se ejecuta una hipoteca, al realizarse en valor el bien sobre el que se impuso, la hipoteca se extinguirá, y se deberá cancelar en el Registro.

(7) Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 2000, págs. 186-189, y «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.

(8) Tampoco compartimos la idea de la unidad inescindible del crédito hipotecario que mantienen los defensores de la tesis de unidad de crédito hipotecario o integrista. Sostienen estos autores que la influencia de la hipoteca va a ser tal en el crédito que, desde el momento que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el «crédito hipotecario»; distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito más una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el crédito hipotecario. El mayor precursor de esta tesis es AMORÓS GUARDIOLA, y le siguen, aunque en menor escala, LALAGUNA DOMÍNGUEZ y GULLÓN BALLESTEROS —con varios matices—. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, págs. 11-97; GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 96-111.

Pero eso no implica —porque es accesorio— que se extinga la obligación principal, si ésta no ha sido satisfecha en su totalidad al acreedor, como es el caso que estudiamos.

Tanto en la ejecución, como en la renuncia a la hipoteca, o en otros supuestos de extinción exclusiva del derecho real, permanece el crédito asegurado, pero es que este crédito será, de nuevo, un crédito ordinario que subyace siempre en el crédito hipotecario. El crédito hipotecario, como crédito especial y preferente, desaparece al hacerlo la hipoteca, y por su cancelación. Pero, permanece un crédito ordinario, normal y completo como tal crédito ordinario, al que no le falta nada, y que el acreedor puede ejercitar, intentando su cobro.

Esto es debido a que la garantía en que consiste la hipoteca es un «plus» añadido a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), y por consiguiente, éste siempre responderá del crédito de su acreedor, con todos sus bienes presentes y futuros, además de con los hipotecados. El crédito asegurado con hipoteca —crédito hipotecario— no excluye la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH), relativa y concerniente a todo deudor de la obligación subyacente, como ya hemos explicado en el apartado anterior.

Y, precisamente, esa función de garantía es lo que une inexorablemente el crédito y el derecho real, en lo que hemos denominado una relación de accesoriedad funcional, así entendida, hace que sea imposible limitar o coartar la responsabilidad a la hipotecaria —salvo pacto expreso—, pues esto impediría que la hipoteca cumpliera su función de mejorar el aseguramiento de garantía. Eso sí, ahora, una vez extinguida la hipoteca, el acreedor tiene un crédito ordinario, y para su cobro ya no goza de ninguna preferencia, ni oponibilidad, y deberá concurrir en plano de igualdad con el resto de acreedores ordinarios que intenten satisfacer sus créditos. Pero puede seguir dirigiéndose contra «todos los bienes presentes y futuros del deudor» por lo que quede pendiente de cobro tras la ejecución.

No se puede olvidar que lo principal tiene su propia vida y autonomía y, por lo tanto, puede vivir con independencia de todo lo que le resulte accesorio; por el contrario, lo accesorio depende en su existencia de lo principal, sin lo cual no puede vivir. Por eso, una cosa es que la accesoriedad no sea un dogma absoluto que admita fisuras, y otra que demos la vuelta a dicho principio, de forma que al extinguirse lo accesorio se extinga lo principal.

Como dice CORDERO LOBATO (9), «la relación de accesoriedad no se produce en el sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada». Y esto es, precisamente, lo que parece olvidar el razonamiento que subyace en el Auto que se comenta, pues entiende que como ya se ha realizado la hipoteca, consecuencia de la cual, se adjudica el bien al acreedor, éste debe darse por pagado y considerar extinguida la obligación asegurada —principal— al extinguirse la hipoteca.

Distorsión de principios e ideas contrarias a la propia accesoriedad funcional de la hipoteca, de su misión de garantía, que resulta alterada y olvidada, en aras de unos argumentos de falsa equidad moralizante.

(9) CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (COORD.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.

IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: DACIÓN EN PAGO

Visto que la extinción de la garantía no conduce o conlleva la de la obligación principal, por accesoriedad, sino que ésta subsiste mientras no se extinga, a su vez, por alguna de sus causas (art. 1156 CC), y que solo su extinción impediría que continuara la ejecución contra el deudor, tal y como se sostiene en el Auto, habrá que analizar si realmente se ha extinguido dicha obligación para poder confirmar o refutar, de nuevo, la tesis que defiende la resolución que se comenta.

En el caso que se analiza, la obligación debía extinguirse por pago, y al incumplirse y no pagarse, el acreedor inicia las acciones para obtener dicho pago o cumplimiento.

El pago tiene una triple función solutoria, satisfactoria y extintiva, y cumple estas tres funciones cuando es íntegro, idéntico e indivisible. Es obvio que en el caso que analizamos, el subrogado del cumplimiento —la adjudicación de la finca— no cumple con el requisito de identidad e integridad, pues se valora en una cantidad menor de la cuantía de la obligación, y el acreedor no ha quedado satisfecho, pues quiere continuar la ejecución. Por tanto, no cumple con la función propia del cumplimiento, no hay extinción y por eso, el acreedor puede seguir intentando su cumplimiento forzoso en vía ejecutiva contra el patrimonio del deudor (art. 1911 CC).

La dación en pago, perfectamente admisible en Derecho español, produce un efecto similar al que se plantea en el Auto que comentamos, ya que supone que el deudor, de acuerdo con el acreedor, satisface la obligación mediante la realización de una prestación distinta a la debida que extingue la misma. Es decir, podríamos pensar que la entrega o adjudicación del inmueble al acreedor en vez del pago de la deuda, es una dación en pago, y que por tanto, extingue la obligación garantizada con hipoteca.

Sin embargo, no podríamos alegar que se trata de una dación en pago que extingue la obligación, aunque la cosa que se entregue tenga un valor distinto de la propia obligación, pues la dación en pago implica un negocio jurídico con fines solutorios entre el deudor y el acreedor en el momento del cumplimiento, y eso no ha ocurrido aquí, donde el acreedor hipotecario, no admite dicha solución, no se considera pagado con la adjudicación del inmueble, y quiere seguir la ejecución por lo que le falta por cobrar.

La dación en pago no está regulada por el Código Civil, es un negocio atípico, pero su existencia se deduce del artículo 1849 del Código Civil, en sede de fianza, que permite al acreedor quedarse con el inmueble u otros efectos, en pago de la deuda. Los requisitos para concluir que estamos ante una dación en pago son los siguientes:

- a) Realizar una nueva prestación a título de pago, que puede ser la transmisión de una cosa o de un derecho.
- b) Diversidad entre la prestación que se debía y la que la sustituye.
- c) Un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor, de tener por extinguida la obligación merced a la realización de la prestación distinta de la inicialmente debida.

En el caso que analizamos, se cumplirían los dos primeros requisitos, pero en ningún caso el tercero de ellos, pues el acreedor no consiente en que la atribución del inmueble extinga la obligación asegurada, sino que esa extinción viene impuesta en el Auto judicial. La dación es un negocio jurídico, atípico y

con efectos solutorios (10), por tanto, si no hay consentimiento, voluntad del acreedor, no estamos ante una verdadera dación en pago.

Además en la dación, el acuerdo entre deudor y acreedor se realiza en el momento del cumplimiento, cuando el deudor va a pagar, precisamente para sustituirlo, mientras que en este caso, la «dación» se produce como consecuencia del incumplimiento del deudor.

No podemos hablar de que exista una verdadera dación en pago, no se producen entonces sus efectos, no hay extinción de la deuda. Si la obligación sigue existente, y no se ha cobrado en su totalidad, nada impide al acreedor que trate de terminar de hacer efectivo su crédito por su cuantía total. Y ante el incumplimiento del deudor, esto ya solo lo puede hacer continuando ejecución contra el resto de su patrimonio.

Por otra parte, eso no quiere decir que la dación en pago no sea posible para extinguir un crédito hipotecario. En España, como comenta MÉNDEZ GONZÁLEZ, la dación en pago entre el deudor y su acreedor hipotecario se ha pactado en varias ocasiones, cuando ante un posible incumplimiento e impago de la deuda, el acreedor acepta el inmueble garantizado como pago, para evitar la necesidad de hacer provisiones que afectarían negativamente a sus cuentas de resultados. Al publicarse una nueva Circular del Banco de España, obligando también a los bancos a provisionar por cada año que la finca aceptada en pago permanezca en su cartera, se ha abandonado esta práctica y han aumentado las ejecuciones hipotecarias (11). Es decir, la dación en pago, perfectamente admisible, no ha sido un instrumento muy utilizado en la práctica porque al acreedor no le interesa.

Por último, en este epígrafe conviene recordar que en España está prohibido el pacto comisorio, tal y como establece el artículo 1859 del Código Civil, que impide que el acreedor pueda apropiarse de las cosas dadas en garantía directamente. En el caso que se analiza, no habría vulneración de esta prohibición ya que, en cualquier caso, el acreedor se quedaría con el bien, consecuencia de una ejecución, y no directamente como afirma el precepto. Es más, la posibilidad de adjudicación del inmueble garantizado al acreedor, no solo no está prohibida sino prevista en la LEC, como consecuencia normal al declararse desierta una subasta.

En resumen, no hay pago o cumplimiento, pues el acreedor no ha quedado satisfecho y no se ha extinguido la deuda, no hay dación en pago propiamente dicha, pues falta el acuerdo de voluntades que la origina y su finalidad solutoria. En definitiva, la deuda sigue vigente, no se ha pagado, y el acreedor debe seguir intentado su cobro.

V. ARGUMENTOS LEGALES

De todo lo que hemos visto, parece deducirse que el acreedor sí podría seguir ejecución contra el patrimonio del deudor, pues la deuda sigue vigen-

(10) La finalidad solutoria de la dación en pago ha sido puesta de relieve en las SSTs de 22 de marzo de 1994 y RDGRN de 13 de marzo de 2000. Es más, en ellas se insiste en que la dación en pago concertada, una vez vencida la obligación garantizada, es perfectamente posible porque tiene función solutoria y no de garantía.

(11) En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.eleconomista.es>, 16-2-2011.

te, no se ha extinguido, y permanece la responsabilidad personal universal de todo deudor.

Pero además, es la propia Ley la que contempla esta solución, y no una mera y lógica interpretación de la función de garantía y del principio de accesoriedad, tal y como hemos planteado.

Varios son los preceptos legales que indican que la solución propuesta en el Auto no es conforme a derecho, pues fundamentan jurídicamente la pretensión del acreedor de continuar la ejecución, debido a que la obligación garantizada con hipoteca no se ha extinguido por la mera adjudicación del inmueble, cuando su valor no alcance a cubrir la totalidad de la deuda:

1. El primero de los preceptos legales es el artículo 105 LH, que ya hemos analizado, y que dice claramente que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del artículo 1911 del CC. Como ya hemos dicho, esto significa que el acreedor, aunque tenga su crédito garantizado con hipoteca (responsabilidad real), sigue teniendo a su favor la responsabilidad personal del deudor, y por tanto, puede dirigirse contra su patrimonio para intentar perseguir el pago. No nos detenemos más en su análisis y nos remitimos a lo explicado *supra*.

2. Pero, por si el artículo 105 LH no fuera suficientemente claro y alguien quisiera interpretarlo en un sentido distinto, la LEC, al regular el procedimiento ejecutivo, en el artículo 579 LEC sobre la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados, declara que: «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 embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Es decir, la propia Ley afirma, sin ambages de ningún tipo que, si el valor del inmueble subastado no llegara a cubrir el importe de la deuda, el acreedor podrá seguir la ejecución por la cantidad pendiente de pago, y solicitar embargo sobre la misma. O sea, el acreedor sigue teniendo la acción personal contra el resto de los bienes del deudor, porque éste sigue respondiendo, además, personalmente, ya que la deuda no se extinguió.

Se puede decir más alto pero no más claro. El Auto que examinamos olvida e ignora un precepto legal clarísimo, sobre el que no cabe interpretación, y por eso entendemos que la resolución examinada supone una clara infracción de Derecho. No es un tema de interpretación de la norma, sino de aplicación exacta de sus dictados; cosa que no ha hecho el Juzgador, basando su decisión en argumentos de tipo moral y no jurídicos, pues la Ley, como acabamos de exponer, dice claramente lo contrario.

3. Por otra parte, y como argumento legal a nuestro favor, queremos mencionar el artículo 692 LEC, relativo al pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante, obtenido tras el remate en la subasta hipotecaria.

Este artículo dice lo siguiente: «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devenidos y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada

uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra».

Es decir, si el precio de remate fuera superior a la deuda garantizada, después de pagar al ejecutante su deuda y a los acreedores posteriores, si sigue sobrando dinero, ese sobrante se lo quedará el propietario de la finca si fuera distinto del deudor, o se aplicará a pagar la deuda pendiente con el ejecutante, por los excesos de la cobertura hipotecaria, si fuera el propietario de la finca. De estos dos últimos casos extraemos las siguientes ideas:

- a) Si el deudor es además el propietario de la finca y hay sobrante, éste hay que aplicarlo al pago de la deuda pendiente con el ejecutante. La deuda sigue existiendo, luego, queda claro, que la ejecución hipotecaria, no pone fin a la deuda, sino solo a la hipoteca, por lo que podemos seguir afirmando, que tampoco la adjudicación consecuente de la subasta pondría fin a la deuda. Y en consecuencia, el acreedor debería seguir intentado cobrar, lo que le falta de lo no cubierto por la cobertura hipotecaria.
- b) Si el deudor es distinto del propietario de la finca ejecutada, el sobrante se lo quedará el propietario. Es lógico, porque el exceso de valor que adquirió la finca, debe corresponder a quien ha perdido su propiedad en subasta, en una venta judicial. No se nos ocurre pensar que el sobrante debería quedárselo el acreedor hipotecario, si ya ha cobrado su deuda, porque en ningún caso tiene derecho sobre el valor del inmueble más que por el importe de su crédito. Es decir, si no podría quedarse el sobrante, en su caso, tampoco podemos considerar que deba dar por satisfecho su crédito por el menor valor de la finca, cuando no alcanza a cubrir el importe del crédito.

Es cierto que este argumento es más retórico y de interpretación que estrictamente jurídico, pero sirve para poner de manifiesto la injusta situación que supondría para el acreedor que le obligáramos a dar por pagado su crédito por un importe menor del debido, y que no tuviera derecho a obtener más, cuando el valor de ese mismo inmueble hipotecado fuera mayor.

Si el valor de la finca debe servir para el pago del crédito, esto será, sea cual fuere su importe; como dice el Auto, si es menor, pero también si fuera mayor el precio pagado por el mismo. Y esto es así porque el valor de la finca hipotecada no equivale, en ningún caso, a la propia deuda; ni cuando es mayor, ni cuando es menor a aquélla.

Como ya hemos dicho, la Ley no puede ser más clara. El acreedor puede seguir adelante con la ejecución, pues la deuda no se ha satisfecho, ni se ha

extinguido; no solo nada impide dirigirse personalmente al deudor por el resto, si no que es la Ley quien lo ordena.

VI. CUESTIONES ECONÓMICAS Y DE LA PRÁCTICA BANCARIA

Hemos visto distintos argumentos de carácter legal y doctrinal que vertebran nuestro sistema civil e hipotecario por los que se puede rechazar que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario en el procedimiento ejecutivo, impida al acreedor continuar con la ejecución cuando el valor de la finca en ese momento, no alcance a cubrir la deuda total, pues siempre queda la responsabilidad personal del deudor.

Solo si se hubiera pactado expresamente, se podría limitar la responsabilidad al bien hipotecado, pero, de momento y con la legislación vigente y por tanto aplicable, la solución que propone el Auto es, a todas luces, un despropósito, hay que aplicar la ley, que está para cumplirse.

Es cierto que un cambio de legislación, en el sentido de que se pudiera saldar la deuda hipotecaria con la sola adjudicación del inmueble al acreedor, daría solución a este problema que, por otra parte, parece común entre gran parte de la población en estos momentos de crisis económica. Esta medida aliviaría, en cierto modo, al deudor, la pérdida de la vivienda a manos del acreedor hipotecario, viendo, a cambio, saldada la deuda en su totalidad. Pero, para ello habría que cambiar los preceptos legales ya mencionados, que ofrecen una alternativa diferente, y sobre todo implicaría una disminución de la función de garantía de la hipoteca.

Si la reforma se lleva a cabo, se aplicará, y será una posibilidad entonces posible y legal, pero, desde aquí no la consideramos ni necesaria —pues no puede olvidarse que ya existe el pacto de limitación de la responsabilidad hipotecaria—, ni conveniente, pues razones de práctica económica y bancaria desaconsejan tal posibilidad.

Al darse por pagado el acreedor con el bien, asume el riesgo evidente, hoy en día debido a la crisis, de que ese bien pueda valer menos que la deuda. Ese mayor riesgo debe compensarse de alguna forma:

- El acreedor daría préstamos más caros, con un tipo de interés más alto. Por lo menos, pendiente la obligación, asegura un mayor rendimiento que pueda paliar la pérdida de valor del bien.
- Los préstamos estarían garantizados con menor cobertura hipotecaria. Si ahora se conceden créditos por el importe del 80 por 100 del valor de tasación del bien asegurado, entonces los bancos se verían «obligados» a ofrecer créditos solo hasta el 50 por 100 del valor del bien. Por lo tanto, los particulares dispondrían de menos financiación y, en consecuencia, tendrían más dificultades para acceder a una vivienda.
- Se llegaría a un recorte de los plazos de amortización, lo que supone una mayor presión para el deudor que no puede aplazar el pago de su deuda.
- El acreedor pediría más garantías personales o reales complementarias.

Por otra parte, el deudor, que sabe que «abandonando su vivienda» en manos del acreedor, extingue su deuda, dejaría inmediatamente de pagarla en cuanto viera que aquella ya vale menos que la deuda. Se incurriría en insolvencia estratégica, con efectos altamente negativos para el sistema.

Todo esto conduciría a la solicitud y, por tanto, concesión de menos créditos, menos hipotecas, menores ventas inmobiliarias y, en consecuencia, detrimento del crédito territorial que puede desembocar en una mayor crisis inmobiliaria que afecte a la economía global. Amén de que aumentaría el riesgo para los depósitos bancarios y, por tanto, para los ahorros de los particulares.

Es decir, la solución que propugna este Auto, aunque en principio pudiera parecer de equidad y protección al deudor en momentos de crisis, traería como consecuencia, justo lo contrario: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

VII. CONCLUSIONES

No compartimos la decisión del Auto 112/2009 de la Audiencia Provincial de Navarra, que afirma que adjudicada la finca hipotecada al acreedor ejecutante, consecuencia del procedimiento ejecutivo seguido contra el bien hipotecado, debe considerarse extinguida la deuda por dicha adjudicación aunque el importe de la finca sea inferior al de la deuda, y se le impide al acreedor continuar la ejecución. Y ello por las siguientes razones:

1. La hipoteca es un derecho real de garantía, lo que supone que asegure el cumplimiento de una obligación mediante la afección de un bien concreto. Esto supone un plus de garantía para el acreedor que ve ampliada y reforzada la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil.
2. Esa función de garantía es la que une la obligación y la hipoteca en una relación de accesoriedad funcional, por lo que no puede nunca olvidarse que la hipoteca nace para asegurar, garantizar y mejorar las posibilidades de cobro del acreedor.
3. Por eso mismo, cuando una obligación está garantizada con hipoteca, el acreedor puede elegir, ante el incumplimiento de la obligación, en dirigirse contra el patrimonio del deudor —acción personal—, o contra el bien hipotecado —acción real—, siendo ambas compatibles y no alternativas, por lo que si no alcanzara a cobrar su deuda por la vía real, nada impediría continuar la ejecución por vía personal.
4. Esto lo afirma claramente el artículo 579 LEC y se deduce del artículo 105 LH, cuando manifiesta que la hipoteca no altera la responsabilidad personal. La Ley contempla este supuesto y lo permite con meridiana claridad.
5. Por lo tanto, no puede admitirse, con base en estos preceptos legales y en los principios que inspiran el derecho real de hipoteca, que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida al acreedor ejecutante seguir adelante con la ejecución, cuando el valor de la misma no alcanza a cubrir el importe de la deuda, tal y como afirma el Auto que se critica.
6. Esa adjudicación no encuentra su base o justificación legal en una dación en pago. La dación en pago es un negocio jurídico *pro soluto*, pactado entre acreedor y deudor para extinguir la obligación mediante la realización por el deudor de una prestación distinta de la debida; mientras que en el caso que se analiza, la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor hipotecante, ni extingue la deuda, como ya hemos dicho, ni es voluntaria para el acreedor.

7. Solo con un cambio legislativo (de la LEC, LH y CC) podríamos admitir la solución propuesta en el Auto que se examina, sin embargo, creemos que éste tampoco sería aconsejable, porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor. En consecuencia, para paliar esos efectos negativos y asumir ese riesgo, concedería créditos hipotecarios más caros (con un mayor tipo de interés), con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto. Además se correría el riesgo de que el deudor incurriera en insolvencia estratégica cuando el inmueble valiera menos que su deuda, y todo ello llevaría a una disminución del crédito territorial y a un empeoramiento de la situación financiera.
8. Precisamente, se conseguiría aumentar y empeorar la crisis que el Magistrado Ponente del Auto, considera la «culpable» de la disminución del valor de la finca, y en cuya virtud resuelve a favor del «pobre deudor». Es decir, los vanos argumentos morales que alude el Auto para justificar su decisión, que son el origen del problema, se verían aumentados con la solución que propugna, en vez de mejorarla. La solución que ofrece este auto traería como consecuencia, justo lo contrario que parece que quiere evitar, disminuir a favor del deudor: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J.: *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, págs. 83-115.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: *La cancelación negocial del crédito hipotecario*, CER, Madrid, 2000.
- «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- LACAL, P.: «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.: «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.eleconomista.es>, 16-2-2011.
- MOXÓ RUANO, A.: «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68.
- PRETEL SERRANO, J. J.: «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.
- REY PORTOLÉS, J. M.: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Auto 111/2010, de 17 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Navarra.

Sentencias del Tribunal Supremo: SSTs de 26 de marzo de 1999, 3 de julio de 1997, 6 de octubre de 1995, 22 de marzo de 1994, 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989, 13 de julio de 1984, 30 de enero de 1984, 22 de noviembre de 1963, 8 de noviembre de 1960, 19 de mayo de 1958, y 23 de abril de 1957.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: RRDGRN de 13 de marzo de 2000, 2 de diciembre de 1999, 3 de abril de 1998, 22 de junio de 1995, 17 de agosto de 1993, 3 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1988, 23 de diciembre de 1987, 26 de mayo de 1986, 4 de julio de 1984, 23 de mayo de 1964, 2 de noviembre de 1959, 30 de junio de 1933 y 30 de octubre de 1889.

RESUMEN

HIPOTECA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Se analiza en este trabajo el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, que sostiene que, adjudicada al acreedor hipotecario la finca hipotecada, como consecuencia de la correspondiente ejecución, el acreedor hipotecario ejecutante no puede dirigirse contra el patrimonio del deudor hipotecante para intentar cobrar el resto de la deuda pendiente que no ha alcanzado a cubrir el valor obtenido en la venta de dicho inmueble. Es decir, se afirma, contraviniendo lo dispuesto en el CC, la LH y la LEC, que el valor de la finca ejecutada, sea cual fuere la cuantía del crédito garantizado, extingue la obligación principal aunque no alcance a

ABSTRACT

MORTGAGE MORTGAGE LIABILITY

This paper looks at the decree of the Provincial Appellate Court of Navarra holding that, when a mortgaged property has been awarded to the lender as a consequence of the appropriate foreclosure, the foreclosing lender cannot take action against the borrower's assets to try and collect the remainder of the outstanding debt not covered by the sum fetched by selling the said property. In other words, the court contradicts the Civil Code, the Mortgage Act and the Code of Civil Procedure and affirms that the value of the property seized in foreclosure, regardless of the sum for which it was collateral, clears the primary obligation even if it fails to

cubrirla. Por lo tanto, eso supone una limitación de la responsabilidad del deudor a la responsabilidad hipotecaria, o real, olvidando la responsabilidad patrimonial de todo deudor (art. 1911 CC), que subyace en cualquier crédito hipotecario. Se critica esta resolución, dando argumentos jurídicos para discrepar de ella.

cover the primary obligation. Therefore, that places a limit on the borrower's liability for the mortgage or real liability. This stance neglects the personal liability of all borrowers (1911 Civil Code), which underlies any mortgage loan. The decision is criticized, and legal arguments for disagreement are given.

1.4. Sucesiones

LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO HECHA POR EL TESTADOR MEDIANTE LEGADO: CLAÚSULAS TESTAMENTARIAS Y LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN DE UNA DEUDA

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. LA MANDA O LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: 1. ANTECEDENTES INTRODUCTORIOS: LAS MANDAS O LEGADOS DE LIBERACIÓN DE DEUDAS DEL LEGATARIO Y EL CÓDIGO CIVIL. 2. NOCIÓN, CLASES Y OBJETO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA DEL LEGATARIO: ATRIBUCIONES SUCESORIAS A TÍTULO SINGULAR Y TRANSMISIÓN ACTIVA Y PASIVA DE CRÉDITOS. 3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: EL ARTÍCULO 870 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA APLICABILIDAD DE LA CONDONACIÓN, REMISIÓN O QUITA.—II. OTRAS CUESTIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ACTIVO Y PASIVO DEL CAUSANTE EN TESTAMENTO.—III. CLAÚSULAS TESTAMENTARIAS DE LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN: 1. MENCIÓN TESTAMENTARIA DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: LA CLAÚSULA CONTROVERTIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE ABRIL DE 1998. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE ENERO DE 2010, Y EL PAGO DE LA LEGÍTIMA MEDIANTE LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA MANDA O LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

1. ANTECEDENTES INTRODUCTORIOS: LAS MANDAS O LEGADOS DE LIBERACIÓN DE DEUDAS DEL LEGATARIO Y EL CÓDIGO CIVIL

La doctrina más reconocida previa al Código Civil subdividía las mandas, entre otras tipologías, en legados de liberación, crédito y deuda, señalando que el primero de ellos tiene lugar: «no tan solo cuando el testador perdona espresamente á su deudor la cantidad que le debia, sino tambien cuando le lega las

escrituras justificativas del crédito, porque entonces se reputa que es una condonación tácita» (1).

En este sentido, con idéntico fundamento en las Partidas (2), el reconocido manual de práctica forense *Febrero Novísimo*, enumeraba cuatro fórmulas posibles para materializar este legado de perdón de deuda:

- a) Expresamente;
- b) diciendo el testador «dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe»;
- c) diciendo el testador «mando ó gravo á mi heredero á que no pueda pedir á Pedro lo que me debe» y, por último,
- d) legando el testador al deudor «el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad» (3).

En su momento, la codificación común recogería sus más inmediatos antecedentes en el sentido ordenado por la Base decimoquinta del Código Civil: «El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación, reunida en pleno con asistencia de los señores vocales correspondientes y de los señores senadores y diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, a la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional o a término, los albaceas y la revocación o ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda a asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades».

Llegado el momento de la regulación de los legados, serían recogidos en los artículos 858 a 891 del Código Civil, integrados en el Libro III, Título III «De las sucesiones», Capítulo II «De la herencia», Sección décima «De las mandas y legados». Como es sabido, dicha regulación no está exenta de imprecisiones, por lo que arroja un buen número de interrogantes en su aplicación práctica, tal y como ha señalado la mejor doctrina (4).

(1) GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo segundo, Madrid, 1865, 7.ª ed., pág. 52.

(2) Ley 26, Título 9, pág. 6.

(3) TAPIA, *Febrero novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, tomo primero, Valencia, 1828, págs. 503 y 504.

(4) Vid., LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992); FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Pamplona, 2009, 3.ª ed., pág. 1057 y sigs.; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 5, Barcelona, 1999; ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, I, 2, Madrid, 1998, 2.ª ed.; vid., también, FERNÁNDEZ PACHECO, «Los legados de crédito y de liberación de deuda», en *RDP*, 1979, pág. 1 y sigs.; GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.

2. NOCIÓN, CLASES Y OBJETO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA DEL LEGATARIO:
ATRIBUCIONES SUCESORIAS A TÍTULO SINGULAR Y TRANSMISIÓN ACTIVA Y PASIVA DE
CRÉDITOS

De los antecedentes históricos de la figura, así como de la propia regulación prevista en el Código Civil, se construye su concepto.

En el legado de perdón de una deuda del legatario, el testador está autorizado a que, en el ejercicio de sus amplios poderes de disposición, libere al sujeto pasivo del derecho de crédito del que es titular, renunciando a su pago. De modo tal que el acreedor y testador, en el momento de redactar la cláusula testamentaria, libera al legatario beneficiario de la deuda que contra él ostentaba. En buena lógica, la consecuencia directa es la renuncia a la exigibilidad del importe de la obligación adeudada. Llegado el caso de que el legado en cuestión no haya sido revocado y sea eficaz la manifestación testamentaria, el heredero gravado habrá de librar carta de pago, si el beneficiario así lo exige.

Con esta noción preliminar, nos detendremos en alguno de los aspectos más relevantes de los denominados «legados de crédito y de deuda», a la luz de los estudios y literatura jurídica dictada sobre el particular.

La mejor doctrina no tiene inconveniente en destacar la escasa utilidad que evidencia la praxis, cuestión que pugna con el relativo desarrollo normativo previsto por el Código Civil. En este sentido se contempla «con cierto detalle, las atribuciones sucesorias a título singular que tienen por objeto la transmisión de créditos que el causante tuviera contra terceros o el perdón de las deudas exigibles por el testador. No obstante, pese al detalle del Código, conviene advertir que tales legados son muy poco frecuentes» (5).

Y así desde la doble faz de las relaciones obligatorias, tres son los legados posibles:

- a) Legado de crédito.
- b) Legado de liberación o perdón de deuda.
- c) Legado hecho en beneficio del acreedor o legado de deuda (art. 873.1).

Por su parte, el legado de liberación que participa, en gran medida, de las notas características del legado de crédito tiene, según SERRANO, tres variedades:

- a) Legado específico o legado de deuda determinada.
- b) Legado genérico o liberación de la totalidad de las obligaciones del legatario contra el testador, en el momento de otorgar testamento.
- c) Legado de cosa empeñada.

En definitiva, variado es el objeto del legado de liberación que puede consistir en que:

- a) El testador puede liberar a su deudor tanto de una obligación de dar como de una obligación de hacer. Puede liberarle total o parcialmente. Puede ser una liberación absoluta, de manera que la deuda se perdona para siempre, o puede ser relativa, concediendo, por ejemplo, al deudor un plazo de diez años, a contar desde el día de su muerte para que pague su deuda» (6).

(5) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., pág. 146; vid., también la bibliografía allí citada.

(6) SERRANO GARCÍA, «Legado de crédito y legado de liberación», en *RCDI*, 1975, pág. 640.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: EL ARTÍCULO 870 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA APLICABILIDAD DE LA CONDONACIÓN, REMISIÓN O QUITA

Por tanto, el artículo 870 del Código Civil recoge dos tipos diferentes de legados, en el entendido de que en sendos casos el objeto de la transmisión hereditaria recae sobre un derecho de crédito, desde su perspectiva activa o pasiva.

Dice el tenor literal de los preceptos reguladores: «Artículo 870. El legado de un crédito contra tercero, o el de perdón o liberación de una deuda del legatario, solo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor. En el segundo caso, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere. En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito o la deuda se debieren al morir el testador. Artículo 871. Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior, si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento. Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada solo se entiende remitido el derecho de prenda. Artículo 872. El legado genérico de liberación o perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores» (7).

En cuanto a su régimen jurídico, en particular y en cuanto a la liberación de la parte pasiva de una relación obligatoria, téngase en cuenta lo transcrito del artículo 870 del Código, ya que en los legados de liberación «se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador», no proporciona una definición de este sistema de transmisión *mortis causa* y, escuetamente, elige el de la remisión a otro conjunto de normas.

Así que, el régimen jurídico que complementará las previsiones de carácter imperativo del legado de liberación será el previsto en el Libro IV. *De las obligaciones y contratos*, Título I. *De las obligaciones*, Capítulo IV. *De la extinción de las obligaciones*; Sección 3.^a *De la condonación de deuda* (8).

(7) Vid., ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo y Díaz Alabart (Dirs.), Madrid, 1998, 2.^a ed., y OSSORIO SERRANO, «Comentario al artículo 870 del Código Civil», Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo y Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2126 y sigs.

(8) Artículo 1187. La condonación podrá hacerse expresa o tácitamente. Una y otra estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación. Artículo 1188. La entrega del documento privado, justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Si para invalidar esta renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda. Artículo 1189. Siempre que el documento privado, de donde resulte la deuda, se hallare en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, a no ser que se pruebe lo contrario. Artículo 1190. La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera. Artículo 1191. Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor (para su comentario, vid., TORRES LANA, en RAMS ALBESA, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 265 y sigs. También FLORENSA I TOMÀS, *La condonación*

Con todo, en el ejercicio de sus amplios poderes de disposición, el testador puede liberar al sujeto pasivo del derecho de crédito del que es titular, renunciando a su pago. De modo tal que el acreedor, en el momento de redactar la cláusula testamentaria, libera al legatario beneficiario de la deuda que contra él ostentaba.

El protagonismo de la voluntad del testador, siendo como es determinante del régimen jurídico de los legados, no empece a que, a su vez, haya de ser tenido en cuenta subsidiaria o complementariamente de la disposición *mortis causa*, lo legalmente previsto para la condonación como forma de extinción de las relaciones obligatorias (9).

En este sentido, recuerda LASARTE ÁLVAREZ, en sede de condonación o remisión de deuda, la relativa frecuencia de la liberación de una deuda por parte del testador, toda vez que: «la proximidad de la muerte (o el mero hecho de pensar en ella) ablanda los corazones de los acreedores más exigentes», para inmediatamente después advertir que pese a la tradición histórica y algunos datos normativos, se puede afirmar que «con carácter general, condonar equivale a perdonar una deuda o renunciar a exigirla, ya se haga: *mortis causa*: caso en el cual se habla de legado de perdón, o *inter vivos*: condonación o remisión, propiamente dicha» (10).

II. OTRAS CUESTIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ACTIVO Y PASIVO DEL CAUSANTE EN TESTAMENTO

De modo que desde esta perspectiva y entre los legados posibles, dadas sus particulares características, interesan tres en singular:

- a) *El legado de crédito*, en que el legatario recibe un derecho de crédito de que el causante era titular frente a un tercero (11);
- b) *el legado de perdón o liberación* recogido también en el artículo 870 del Código Civil, en que el testador condona un crédito en que el legatario aparecía como deudor (12) y, por último,

de la deuda en el Código Civil (Estructura y objeto del negocio remisivo), Madrid, 1996, y FUENTESECA, *La condonación de deuda*, Madrid, 2003.

(9) Téngase en cuenta la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009), donde se propone el regreso a la clásica nomenclatura de la «remisión» como forma extintiva, en los siguientes términos: «Artículo 1231. El acreedor puede remitir, total o parcialmente, la deuda siempre que el deudor lo consienta. A la remisión realizada con ánimo de liberalidad le serán aplicables las reglas de las donaciones. La renuncia unilateral del crédito, notificada al deudor, es extintiva si no se opone a ella en un tiempo prudencial. Artículo 1232. La remisión aprovecha a los terceros. Si en virtud de causa imputable al acreedor remitente, la remisión fuere declarada nula, no subsistirán las garantías prestadas por terceros que no hubieran conocido la causa de nulidad al tiempo de realizarse aquélla».

(10) *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2010, 14.^a ed., pág. 174 y sigs. (vid., la bibliografía allí citada); *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., págs. 146 y 147.

(11) Según VON TUHR, en el legado de crédito, el heredero se compromete a ceder la titularidad de un crédito al legatario (vid., *Tratado de las Obligaciones*, II, Madrid, 1999, pág. 289; SERRANO GARCÍA, *Legado de crédito y legado de liberación*, cit., pág. 625).

(12) Vid., OSSORIO SERRANO, «El legado de deuda», en *ADC*, 1985, pág. 941.

- c) *el legado en pago de deuda* en que el testador hace a su acreedor un legado, implicando, por parte del testador, un reconocimiento de deuda (13).

El legado de deuda se estudia al lado del crédito, ya que en ambos casos estamos tratando de una sucesión singular, por el modo de llamamiento (14), frente al principio en el ámbito sucesorio es la inexistencia de novación entendida como causa de extinción de las relaciones obligatorias.

Así, sostenía WINDSCHEID: «lo que caracteriza a la sucesión universal *mortis causa*, frente a otros títulos, es la no creación de un nuevo título adquisitivo autónomo (para los derechos) y la ausencia de novación (para las deudas)» (15). El título de heredero tiene como efecto principal la asunción de deudas sin novación, toda vez que «tiene lugar el ingreso o la entrada del título en la relación jurídica y no solo en la titularidad» (16).

Por otra parte, cabe que en el legado de cosa hipotecada, el pago de la deuda garantizada quede a cargo del heredero, tal y como se expresa el artículo 867. Este precepto (17), por tanto, recoge y autoriza el régimen ordinario de responsabilidad del heredero, ya que será éste y no el legatario quien deba resolver la deuda pendiente que recae sobre el bien (18).

(13) Vid., artículos 873 y 767. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., págs. 429 y 430; FUENTESECA, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000, pág. 50.

(14) Así, siguiendo a vid., LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, segunda parte, Bilbao, 1999, pág. 553.

(15) Vid., *Pandekten* (n. 8), I, parágrafo 64. *Apud.* cit., SALVADOR CODERCH, «El título de heredero —discurso de contestación al de investidura de Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona—», en *RDN*, XXXII, CXXVII, 1985, pág. 411.

(16) SALVADOR CODERCH, *El título de heredero*, cit., pág. 413, donde añade además, en la nota 37 la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes* (n. 26), pág. 302, de que incluso en el marco del Derecho Sucesorio esa diferencia opone heredero a legatario: si el testador grava a los legatarios con modalidades, cargas o sublegados o les impone el pago de las deudas hereditarias, «...esa obligación de pago de deudas tiene para los legatarios el sentido de una carga impuesta, pero no les hace sucesores de aquella relación pasiva del causante. Por ello, los herederos no quedan liberados de su responsabilidad solidaria frente a los acreedores» (vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943, sobre la transmisión al heredero del complejo de relaciones jurídicas del causante).

(17) «Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derecho del acreedor para reclamar contra el heredero. Cualquier otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos, las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia».

(18) Téngase en cuenta el artículo 81 del Reglamento Hipotecario y el modo de inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados donde se prevé «la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada; b) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados; c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos; d) Solicitud del legatario cuando

Por tanto aquella liberación de la deuda, otorgada gratuitamente por el acreedor, se aproxima enormemente a la definición que de condonación ofreció CASTÁN, si bien la renuncia es uno de los mecanismos posibles por los que puede operar la condonación (19).

Es el caso en que el testador legue un crédito que le corresponde contra un tercero (20), se estará ante un supuesto de sucesión singular *mortis causa* (la universal se diferencia de la singular en el modo de llamamiento) (21), tratándose además de un legado de cosa incorporal (22).

Según este mismo autor, cabe el legado de crédito propio y el de crédito no propio del testado a tenor del artículo 861 y siguientes, entendiéndose comprendidos, en todo caso, los derechos accesorios (23). En el supuesto de que el crédito pertenezca a un extraño, el gravado estará obligado a adquirirlo y entregarlo al legatario o bien subsidiariamente su justa estimación.

Hay que reparar en que el legatario no es acreedor del tercero al morir el testador ya que, como los herederos resultan *ex lege* los transmitentes de los derechos y obligaciones del causante que no se extingan por su muerte (24), a aquéllos les competirá ceder las acciones al legatario que pudieran corresponderle contra el deudor (25).

Por su parte, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA entienden al legado de liberación previsto entre los artículos 870 a 872 del Código Civil, como mecanismo *mortis causa* capaz de producir la condonación del derecho de crédito por renuncia del titular (26). Es decir, que el legado es uno de los mecanismos por los que puede operar la condonación (27). En caso de que el acto fuese *inter vivos*, la condonación podría haberse producido por simple renuncia (28)

toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiese facultado al albacea para la entrega. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por todos los legatarios».

(19) En este extremo, vid., LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Parte general, delito y cuasidelito*, I, Barcelona, pág. 435. En realidad, parece que dependerá exclusivamente de la concurrencia de *animus donandi* (por cierto, revocable) o *animus novandi* (irrevocable).

(20) Vid., PÉREZ PASCUAL, «La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos», en *RDP*, LXXIII, 1989, pág. 462.

(21) Vid., LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, cit., pág. 18.

(22) «El derecho de crédito como bien incorporal» (vid., LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, vol. II, segunda parte, cit., pág. 548).

(23) Vid., artículo 1528: «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio», y artículo 883: «la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador» del Código Civil.

(24) Artículo 661: «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

(25) Artículo 870, párrafo segundo, «en el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor» (vid., LLEDÓ, *op. cit.*, pág. 548).

(26) *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, I, cit., pág. 305.

(27) En el mismo sentido, mi maestro el profesor LASARTE ÁLVAREZ (vid., *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., pág. 200).

(28) Dicen LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, «en el caso de que la condonación se haga a cambio de otra prestación, o sea medio para superar ciertas diferencias con el

(acto unilateral) o bien por acuerdo del sujeto activo con el sujeto pasivo (acto bilateral), adoptando en este último caso forma de donación.

III. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS DE LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN

1. MENCIÓN TESTAMENTARIA DEL LEGADO DE LIBERACIÓN: LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE ABRIL DE 1998

Como ha señalado la doctrina, las formas de evacuar este legado son muy variadas, admitiéndose en general la mención en que el testador diga:

- a) Lego a mi deudor lo que me debe.
- b) Legado a mi deudor el título en que se contiene el crédito.
- c) Ordeno a mi heredero que no reclame lo que mi deudor me debe.
- d) Digo que mi deudor ya me ha pagado la deuda que tenía conmigo (29).

Como ya se ha anunciado, las controversias judiciales en la materia son realmente escasas. En particular y no siendo el objeto principal de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1998 dictada, siendo ponente MORALES MORALES, se trae a colación por su referencia incidental en materia de liberación de remisión de deuda.

Dice así: «En lo atinente a la segunda donación que los recurrentes dicen que la causante hizo a su hijo el demandante, al condonarle, en su testamento de 27 de marzo de 1972, la deuda que con ella tenía contraída, al llevar dos años sin abonarle la renta o pensión mensual de dos mil pesetas, el expresado motivo también ha de fenecer, ya que, de ser cierta dicha deuda, ello no integraría en ningún caso una donación recibida por el supuesto donatario del presunto donante, en vida de éste (requisito este último —en vida del causante de la herencia— que es ineludible para que surja la obligación de colacionar, según el art. 1.035 del CC), sino que podría constituir, si acaso, un legado de perdón o liberación de una deuda (art. 870 del CC), pero ello no podría incardinarse en modo alguno en la obligación de colacionar, que es el tema debatido en este litigio (en cuanto al pedimento primero de la demanda) y el único al que se refiere el presente motivo, entendida correctamente la verdadera tesis impugnatoria que el mismo alberga».

De modo que en el supuesto de autos, la testadora lega a su hijo las rentas adeudadas en el momento de redacción del testamento. El ponente no entra siquiera a calificar la mencionada cláusula, ya que los recurrentes equivocan de raíz su naturaleza, al pretender que como donación sea colacionada por el beneficiario, toda vez que para que su importe fuese colacionable tendría que haberse recibido en vida y no por razón de la muerte del testador.

deudor, que también renuncia a algo o promete otra cosa, o que quizá da algo o hace prestación diferente a la prometida, estaremos ante otra figura jurídica distinta de la condonación (compensación, novación, transacción, dación en pago); de carácter oneroso, sí, pero que ya no es condonación o perdón de deuda; que extingue la deuda y tiene apariencia de remisión o perdón, pero solo formalmente, pues la aparente condonación es solo medio o instrumento de otro acto distinto» (*Elementos de Derecho Civil*, II, *Parte general*, Barcelona, 1985, pág. 436).

(29) SERRANO GARCÍA, *Legado de crédito y legado de liberación*, cit., pág. 641.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE ENERO DE 2010, Y EL PAGO DE LA LEGÍTIMA MEDIANTE LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010, siendo ponente O'CALLAGHAN, ventila un supuesto de acción de impugnación por ineficacia de dos cláusulas testamentarias.

El testamento controvertido es un testamento abierto que se remonta a 5 de noviembre de 1991, en el que el testador ordena que se impute a uno de sus hijos a la legítima estricta, la deuda pendiente contraída por ocasión del préstamo que, en su momento, suscribieron el testador y su hijo, para que éste adquiriese una vivienda.

Así, declara la resolución que en el testamento: «reconoce el testador a su hijo Carlos José, demandante en la instancia, la legítima estricta, no más “por razón de la falta de cariño y afecto y de la desatención que ha mostrado a sus padres desde que contrajo matrimonio”. E instituye heredero universal a su otro hijo Enrique, demandado en la instancia y recurrente en casación, además de haber sido demandados los albaceas. La acción ... pretende la nulidad o ineficacia de la cláusula cuarta, cuyo tenor literal es: “4.ª Ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo Carlos José la deuda que éste tiene contraída con el testador, al que debe restituir las cantidades que en diversas ocasiones recibió de él como préstamo para pagar el precio de la compra del piso en la calle Duque de Sesto en el que actualmente tiene su piso. Las cantidades entregadas por el testador a su hijo Carlos José ascendieron en total a tres millones ochocientas mil pesetas, y de ellas su hijo le ha devuelto un millón, por lo que la deuda asciende en la actualidad a dos millones ochocientas mil pesetas. La legítima de Carlos José se pagará mediante compensación de su deuda con el testador por el importe de ésta al abrirse la sucesión y para reducir el actual importe dicho su hijo Carlos José deberá acreditar de manera plena e indubitada a satisfacción de los albaceas cualquier pago que como restitución de dicho préstamo realice a partir de hoy”».

Sigue: «en la recién transcrita cláusula cuarta se hace la atribución de la legítima estricta a su legitimario, su hijo Carlos José, mediante el título (art. 815 del CC) de legado de liberación (que contempla el art. 870 del CC). A su vez, la cláusula 6.ª dice así: “El testador dispone que no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión la donación que efectuó a su hijo Enrique del piso-letra en el edificio número-moderno de la calle de Madrid, mediante escritura otorgada ante el notario de Madrid don José Luis García Valcárcel el día 28 de noviembre de 1985, puesto que al realizarla cumplía la voluntad de su padre, don Aureliano, abuelo del hijo del testador y donatario que así lo había manifestado en vida, encargando al efecto al testador el cumplimiento de su voluntad si llegare a fallecer sin haber manifestado en forma su voluntad como así sucedió. Por tanto es su voluntad y así lo ordena que la donación que él hizo a su hijo del referido piso de Madrid, valga como hecha por su señor padre y en consecuencia se estime que dicho piso no ha sido nunca de la propiedad del testador y no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión”».

Por su parte, «la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 8.ª, de Madrid, de 22 de julio de 2005, revocando la de primera instancia que había desestimado la demanda, declaró, primero, que el demandante no era deudor del testador y, segundo, que la donación debe computarse en el tercio de libre disposición».

Dice su Fundamento segundo que: «Los codemandados, el heredero don Enrique, hermano del demandante y uno de los albaceas, don Indalecio, han interpuesto los presentes recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia anterior. Examinando, en primer lugar, el primero de ellos, y el motivo primero del mismo, formulado al amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218.1 de la misma ley y, en su proyección constitucional, del artículo 120 de la Constitución Española. El motivo debe acogerse, ya que la incongruencia es clara en su aspecto de incongruencia *extra petita*, entendida, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2005, de 18 de julio, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Conceptos reiterados por esta Sala en sentencias de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006 y 17 de noviembre de 2006».

Por tanto, en el caso de autos, la acción va dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias y toda vez que la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que «resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de una donación (en la que, además, yerra porque el que fue donatario es ahora heredero universal), extremos que no fueron objeto de la *litis*. Por tanto, se ha infringido el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, asimismo, el artículo 120.1 de la Constitución Española y el motivo, como se ha apuntado, se estima».

Por último, el tercer fundamento de la sentencia concluye declarando lo siguiente: «al estimar este primer motivo del recurso por infracción procesal, la Disposición Final decimosexta, 1, regla 7.ª, dispone que esta Sala asuma la instancia y dicte nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Carece de interés el examen de los restantes motivos del recurso por infracción procesal y no debemos entrar en los motivos del de casación por mor de la norma citada; se tomarán en cuenta, en su caso. Entrando, pues, en el análisis de las acciones ejercitadas, la primera de ellas, relativa a la cláusula cuarta, ésta no es inválida ni ineficaz: no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código Civil, como dice su artículo 743. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, que se hace mediante el legado de liberación, como antes se ha apuntado y se ha observado el artículo 815. Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el artículo 870, al establecer que tal legado solo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso y, por ello, al resolverlo la sentencia de instancia, se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos: la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, como dicen las sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1991 o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la *litis*. Por ello, la demanda se desestima en este primer extremo».

En cuanto al «segundo punto, objeto del proceso, es la acción de nulidad de la cláusula sexta en cuanto ordena el testador que “no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión...” la donación de un inmueble que le había hecho anteriormente a su hijo heredero universal. Este extremo debe

ser estimado, no ya en la forma incongruente que ha hecho la sentencia de instancia, sino como contravención a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los artículos 818 y 813 del Código Civil. La donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que en el presente caso, el demandante percibirá la mitad de este tercio, es decir, una sexta parte, ya que la legítima estricta, como la larga, se divide entre los legitimarios. Es el cómputo de la legítima, como fijación cuantitativa de ésta y al que se refieren, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 17 de marzo de 1989, 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992, 15 de febrero de 2001 y 28 de septiembre de 2005. La previsión que pretende imponer el causante no es de dispensa de colación, sino de exclusión total del cómputo de la herencia; no cabe otra interpretación: incluso llega a decir que “valga como hecha por su señor padre” y, por si cupiera alguna duda, añade: “no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión”. Incluso si se considerara —lo que no cabe— que es dispensa de colación, hay que recordar que todas las donaciones, colacionables o no, deberán incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto de cálculo de la legítima, como han aclarado las sentencias de 21 de abril de 1990, 28 de mayo de 2004 y 14 de diciembre de 2005. No hay duda, pues, que en el cómputo de la legítima se ha de añadir el valor de las donaciones hechas por el causante: sentencias de 28 de mayo de 2004, 28 de septiembre de 2005, 14 de diciembre de 2005 y la de 24 de enero de 2008, que expresamente dice que: “el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil”. En su consecuencia, se debe declarar la ineficacia de la cláusula sexta por la razón esencial de la falta del poder de disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan, y en este único sentido se debe estimar la demanda».

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El legado de liberación es una de las posibilidades técnicas que se abren al testador en el ejercicio de sus amplios poderes de disposición. De modo que el testador puede liberar al sujeto pasivo del derecho de crédito del que es titular, renunciando a su pago. Por tanto, el acreedor y testador, en el momento de redactar la cláusula testamentaria, libera al legatario beneficiario de la deuda que contra él ostentaba.

Con todo, estos amplios poderes del testador no autorizan a la desnaturalización del instituto, cuyo régimen jurídico se complementa con el de la donación como forma de extinción de las relaciones obligatorias. Finalmente, y pese al detalle que el Código dispensa a la figura, ha recibido una escasa atención doctrinal que se corresponde con su rara controversia judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Dirs.), Madrid, 1998, 2.^a ed.
- FERNÁNDEZ PACHECO: «Los legados de crédito y de liberación de deuda», en *RDP*, 1979, pág. 1 y sigs.
- GARCÍA CANTERO: «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código Civil», en *RCDI*, 497, 1973, págs. 781 a 810.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: «Comentarios a la Sección 10.^a del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 2009, 3.^a ed., págs. 1030 a 1067.
- GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2010, 14.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- MORENO QUESADA: «El cumplimiento del legado de cosa ajena», en *ADC*, 1961, pág. 615 y sigs.
- O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 5 (*Derecho de Sucesiones*), Barcelona, 1999.
- OSSORIO SERRANO: «Comentario al artículo 870 del Código Civil», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2126 y sigs.
- ROCA SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- SERRANO GARCÍA: «Legado de crédito y legado de liberación», en *RCDI*, 1975, págs. 627 a 642.
- TAPIA: *Febrero novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, tomo primero, Valencia, 1828.

RESUMEN

LEGADO DE COSA DETERMINADA LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN

En el ejercicio de sus amplios poderes de disposición, el testador puede liberar al sujeto pasivo del derecho de crédito del que es titular, renunciando a su pago. De modo tal que el acreedor y testador, en el momento de redactar la cláusula testamentaria, libera al legatario beneficiario de la deuda que contra él ostentaba. Por tanto, conse-

ABSTRACT

SPECIFIC BEQUEST WILL PROVISION RELEASING OR FORGIVING DEBT

In the exercise of the testator's broad powers of disposal, the testator may release a person owing the testator a debt by waiving payment of that debt. This may be done in such a way that the creditor/testator, when drawing up the provision, releases the beneficiary legatee of the debt. Therefore, one direct consequence is the wai-

cuencia directa es la renuncia a la exigibilidad del importe de la obligación adeudada. Caso de que el legado en cuestión no haya sido revocado y sea eficaz la manifestación testamentaria, el heredero gravado habrá de librar carta de pago si el beneficiario así lo exige. En este trabajo se analizarán las cuestiones controvertidas sobre dicho legado y sobre el supuesto en particular de pago de la legítima estricta mediante el legado de liberación previsto en el artículo 870 del Código Civil.

ver of the right to demand the sum owed. When the bequest in question has not been revoked and the will is valid, the encumbered heir will have to give a receipt if the beneficiary requires one. This paper will look at the controversial issues attached to such bequests and the particular case of payment of the reserved portion required by law by means of a bequest releasing the legatee from debt, provided for in article 870 of the Civil Code.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA RENTA VITALICIA Y EL CONTRATO DE ALIMENTOS: SU RÉGIMEN JURÍDICO Y CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RENTA VITALICIA: 1. CONCEPTO Y CARACTERES. 2. CONSTITUCIÓN: A) *Elementos personales*. B) *Elementos reales*. C) *Elementos formales*. 3. EFECTOS DEL CONTRATO: A) *Obligaciones del constituyente de la renta*. B) *Obligaciones del deudor de la renta*. C) *Derechos y garantías del pensionista*.—III. EL CONTRATO DE ALIMENTOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CONCEPTO Y CARACTERES. 3. CONSTITUCIÓN: A) *Elementos personales*. B) *Elementos reales*. 4. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ALIMENTANTE.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos onerosos se clasifican en conmutativos y aleatorios, su diferencia estriba en que en los primeros la cuantía de las prestaciones queda establecida definitivamente por las partes desde el momento de la celebración del contrato, mientras que en los segundos depende del azar, es decir, la cuantía e incluso la existencia de la prestación de cada parte no es cierta y segura, sino que depende de un acontecimiento incierto cuya concurrencia o ausencia determinará, en cada caso, que una de las partes salga beneficiada y otra perjudicada.

En ambos tipos de contratos impera el principio de equivalencia de las prestaciones, pero en los aleatorios esta equivalencia no se encuentra predefinida, sino que por el contrario, las partes asumen el riesgo, como ocurre

en el contrato de seguro o en el de renta vitalicia, o incluso crean el riesgo como en el juego y la apuesta.

En este trabajo vamos a analizar los contratos aleatorios y dentro de ellos la renta vitalicia y el contrato de alimentos. El Código Civil los regula en el Título XII del Libro IV y los define en el artículo 1790: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado».

La doctrina ha criticado esta definición del Código, ya que no resalta con la debida claridad la diferencia entre los contratos aleatorios y los sujetos a condición suspensiva, pero como señala ÁLVAREZ VIGARAY (1), nada prueba que haya pretendido hacerlo, se trata de una definición descriptiva que ha intentado reflejar dos clases de contratos aleatorios: una en que la prestación depende de un acontecimiento incierto, como el seguro en la mayor parte de sus modalidades, el juego y la apuesta; y otra en que depende de un acontecimiento incierto en cuanto al momento en que se realizará, pero cierto en cuanto al hecho de que tendrá lugar como la renta vitalicia y el seguro de vida.

La diferencia entre los contratos aleatorios y los condicionales radica en que en los primeros la incertidumbre afecta a la cuantía o existencia de la prestación de cada una de las partes, mientras que en los condicionales la incertidumbre afecta a la subsistencia misma del contrato.

La naturaleza de los contratos onerosos, en los que el equilibrio de las prestaciones está sujeto a acontecimientos inciertos que influyen en su existencia y entidad produce, de conformidad con la doctrina mayoritaria, la imposibilidad de aplicar, respecto de esta clase de contratos, las acciones de rescisión por lesión, y las relacionadas con la alteración de las circunstancias que dieron lugar al negocio (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe entenderse que la exclusión de estos remedios contractuales está limitada únicamente al riesgo o alea causalizado, al que se refiere cada contrato, pero si la lesión o la alteración imprevisible de las circunstancias que dieron lugar al negocio nada tienen que ver con ese alea o riesgo asumido por las partes, no habrá ningún problema para admitir el empleo de estas acciones.

II. LA RENTA VITALICIA

1. CONCEPTO Y CARACTERES

La regulación que el Código Civil dedica a la renta vitalicia parte de su consideración como contrato aleatorio, en virtud del cual una persona transmite a otra varios bienes a cambio de la obligación de quien lo recibe de satisfacerle una pensión durante toda la vida del pensionista. Es aleatorio este contrato, ya que la ganancia o pérdida de los contratantes depende de un hecho incierto, como es la mayor o menor duración de la vida del pensionista.

Así el artículo 1802 del Código Civil dice: «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

(1) Vid. ÁLVAREZ VIGARAY, «Los contratos aleatorios (doctrina general)», en *ADC*, 1968, pág. 607.

Debemos destacar que el derecho a percibir una pensión vitalicia puede tener su origen en otro negocio jurídico distinto del contrato de renta vitalicia, en una ley o en una resolución judicial, por ello conviene matizar que una cosa es la situación jurídica de renta vitalicia y otra las fuentes constitutivas de la relación jurídica de renta vitalicia, para indicar que a través de todas ellas surge el derecho de una persona a percibir de manera periódica una renta por el tiempo que dure la vida de una o más personas.

La doctrina española se inclina por una definición amplia de la misma. Así BELTRÁN DE HEREDIA (2) define la renta vitalicia como «una relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica consistente en dinero o en especie durante el tiempo de duración de la denominada «vida contemplada». Esta vida que se toma en consideración puede ser la del acreedor, la del deudor, o la de una tercera persona ajena por completo a la relación. Además puede tratarse de una persona singular o de varias personas, en este segundo caso solo la muerte de la última de ellas determinará la extinción de la relación jurídica».

Ya hemos visto que la renta vitalicia puede nacer de varias fuentes constitutivas de la relación jurídica, las cuales se han agrupado en las siguientes categorías: actos convencionales a título oneroso, a título gratuito, disposición legal y resolución judicial. La constitución de la renta vitalicia a título gratuito está regulada en el artículo 1807 del Código Civil: «El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista». La diferencia con la renta vitalicia onerosa consiste en que solo una de las partes obtiene una ganancia, resultando únicamente incierto el valor de la misma, que depende de la duración de la vida contemplada. Cuanto más dure la vida de la persona contemplada como módulo de la relación, mayor será la ganancia que obtenga el donatario, de ahí que la aleatoriedad no tenga el mismo alcance que tiene en el contrato oneroso de renta vitalicia. El artículo 1807 del Código Civil (3) permite al constituyente de una renta sobre sus bienes a título gratuito la posibilidad de disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista, con esto se sustraen las rentas de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, excepción que encuentra su justificación en la facultad que se reconoce a quien hace una liberalidad para determinar las condiciones en que la misma debe realizarse y en que la responsabilidad patrimonial de quien recibe la renta vitalicia (donatario) frente a sus acreedores no resulta alterada por dicho ingreso patrimonial al no requerir ninguna contraprestación por su parte. También se ha señalado que la inembargabilidad a la que se refiere el artículo 1807 del Código Civil es un medio del que se sirve el constituyente de la renta vitalicia para alcanzar el fin subyacente de garantizar la cober-

(2) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La renta vitalicia*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 13.

(3) Señala GOMÁ SALCEDO, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, que «se trata de una obligación gratuita de dar, inexigible por sí misma, pero que al quedar reforzada por una hipoteca de renta, resulta relevante para el Derecho. Sin embargo, y en cualquier caso, es evidente que no forma parte de la regulación propia del contrato de renta vitalicia, que parte de la base, como dice el citado artículo 1802, de que el que paga la pensión no actúa movido por impulsos altruistas, sino porque ha recibido previamente la contraprestación», en *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, págs. 800 y 801.

tura de las condiciones necesarias que permitan al pensionista desarrollar una vida digna, mediante el cobro de un crédito blindado frente a sus acreedores (4). Aunque el artículo 1807 del Código Civil ampara la inembargabilidad de la renta vitalicia gratuita en toda su extensión, debemos matizar que solo en la medida en que queden cubiertas las necesidades mínimas del pensionista, la elusión del embargo estaría constitucionalmente justificada.

En cuanto a sus CARACTERES, el artículo 1802 del Código Civil tipifica que del contrato de renta vitalicia deriva la obligación del deudor de pagar una pensión durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles. La entrega de este capital no es un simple elemento constitutivo del contrato, sino que es la prestación debida a cambio de la obligación de pagar la pensión, existe por lo tanto una equivalencia de prestaciones que nos lleva a calificarlo como contrato *oneroso* (5).

Es un contrato *aleatorio*, como específicamente lo califica así el artículo 1802 del Código Civil, ya que la ganancia o la pérdida depende de un hecho incierto, como es la mayor o menor duración de la vida del pensionista, no existe, por lo tanto, una equivalencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes desde un principio y no se puede conocer desde el momento de la celebración del contrato, si el capital entregado por el constituyente de la renta vitalicia superará o no el importe de las rentas pagadas. La aleatoriedad en este contrato es un elemento esencial del mismo, por lo que su falta le priva de validez, encontramos aquí el sentido del artículo 1804 del Código Civil, que dice: «Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha».

Se ha debatido en la doctrina el carácter real o consensual del contrato de renta vitalicia, la doctrina clásica lo consideraba como real y unilateral al considerar la entrega del capital como requisito de perfección del contrato, es decir, el momento a partir del cual nace como única obligación la de pagar la renta vitalicia. Sin embargo en la actualidad y acogiéndonos al principio consensualista proclamado en el Ordenamiento de Alcalá, no veo ningún inconveniente en que podamos considerar el contrato de renta vitalicia como consensual, ya que la entrega del capital es un presupuesto de eficacia y no una exigencia para entender perfeccionado el contrato; desde que las partes prestan su consentimiento surgen dos obligaciones: la de entregar el capital, por parte del constituyente de la renta, y la obligación de pagar la renta por parte del deudor. Se trata, por lo tanto, de un *contrato consensual* del que nacen obligaciones bilaterales y recíprocas. Evidentemente, si el perceptor de la pensión la reclama sin haber entregado antes el capital, se le puede oponer la excepción de *non adimpleti contractus*.

Por lo tanto, además de consensual, el contrato es sinalagmático, esta característica deriva del artículo 1802 del Código Civil, que establece la obligación del deudor de pagar una pensión anual durante la vida de una o más

(4) RODRÍGUEZ RAMOS, *La renta vitalicia gratuita*, ed. Comares, 2006, pág. 176.

(5) GOMÁ SALCEDO: «Aunque el artículo 1802 habla de “rédito”, los plazos de la renta vitalicia no son intereses de un capital, sino la contraprestación de ese mismo capital pagada a plazos: fracciones de capital. Es el mismo juego que el del precio aplazado en una compraventa. Esto no excluye, desde luego, que en el cálculo del importe de la renta que realizan las partes hayan tenido en cuenta la productividad del capital, los frutos o intereses —lo mismo ocurre en la compraventa—; pero esto no es una exigencia estructural, sino más bien una circunstancia que puede darse, sin ser esencial», *op. cit.*, pág. 800.

personas determinadas a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles. El capital se transmite en consideración a las rentas que se perciben y el pago de éstas tiene lugar desde el momento en que se adquiere la propiedad del capital transmitido.

También se ha debatido su eficacia real o personal, la expresión del artículo 1802 del Código Civil cuando dice que se transfiere el dominio de un capital en bienes muebles o inmuebles con la carga de la pensión, podría hacernos pensar que se le transfiere al deudor el dominio de los bienes gravados con un derecho real, en mi opinión considero más acertado entender que el pensionista tiene un derecho de naturaleza personal y que el contrato solo genera efectos obligacionales; la palabra carga, dado el defectuoso tecnicismo legal, no es sinónima de carga real o de derecho real.

Este es el criterio que ha seguido la jurisprudencia en la STS de 8 de mayo de 1992, también la DGRN se pronuncia en un sentido similar en la Resolución de 21 de diciembre de 1943: «Para desmentir el carácter real de esa carga, a que alude el artículo 1802, basta considerar que en el capítulo correspondiente no se faculta al pensionista para exigir de terceras personas el cumplimiento de la carga, ni para entrar en posesión del predio cedido, ni para pedir el reembolso del capital cuando falta el abono de la pensión, sino que se lo reservan, de un lado, los derechos que todo acreedor puede ejercitar para reclamar el pago de las rentas atrasadas, y de otro, el privilegio de asegurar las futuras...

Que esta reglamentación de las rentas, constituidas a título oneroso, corresponde, en primer término, a la necesidad de conceder a los Bancos vitalicios o entidades análogas la libre disposición de los bienes que adquieren mediante la contraprestación de la renta, en segundo término a la orientación moderna del llamado seguro de pensión vitalicia y, en fin, al lugar que como contrato ocupa la institución en el Código Civil... Que lo antedicho no impide que pueda garantizarse con una finca el pago de las pensiones, y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado...».

En el mismo sentido, la RDGRN de 31 de mayo de 1951, dice: «Que el contrato de renta vitalicia combinado en ocasiones con los de seguro y arrendamiento de servicios, ha servido en ciertas épocas para eludir la prohibición del préstamo con interés, constituye en la actualidad un medio que atiende por diversas causas a la subsistencia de una persona y confiere al pensionista en nuestra legislación un derecho a percibir las rentas, de naturaleza personal de ser garantizado con un derecho real, sin que por ello se modifiquen su carácter y efectos, que no resultan tampoco desvirtuados por la declaración del último inciso del artículo 1802 del Código Civil, según el cual, el «dominio de los bienes se transfiere con la carga de la pensión», porque la palabra carga se emplea en varios pasajes del mismo Código, sin valor técnico y depurado; porque las facultades del titular de la renta no armonizan con los requisitos peculiares de los derechos reales, sino que se limitan al derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras y, además, porque tal criterio está corroborado por el lugar que la renta vitalicia ocupa dentro de la sistemática de dicho cuerpo legal...»

2. CONSTITUCIÓN DE LA RENTA VITALICIA

A) *Elementos personales*

En la renta vitalicia las partes contratantes son el constituyente de la misma, la persona que transmite el capital en bienes muebles o inmuebles, y el deudor de la renta vitalicia, es decir, la persona a quien se transmite dicho capital a cambio de la obligación de satisfacer la renta pactada durante la vida de la persona determinada en el contrato. Lo normal es que el constituyente de la renta sea, a su vez, acreedor de la misma, en este caso, los sujetos que concurren son los mismos que celebran el contrato y, por tanto, deberán tener plena capacidad de obrar.

Cuando el constituyente de la renta no sea el acreedor de la misma, nos encontramos ante un contrato de renta vitalicia a favor de un tercero que implica la presencia de tres sujetos: el constituyente de la renta (estipulante), el obligado a pagarla (promitente) y el tercero beneficiario de la misma. Así el artículo 1803 del Código Civil dice: «Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas».

Se trata, por tanto, de una estipulación a favor de tercero regulada en el artículo 1257.2 del Código Civil, revocable mientras no sea aceptada por el tercero, pero teniendo la aceptación de eficacia retroactiva.

Cuando la renta se constituye a favor de diferentes beneficiarios, bien sean estos terceros con respecto al contrato, o bien sea un tercero y el propio constituyente, hay que determinar si la designación de las personas con derecho a percibir la renta ha tenido lugar simultánea o sucesivamente, en el primer caso, si no se ha pactado lo contrario, la renta vitalicia se divide por partes iguales entre todos ellos *ex* artículo 1138 del Código Civil (6); en el segundo caso, el acreedor de la renta será el designado para cada periodo sucesivo, durante el cual es el único que puede disponer de ella. En este caso de designación sucesiva de varias personas como acreedoras y a la vez como beneficiarias de la pensión, la doctrina considera aplicable como límite lo dispuesto en los artículos 781 y 789 del Código Civil, cuando la renta se ha constituido a título gratuito (7), pero no se consideran aplicables dichas limitaciones cuando la renta se ha convenido a título oneroso, ya que «la finalidad perseguida por el legislador de limitar la duración del derecho (en este caso, percepción de la renta), se consigue aquí con la vinculación a la vida en consideración a la cual se constituye la relación» (8).

(6) El artículo 1138 del Código Civil dice: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

(7) Vid. BADENAS CARPIO, J. M., «La renta vitalicia onerosa», *op. cit.*, pág. 145; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 506.

(8) BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 98; QUINONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Universidad de Murcia, 1979, pág. 45; GOMÁ SALCEDO, J. E., «Principales problemas del contrato de renta vitalicia», en *Revista de Derecho Notarial*, año VIII, julio-diciembre de 1960, pág. 335, para quien: «como observa acertadamente PUIG BRUTAU, el artículo 781

En el caso de pluralidad de beneficiarios, nos planteamos los efectos que produce el fallecimiento de uno de los beneficiarios en la titularidad simultánea del derecho de crédito, si no se ha expresado la voluntad del constituyente de la renta. Se ha descartado el acrecimiento, siendo más razonable entender que en la parte de la renta correspondiente al fallecido sucedan sus herederos, ya que si no se perjudicarían sus intereses, además de que por aplicación del artículo 1138 del Código Civil, la regla general en los casos de pluralidad de acreedores es entender dividido el crédito en tantas partes como acreedores haya, reputándose cada parte como un derecho de crédito distinto (9).

B) *Elementos reales*

Conforme al tenor literal del artículo 1802 del Código Civil distinguimos, dentro de los elementos reales de la renta vitalicia, entre el capital y la pensión, que determinan en el contrato oneroso de renta vitalicia la existencia de dos obligaciones principales: la del constituyente de la renta de transmitir el dominio de un capital en bienes muebles o inmuebles y la del deudor de pagar la pensión durante la vida de una o más personas determinadas.

El capital puede consistir, como hemos visto, en bienes muebles, inmuebles o dinero, siendo esencial que pueda transferirse el dominio de los mismos al deudor de la renta. El artículo 1802 del Código Civil contiene, por tanto, una fórmula amplia a diferencia de la opinión que se tenía en el Derecho anterior al Código, que impedía constituir la renta sobre cosas que no fuesen dinero, y se acudía al recurso de vender los bienes inmuebles y entregar como capital el dinero que se obtenía con la venta.

El mencionado artículo se refiere literalmente a la «transmisión de dominio», lo que nos lleva a plantear si dentro de esta expresión podemos considerar incluidos los derechos reales limitados sobre cosa ajena. La doctrina mayoritaria sí los considera incluidos (10), existiendo alguna opinión discrepante que se basa fundamentalmente en el tenor literal del artículo 1802 del Código Civil, que alude únicamente a la transferencia del dominio sobre bienes muebles o inmuebles.

En mi opinión debemos comprender, dentro del concepto de *bien*, los derechos reales sobre cosa ajena, los cuales pueden ser objeto de transmisión

tiene por objeto limitar la duración de la obligación de pagar la renta, pero no el número de personas beneficiarias. Generalmente, estas personas serán aquellas de cuya vida dependerá la existencia de la obligación, pero es posible que esté dispuesto de otra manera, en cuyo caso hay que suponer que dicho artículo se aplicará al número de personas «puestas en condición», pero no al de beneficiarios».

(9) Algún autor como QUIÑONERO ha matizado que: «si la designación de beneficiarios se hace conjuntamente y se concreta la atribución cuantitativa de la renta correspondiente a cada uno, el derecho de acrecer solo es posible si se hubiera pactado expresamente; pero si la atribución de la renta se hace conjuntamente, el fallecimiento o renuncia de uno de ellos determinará el acrecimiento a los demás, ya que la intención del constituyente es designar beneficiarios en el *totum* del derecho de renta», en *op. cit.*, pág. 44.

(10) Se muestra favorable a su inclusión GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario del artículo 1802 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, t. XXII, vol. 1.º, Edersa, 1982, pág. 417; así como BELTRÁN DE HEREDIA, J., «La renta vitalicia», *op. cit.*, pág. 115 y sigs.

y por tanto pueden constituir el capital de la renta vitalicia, siempre que no se trate de derechos personalísimos.

El criterio jurisprudencial sentado en la materia es el siguiente: en un principio, el TS había declarado que no era posible que el capital estuviera constituido por derechos reales en cosa ajena (así sentencias de 27 de junio de 1906 y 12 de octubre de 1912), sin embargo posteriormente ha cambiado su criterio, en mi opinión acertadamente, y ha declarado en sentencia de 11 de julio de 1997 (RJ 1997/6152) que «debe interpretarse el artículo 1802 del Código Civil en un sentido amplio que comprenda no solo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal; entenderlo así corresponde a una interpretación progresiva del articulado de un más que centenario código, adaptándolo a la siempre cambiante realidad social (art. 3.1 del CC)...» (Fundamento de Derecho 3.º); en un sentido similar se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2003 (AC 2004/126) en su Fundamento de Derecho 2.º

Por lo tanto, analizado el criterio jurisprudencial, sentado en la materia, podemos concluir que lo único que exige el artículo 1802 del Código Civil es que, efectivamente se transmita la propiedad de un bien mediante la entrega de un capital, bien consista en bienes muebles, inmuebles, en dinero o en derechos reales sobre cosa ajena, siempre que éstos sean transmisibles. Por lo tanto, el capital puede ser un derecho de servidumbre, de enfiteusis, de usufructo, incluso el constituyente de la renta puede reservarse el usufructo, entregando como capital la nuda propiedad (11).

La pensión suele ser dineraria, aunque también se admite que pueda consistir en otra cosa fungible o bien parte en dinero y parte en especie. La cuantía de la pensión puede ser fijada libremente por las partes. Ha de ser fija y determinada o por lo menos determinable sin necesidad de que las partes formalicen un nuevo contrato *ex* artículo 1273 del Código Civil, pero se admite el juego de las cláusulas de estabilización (sentencia del TS de 11 de julio de 1997), e incluso su actualización si hay una gran desproporción entre el capital que se recibió y la renta que se pactó, debida a circunstancias no previsibles (sentencia del TS de 23 de noviembre de 1962). Una de las diferencias entre la renta vitalicia y el contrato de alimentos reside en que en este último la prestación es esencialmente variable en función de las necesidades del alimentista, mientras que en la renta vitalicia es fija e invariable e incluso aunque pueda ser variable, lo será

(11) Con relación al usufructo, debemos matizar que a pesar de ser un derecho que puede ser objeto de enajenación, los contratos que celebre el usufructuario como tal se resolverán al extinguirse el usufructo *ex* artículo 480 del Código Civil y una de las causas de extinción del mismo es la muerte del usufructuario. De ahí que se afirme que en el caso de que el constituyente de la renta vitalicia sea un usufructuario, la llamada vida contemplada debe ser la del propio constituyente usufructuario, en este sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA en *La renta vitalicia*, pág. 96 y sigs. Pero también algún autor ha defendido la posibilidad de que el constituyente usufructuario y la persona cuya vida se contempla como módulo de duración de la renta vitalicia no coincidan, en este caso, o bien el derecho a recibir la renta continúa a pesar de la muerte del usufructuario, o bien el derecho a recibir la renta vitalicia se extingue antes de que lo haga el derecho de usufructo y el deudor puede seguir aprovechando el usufructo sin satisfacer ninguna pensión desde que suceda aquella extinción. Estas dos posibilidades se admiten en base a que la posibilidad de que se produzca algún desequilibrio en el valor de las prestaciones, finalmente satisfechas por cada una de las partes, refuerza la aleatoriedad del contrato, en BADENAS, *La renta vitalicia onerosa*, 1995, pág. 117.

como resultado de un pacto o de una revisión judicial, mientras que la variabilidad de la prestación en el contrato de alimentos se debe a su naturaleza de deuda de valor.

C) *Elementos formales*

El Código Civil no contiene particularidades en este punto, por lo que rigen las normas generales de los artículos 1278 a 1280, sin perjuicio de las especialidades propias del título por el que se constituya la renta, es decir, si la renta vitalicia se constituye por medio de una donación, se rige por las normas generales de las donaciones, entendiéndose que no se considera aplicable el artículo 633 del Código Civil, que exige escritura pública para la donación de bienes inmuebles, ya que el objeto de tal donación es un derecho de crédito a la renta vitalicia, aunque se constituya sobre un bien inmueble, por ello y en base al artículo 632 del Código Civil, podrá hacerse la donación de una renta vitalicia por escrito o verbalmente.

3. EFECTOS DEL CONTRATO

A) *Obligaciones del constituyente de la renta*

La principal obligación que tiene el constituyente de la renta vitalicia es la entrega de un capital en bienes muebles o inmuebles o en dinero cuyo dominio se le transfiere desde luego al deudor con la carga de la pensión; son aplicables las normas de entrega de la cosa reguladas en el contrato de compraventa en los artículos 1462 y siguientes. Nuestro ordenamiento jurídico sigue la teoría del título y del modo que exige para la efectiva adquisición de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes que se otorgue un título y además que tenga lugar la entrega efectiva de la cosa o derecho mediante la *traditio*, la cual puede revestir diversas modalidades, puede consistir en una entrega real y efectiva, consistente en la puesta a disposición de la cosa en poder y posesión del deudor, también puede consistir en una entrega simbólica mediante el otorgamiento de escritura pública, teniendo en cuenta que de no existir tal escritura se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o el uso que haga de su derecho el mismo comprador consintiéndolo el vendedor. En todo caso, para que esta transmisión dominical tenga eficacia frente a terceros es necesario el otorgamiento de escritura pública y la pertinente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Además de la obligación de entrega del capital, el constituyente de la renta está obligado al saneamiento de la cosa entregada como capital, siendo igualmente de aplicación en este punto los preceptos de la compraventa, siempre y cuando la constitución de la renta se haya hecho a título oneroso. Así, por aplicación del artículo 1474 del Código Civil, el constituyente de la renta responde frente al deudor de la posesión legal y pacífica de la cosa y de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Siguiendo a BADENAS CARPIO, otras obligaciones que también son asumidas por el constituyente de la renta son: Conservar y custodiar lo que se ha obligado a entregar, entregar al deudor los títulos de pertenencia y, en general, facilitarle los informes necesarios para hacer valer el derecho transmitido y los

elementos necesarios para asegurar su autenticidad y publicidad mediante la inscripción en un Registro público adecuado, así como el pago de los gastos de otorgamiento de la escritura matriz, salvo pacto en contrario (12).

B) *Obligaciones del deudor de la renta*

El deudor que adquiere el capital queda obligado a pagar la pensión en el tiempo y forma estipuladas. El artículo 1806 del Código Civil precisa la pensión correspondiente al periodo en que fallece el pensionista, dando distinta solución, según se pague por años vencidos o por periodos más breves: «La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido, si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiera empezado a correr».

La obligación de pagar la pensión es puramente personal, sin ninguna garantía real, aunque el artículo 1802 se refiera a la pensión como una «carga» (RDGRN de 31 de mayo de 1951), si bien nada impide que se asegure con hipoteca, como posteriormente veremos.

A pesar de que el artículo 1802 del Código Civil alude al carácter anual de la pensión, los periodos de pago de la renta serán los que las partes hayan pactado, sin que el plazo tenga que ser necesariamente anual. Aunque como hemos visto, lo más frecuente es que la pensión consista en dinero, también puede consistir en otros bienes fungibles o bien parte en dinero y parte en especie. Si la renta se concreta en una deuda de dinero y se trata de una obligación de dar de tracto sucesivo, el principio nominalista aconseja que las partes pacten cláusulas de estabilización para evitar un desequilibrio importante entre las prestaciones que cada una de ellas debe satisfacer. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado a favor de la validez y eficacia de la inclusión de cláusulas de estabilización en el contrato de renta vitalicia, en este sentido se pronuncia la STS de 31 de octubre de 1960.

C) *Derechos y garantías del pensionista*

Le corresponde el derecho a reclamar la renta, teniendo en cuenta que el artículo 1808 del Código Civil establece que «no puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida se constituyó».

Como garantía, el artículo 1805 del Código Civil establece que: «La falta de pago de las pensiones vencidas autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entra en la posesión del predio enajenado; solo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras». Las obligaciones que nacen del contrato de renta vitalicia no son recíprocas, por lo que no juega en ellas el sinalagma funcional ni puede invocarse el artículo 1124 del Código Civil.

El problema fundamental que plantea el artículo 1805 del Código Civil es su calificación como imperativo o dispositivo y, consiguientemente, sobre si admite o no pacto en contrario. Frente a la postura clásica que negaba la posibilidad del pacto en contrario, la doctrina mayoritaria se inclina a favor de la licitud de

(12) Vid. BADENAS CARPIO, J. M., «La renta vitalicia onerosa», *op. cit.*, pág. 209 y sigs.

aquella cláusula contractual por la que se establece que la falta de pago de pensión dará derecho al perceptor para exigir la resolución del contrato y la restitución del capital transmitido, es decir, se puede pactar la resolución del contrato cuando el deudor de la renta o pensión no satisface su obligación. Esta condición resolutoria expresa ha sido admitida por la jurisprudencia en sentencias del TS de 13 de mayo de 1959, 14 de octubre de 1960 (13) y 15 de enero de 1963. Si se pactare que el perceptor de la renta vitalicia se quedará con las rentas abonadas con anterioridad, además de entrar nuevamente en la posesión del capital que entregó, se entenderá como cláusula penal por el incumplimiento, con el consiguiente poder moderador de los Tribunales (art. 1154 del CC).

Como señala GOMÁ SALCEDO (14), «si intentamos precisar un poco más la naturaleza jurídica de este pacto contrario al artículo 1805, nos encontramos con que no es exactamente un pacto resolutorio, porque la resolución implica la devolución de las prestaciones recíprocas; el pensionista que resuelve tendría que devolver las pensiones recibidas. Pero lo que se pacta no es eso, sino la recuperación por el pensionista del dominio del capital transmitido, libre de cargas y sin abonar nada a cambio, quedando libre la otra parte de la obligación de seguir pagando la pensión, pero sin recuperar las ya pagadas. No cabe duda de que este pacto tiene algo de leonino y está muy próximo al pacto comisorio, sobre todo si se tiene en cuenta que institucionalmente, por la lógica propia del contrato, las pensiones no se corresponden a los frutos del capital, sino a cuotas del mismo. Esta circunstancia (y no la imposibilidad teórica del pacto resolutorio) es la que llevó a la Resolución de 31 de mayo de 1951 a negar la inscripción de un pacto de este género; pero no ha sido tomada en cuenta por el TS en las sentencias indicadas, en las que para nada se alude a la obligación de devolver las pensiones recibidas».

Por su parte, la DGRN en Resoluciones de 16 de octubre de 1989 y de 26 de abril de 1991 ha señalado que el artículo 1805 no implica una prohibición del pacto resolutorio, sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto. Así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código Civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el Proyecto de 1851 y es compatible con la indudable generosidad del contrato de renta vitalicia, que no queda menoscabado por el hecho de que la prestación de una de las partes se cumpla simultáneamente a la celebración del negocio. El que el contrato no sea puramente oneroso sino aleatorio, y el que las obligaciones no sean de tracto

(13) La STS de 14 de octubre de 1960, aunque desde una consideración de la renta vitalicia como contrato unilateral precisó que: «...cuando las partes nada convienen, no cabe la resolución en el contrato de renta vitalicia, dado su carácter de contrato aleatorio y unilateral de la obligación la condición de carga sobre el inmueble que a la pensión concede el artículo 1802 del Código Civil, y que la transmisión del fondo es solo un trámite constitutivo del contrato, pero ello no impide que las partes libremente y aumentando o disminuyendo los riesgos del áleas, puedan pactar las condiciones y requisitos que estimen convenientes y entre ellas la facultad resolutoria por impago de las pensiones». En el mismo sentido, la STS de 23 de abril de 1998 establece que: «Se trata de un pacto válido conforme a los artículos 1255 del Código Civil, en relación a los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, que no conculca ni contradice el artículo 1805 y hace aplicable el artículo 1124, por responder a convenio expreso surgido de la plena autonomía de la voluntad de los contratantes, y así lo tiene reconocido la constante jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil».

(14) Véase GOMÁ SALCEDO, J. E., *op. cit.*, págs. 805 y 806.

único sino sucesivo, y que en parte puedan estar cumplidas cuando, habiendo corrido una etapa del tiempo en que juega el álea causal, se produzca el incumplimiento no constituyen características incompatibles con el efecto resolutorio, en particular cuando al amparo del principio de libertad de contratación (arts. 1255 y 1152 del CC), las partes al constituir la pensión precisen el alcance de las resoluciones en las hipótesis de resolución sin perjuicio, en su caso, de las facultades moderadoras del juez si el adquirente se opone a la efectividad de la resolución en los términos convenidos. Rechazar la posibilidad de pactar la resolución solo beneficiará a una de las partes, justamente a la que infringe sus compromisos, a pesar de que las prestaciones debidas son vitales para la otra parte contratante.

Ya hemos visto que el artículo 1805 del Código Civil reconoce el derecho de perceptor de la renta a reclamar judicialmente el pago de las atrasadas y el aseguramiento de las futuras (15). Una forma de asegurar el pago de las rentas futuras es la constitución a favor del pensionista de una hipoteca, llamada de rentas o prestaciones periódicas, cuya especialidad reside en la posibilidad de tantas ejecuciones sobre el bien gravado como pensiones impagadas y garantizadas se acrediten. Este medio se ha considerado más eficaz y ventajoso para el constituyente de la renta que la condición resolutoria expresa, puesto que le evita la dificultad de tener que devolver las rentas ya consumidas por necesidades de subsistencia.

III. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

1. PLANTEAMIENTO

El contrato de alimentos, como actualmente se denomina al llamado contrato vitalicio o contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, ha quedado regulado en el marco de la protección patrimonial de las personas con discapacidad en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil. 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, regula por primera vez, a nivel estatal, los alimentos convencionales, es decir, los nacidos de pacto y no de ley (16), a diferencia de los alimentos entre parientes, regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

La regulación de este contrato amplía las posibilidades que ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia como los ancianos y per-

(15) La STS de 16 de diciembre de 2010 afirma que el impago de las pensiones debidas, al amparo del artículo 1805 del Código Civil, permite reclamarlas judicialmente, además de requerir el aseguramiento de las futuras, para no quedar a merced del deudor, exponiéndose a posibles futuros incumplimientos y ello aun cuando la constitución de tal garantía no quedara prevista en el contrato primitivo.

(16) Como señala GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «El problema es que este contexto va a determinar un desequilibrio entre las posiciones de las partes a la hora de regular el contrato que, si se justifica en el ámbito de aquella Ley, no admite justificación en el articulado del Código Civil, en donde, en definitiva, ha sido incardinado por obra de una Ley muy específica», en «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, 2004, pág. 166.

mite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

Como indica la Exposición de Motivos de la Ley, su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil.

La autonomía de la voluntad está muy presente ya que, como dice la Ley, «...se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales...» y se concreta en el artículo 1793 del Código Civil al establecer que la extensión y calidad de los alimentos será la que resulte del contrato.

En cuanto a su tratamiento jurisprudencial, aunque hay alguna sentencia que consideró este contrato como una variante de la renta vitalicia (17), la mayoría, siguiendo un criterio, a mi entender, más acertado, lo califican como un contrato autónomo, innominado y atípico, distinguiendo entre vitalicio y contrato de renta vitalicia, así las SSTs de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 1 de julio de 1982, 13 de abril de 1984, 30 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988, al igual que la RDGRN de 26 de abril de 1991 señalan que el contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el artículo 1255 y subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones.

En igual sentido se pronuncian las sentencias de 9 de julio de 2002, que lo denomina «contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos», y la de 1 de julio de 2003. Por su parte, la STS de 26 de febrero de 2007, afirma: «Consecuentemente, habiendo declarado esta Sala que resultan de aplicación a estos contratos innominados, las normas generales sobre las obligaciones y considerando acreditado la sentencia impugnada el incumplimiento imputable a los demandados, es posible el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, que concede a quien cumplió la facultad de pedir el cumplimiento por la parte contraria o la resolución del contrato. En la actualidad ha de resaltarse la regulación del contrato de alimentos incorporado al Código Civil que, aunque no aplicable al caso, corona la evolución jurisprudencial señalada anteriormente al fijar con autonomía lo que es un contrato de alimentos, diferenciado del contrato de renta vitalicia».

(17) Entre ellas la famosa sentencia del TS, de 1 de julio de 1982, señala que: «el contrato vitalicio, a título oneroso en sentido genérico, incluye distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que unas veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otros lo es la satisfacción de una pensión de alimentos, bien en sentido estricto o bien en sentido amplio (asistencia, cuidado, servicios..., además de la alimentación propiamente dicha...). Y que al ser un contrato innominado, aparte de regirse por los pactos que las partes establezcan, «con la cobertura legal común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir, la renta vitalicia, cuyas normas habrán de ser aplicables, analógicamente atemperadas a las especialidades de cada supuesto».

2. CONCEPTO Y CARACTERES

El concepto del contrato de alimentos se encuentra tipificado en el artículo 1791 del Código Civil, que dice: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

Considero que la expresión «asistencia de todo tipo» adolece de una cierta inconcreción, ya que existen determinados tipos de asistencia que no tienen por qué estar incluidos entre los alimentos debidos.

Una regulación específica del vitalicio se encuentra en la Compilación de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio) en los artículos 147 y siguientes, y establece que la obligación consiste en «prestar alimentos en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos», pero incluyendo, en todo caso, «el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes».

Del tenor literal del artículo 1791 del Código Civil se deduce que se trata de un contrato aleatorio, vitalicio, oneroso, bilateral y consensual, ya que se perfecciona desde que una de las partes consiente en transmitir un capital y la otra en realizar las prestaciones que antes hemos citado (18); a estos caracteres podríamos añadir en la actualidad que es un contrato típico regulado en los artículos 1791 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a su carácter bilateral, señalaremos que al existir reciprocidad entre la obligación de transmitir un capital y la obligación de satisfacer la prestación alimenticia, permite la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, a diferencia de lo que dispone el artículo 1805 en relación con la renta vitalicia. La STS de 1 de julio de 2003, al igual que la anterior de 9 de julio de 2002, señala la naturaleza sinalagmática de este contrato en su Fundamento de Derecho segundo. Sin embargo, la sentencia de 21 de octubre de 1992 considera que el contrato vitalicio es un contrato unilateral, ya que solo genera obligaciones para el demandado que se compromete a alimentar y que no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento, doctrina jurisprudencial con la que no estoy de acuerdo por las razones que antes hemos visto.

Es un contrato aleatorio, ya que la prestación del alimentante depende de la duración de la vida del alimentista, lo que le confiere el alea de no saber cuándo ocurrirá y depender de ello el cese de la prestación del alimentante, incluso su aleatoriedad es mayor que la de la renta vitalicia, ya que la prestación alimenticia depende de un elemento fortuito e incierto, como es la salud y de las consiguientes necesidades y atenciones esencialmente variables del alimentista. Esto no sucede en el contrato de renta vitalicia en el que la prestación del deudor, en principio es fija o si se acuerda su variabilidad, ésta no depende de la salud del alimentista.

Teniendo en cuenta la finalidad a la que atiende este contrato, podemos afirmar que desde el punto de vista del alimentista, más que de *intuitu personae* hay que hablar del carácter personalísimo de su derecho de crédito, lo que se

(18) En contra de esta opinión se manifiesta GOMÁ SALCEDO, señalando que al ser un negocio en parte gratuito, no se perfecciona por el mero consentimiento, sino que necesita, para desplegar su eficacia, la entrega de la cosa, *op. cit.*, pág. 810.

materializa en que su fallecimiento es causa de extinción del contrato, y todo ello independientemente de que la consideración de la persona del alimentista y su situación hayan pesado a la hora de contratar por parte del alimentante (19). Con esta solución se llega a un resultado más acorde con la finalidad del contrato sin negar su naturaleza personal. Esta solución tiene su cobertura legal en los artículos 1791 y 1794 del Código Civil: «La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152 del Código Civil, salvo la prevista en su apartado primero», es decir, por muerte del alimentista.

3. CONSTITUCIÓN

A) *Elementos personales*

Los sujetos que intervienen en este contrato se sitúan en una de estas dos posiciones jurídicas, por un lado, el que se obliga a realizar la prestación alimenticia convenida y, por otro, el contratante que se obliga a transmitir al primero un capital en cualquier clase de bienes y derechos, sea o no beneficiario de dicha prestación. El que se obliga a prestar alimentos ha de tener capacidad general para contratar y el que entrega los bienes ha de tener capacidad para disponer de los mismos.

Esta es la estructura subjetiva que normalmente presenta el contrato de alimentos, pero también cabe la posibilidad de que el acreedor de los alimentos no coincida con el sujeto que cede los bienes o derechos, lo que tendrá lugar cuando la prestación alimenticia se establezca en beneficio de otro sujeto ajeno a la relación contractual, a través de una estipulación a favor de tercero *ex artículo 1257.2 del Código Civil*.

El alimentante es el sujeto que se obliga a realizar la prestación de alimentos pactada en el contrato y a cambio recibe un capital en bienes o derechos. Es un requisito indispensable para la validez y eficacia del consentimiento contractual emitido por el alimentante que éste tenga la capacidad adecuada para celebrar ese negocio jurídico, lo que significa que ha de ser una persona mayor de edad o menor emancipado y no encontrarse incapacitada. Tampoco existe inconveniente en que el alimentante sea una persona jurídica que tenga entre sus fines la prestación de asistencia a personas que no pueden atender su propia subsistencia, sin embargo conviene tener en cuenta que en todos estos casos falta la nota de aleatoriedad característica de esta modalidad contractual. Quizá por ello en la mayoría de los casos el alimentante suele ser una persona física, pudiendo ser una o varias las personas que se comprometan a cumplir la prestación alimenticia. En este último caso, la contraprestación del alimentista corresponderá a todos los alimentantes, distribuyéndose entre ellos según lo que hayan pactado o generando una situación de comunidad o copropiedad ordinaria sobre el capital o bienes transmitidos.

Desde el punto de vista práctico, los casos más frecuentes de pluralidad de alimentantes se dan entre personas unidas por vínculos familiares o de parentesco que se comprometen a proporcionar alojamiento, cuidados y compañía al alimentista; en cuanto al régimen jurídico a aplicar en estos casos es la regla general del artículo 1138 del Código Civil, en virtud del cual si en el contrato nada se dice al respecto se presumirá que el crédito o la deuda es parciaria o

(19) GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *op. cit.*, pág. 160.

mancomunada, es decir, se considerará dividida «en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». La aplicación de esta presunción de mancomunidad significa que el acreedor solo podrá exigir a cada deudor la parte que le corresponde satisfacer.

Por su parte, el alimentista es la persona acreedora de la prestación de alimentos, bien porque establece un acuerdo contractual con el alimentante en virtud del cual éste se obliga a proporcionarle esa prestación durante su vida a cambio de la transmisión de un capital, bien porque es el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor en el contrato que celebran el estipulante o cedente de los bienes y el promitente o alimentante. En el segundo caso, el alimentista no interviene en el otorgamiento del contrato, por lo que no es parte de la relación contractual, aunque de la misma derive un derecho de crédito cuya titularidad ostenta y que le permite exigir el cumplimiento de la prestación pactada a su favor.

B) *Elementos reales*

El contrato de alimentos obliga a cumplir las prestaciones de transmitir un capital por parte del alimentista y de proporcionar vivienda, manutención y asistencia por parte del alimentante.

El capital puede consistir en cualquier clase de bienes y derechos. La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe *ex* artículo 1793 del Código Civil.

En determinados casos puede sustituirse por una pensión dineraria en base al artículo 1792, que dice: «De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubieran sido previstos en el contrato o, de no haber sido previstos, mediante la que se fije judicialmente».

Por su parte, la prestación del alimentante como regla general consiste en proporcionar lo necesario para subvenir al sustento y habitación del alimentista, así como a prestar servicios asistenciales y atender a su cuidado, dependiendo, en cada caso concreto, dicha prestación de los pactos de las partes.

4. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ALIMENTANTE

El artículo 1795.1 del Código Civil regula un supuesto de resolución por incumplimiento, diciendo: «El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas».

Considero que no es del todo acertada esta remisión a las obligaciones recíprocas, con criterio jurisprudencial mencionaremos las sentencias del TS de 21 de octubre de 1992 y de 17 de julio de 1998, las cuales señalan: «tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe

tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de contrato unilateral, ya que solo contiene obligaciones para el demandado que se comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento».

En mi opinión debería facultarse al pensionista para rescindir, sin efecto retroactivo, el contrato en caso de falta de pago de las pensiones, recuperando el dominio de los bienes transmitidos sin devolver nada a cambio.

Por su parte, las SSTs de 28 de mayo de 1965 y de 17 de julio de 1998, establecen: «de otra parte, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad, que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido, pues bien claramente expresa el documento privado suscrito entre las partes que en cualquier momento que el alimentista quiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar los gastos de notario, derechos reales, médicos y medicinas causadas hasta el momento de ejercitar dicha facultad».

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato y, en cambio el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respecto a lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada en su beneficio por el tiempo y con las garantías que se determinen *ex* artículo 1795.2 del Código Civil.

El artículo 1796 del Código Civil dice: «De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida».

Estos dos artículos contienen una regulación del efecto retroactivo de la resolución por falta de pago que considero que adolece de cierta confusión e imprecisión.

Finalmente señalaremos que esta facultad resolutoria legal se refuerza mediante las garantías a las que se refiere el artículo 1797 del Código Civil: «Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse, frente a terceros, el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la LH» (20).

(20) Con anterioridad a la regulación actual del contrato de alimentos se venía admitiendo el pacto resolutorio expreso, en este sentido se pronuncian las Resoluciones de la DGRN, de 16 de octubre de 1989 y de 26 de abril de 1991. Además de las garantías legales a las que nos hemos referido, se puede pactar también cualquier otra que asegure el crédito del alimentista, como la prohibición de disponer de los bienes cedidos (STS de 9 de julio de 2002), la reserva de dominio o del usufructo vitalicio sobre los bienes cedidos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario a la STS de 23-5-87», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-agosto, 1987.
- BADENAS CARPIO, J. M.: *La renta vitalicia onerosa*, ed. Aranzadi, Navarra, 1995.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Tratado de contratos*, tomo III, Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «De nuevo sobre la estructura jurídica de la renta vitalicia», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo I, Thomson Civitas, ed. Aranzadi 2008, págs. 855-901.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: «El contrato de alimentos», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, 2006, págs. 1533-1560.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «Comentarios de los artículos 1798 a 1801», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, págs. 791-814.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «El contrato de alimentos», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, págs. 2059-2082.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios de los artículos 1798 a 1801», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, T. XXII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982.
- LAMBEA RUEDA, A.: «Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero», en *Aranzadi Civil*, febrero, 2007.
- LÓPEZ PELÁEZ, P.: «El contrato de vitalicio: La cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario, La Ley*, Madrid, núm. 52, diciembre de 2004.
- MAGRO SERVET, V.: «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores», en *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6019, lunes 17 de mayo de 2004.
- MESA MARRERO, C.: «El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson Aranzadi, núm. 16, 2006.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M. C.: *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Marcial Pons, 2003.
- «La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Centro de Estudios Registrales, 2010, págs. 579-626.
- PADIAL ALBÁS, A.: «La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre, 2004, págs. 611-638.
- ROCA GUILLAMÓN, J. J.: «El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)», en *Estudios de Derecho sobre Obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, La Ley, 2006, págs. 641-657.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 541, noviembre-diciembre de 1980, págs. 1335 a 1356.
- RODRÍGUEZ RAMOS, A. M.: *La renta vitalicia gratuita*, ed. Comares, 2006.

TRUJILLO, I., y MARÍN, J. J.: «Comentarios de los artículos 1790 a 1801», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. Bércovitz, 2.^a ed., Aranzadi, 2006.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TS

STS de 27 de junio de 1906.
STS de 12 de octubre de 1912.
STS de 13 de mayo de 1959.
STS de 14 de octubre de 1960.
STS de 31 de octubre de 1960.
STS de 23 de noviembre de 1962.
STS de 15 de enero de 1963.
STS de 28 de mayo de 1965.
STS de 6 de mayo de 1980.
STS de 1 de julio de 1982.
STS de 13 de abril de 1984.
STS de 11 de julio de 1984.
STS de 23 de mayo de 1987.
STS de 30 de noviembre de 1987.
STS de 3 de noviembre de 1988.
STS de 6 de marzo de 1992.
STS de 8 de mayo de 1992.
STS de 2 de julio de 1992.
STS de 21 de octubre de 1992.
STS de 11 de julio de 1997.
STS de 23 de abril de 1998.
STS de 29 de mayo de 1998.
STS de 17 de julio de 1998.
STS de 28 de julio de 1998.
STS de 25 de septiembre de 1999.
STS de 9 de julio de 2002.
STS de 1 de julio de 2003.
STS de 26 de febrero de 2007.
STS de 16 de diciembre de 2010.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

RDGRN de 21 de diciembre de 1943.
RDGRN de 31 de mayo de 1951.
RDGRN de 16 de octubre de 1989.
RDGRN de 26 de abril de 1991.

RESUMEN

RENTA VITALICIA
CONTRATO DE ALIMENTOS

En este trabajo pretendemos analizar el régimen jurídico de dos contratos aleatorios, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos. En el primero el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere con la carga de la pensión.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, regula en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, el contrato de alimentos que se refiere a los alimentos convencionales, es decir, a los nacidos de pacto y no de ley. La regulación de este contrato amplía las posibilidades que ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista. Analizamos su concepto y caracteres, su constitución, los efectos que se derivan del contrato celebrado, así como los criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT

ANNUITY AGREEMENT
LIFETIME SUPPORT CONTRACT

This paper endeavours to analyse the system of rules applicable to two aleatory contracts, the annuity agreement and the lifetime support contract. In the first the debtor undertakes to pay an annuity or yearly income during the lifetime of one or more given persons for a capital in personal or immovable property whose ownership is transferred to the debtor with the payment of the annuity.

Act 41/2003 of 18 November on the protection of the assets of persons with disabilities, in articles 1791 to 1797 of the Civil Code, regulates the lifetime support contract referring to conventional support, i.e., support established by an accord, not by law. The regulation implementing the act expands the number of possibilities offered by the annuity for seeing to the economic needs of people with disabilities, and it enables the parties to the contract to quantify the maintenance provider's obligation according to the maintenance recipient's living needs. This paper looks at the concept involved and the natures it may assume, its creation, the effects stemming from the contract and the criteria set in case-law.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES: UNA CUESTIÓN PARA EL DEBATE

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO: 1. LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL. 2. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES: 1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—IV. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente análisis tiene por objeto describir el escenario en el que en la actualidad se presenta la falta de atribución de la responsabilidad de los menores de edad tras la realización de un acto que provoca un ilícito civil y como consecuencia del mismo se generan una serie de daños que afectan a terceras personas.

Este tema está directamente relacionado con la responsabilidad que el Código Civil señala para los padres y tutores en el artículo 1.903, al que haremos alusión, pero adelantamos una idea en la que nos interesa especialmente centrarnos, y es la posibilidad de que en algunos supuestos sea el menor el que responda con su propio patrimonio (1).

No obstante, es necesario poner de manifiesto que la minoría de edad es una amplia etapa en la vida de una persona y en ella se pueden apreciar diversos momentos que no son comparables, existe una gran diferencia entre un menor de siete años con otro de diecisiete. En la actualidad, un amplio sector de la doctrina, cuando hace referencia a menores en edad adolescente, alude a ellos como los «grandes mayores», que son los menores de edad que se van acercando a la mayoría de edad.

II. PLANTEAMIENTO

Como se ha señalado anteriormente, la minoría de edad es una etapa amplia en la que se pueden trazar varios periodos, muy heterogéneos entre sí, en relación con la capacidad de los menores. Por ello, para hacer este pequeño

(1) Como bien señala LÓPEZ SÁNCHEZ, si la responsabilidad de los padres se basa en la culpa *in vigilando*, no se debe olvidar que el artículo 1.903 del Código Civil procede de una época en la que los hijos *in potestate* estaban sometidos, tanto legal como social y culturalmente, a una severa dependencia de sus padres, lo cual hoy día no acontece del mismo modo, puesto que los cambios sociales y legislativos acaecidos han venido a determinar una dosis de autonomía e independencia cada vez mayor en relación con los hijos menores». LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2003, pág. 254.

estudio, es preciso examinar, aunque sea brevemente, el panorama legislativo en torno a la capacidad de obrar del menor y quizá relacionarlo con la posibilidad de considerar, o no, la imputabilidad de los menores y distinguir dentro de ellos los que siempre serían inimputables por razón de la edad y de la capacidad de discernimiento de los que pueden considerarse imputables atendiendo a los mismos criterios.

1. LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Con carácter general debe partirse del reconocimiento del menor como sujeto capaz, en función del grado de discernimiento y de su edad. Además, hoy en día, hay una tendencia a considerar, que sobre todo los adolescentes, tienen una mayor autonomía y libertad de autodeterminación, que se fundamenta en que tienen «capacidad suficiente» o si se prefiere «suficiente juicio» para involucrarse en la toma de decisiones sobre las cuestiones relativas a su persona.

Los textos legislativos se han hecho eco de esta situación, pero lo han hecho de una forma desigual y en ocasiones contradictoria. Por ello, en primer lugar, es preciso poner de manifiesto la discordancia que existe en el propio ordenamiento tras las reformas legislativas llevadas a cabo en las últimas décadas, y en segundo lugar, es conveniente reconsiderar si la capacidad del menor puede depender desde la óptica civil, del ámbito en el que nos movamos, así, por ejemplo, nos planteamos si es coherente tratar de forma diferente la capacidad del menor atendiendo al ámbito concreto de su actuación.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo de 1981 (2), supuso ya un nuevo enfoque de las normas del Derecho de Familia, y como afirma ABRIL CAMPOY (3), «la patria potestad pasa a conceptuarse como el ejercicio de un derecho-deber, precisamente en beneficio del hijo, para así promover y atender al libre desarrollo de su personalidad y de conformidad con su dignidad (cfr. arts. 10.1, 27.2 y 39 CE), lo que supone la atribución al menor de edad de un mayor ámbito de libertad e independencia, según la edad y su grado de madurez». Si hacemos un recorrido por el Código Civil podremos comprobar cómo en sinfín de supuestos se tiene en cuenta la voluntad y la opinión del menor para llevar a cabo determinados actos y para participar en otros que tienen relación con él.

Este reconocimiento se manifestó de forma inmediata en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (4), en donde se establece un régimen especial de consentimiento cuando los afectados son menores o incapaces, indicando que pueden prestar ellos mismos el consentimiento cuando sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (5).

(2) Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *BOE* núm. 119, de 19 de mayo.

(3) ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, febrero de 2003, pág. 13.

(4) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*BOE* núm. 115, de 14 de mayo).

(5) Así lo puso de manifiesto TEJEDOR MUÑOZ al analizar la protección de los menores en los medios de comunicación, al afirmar que: «...Norma que resulta concordante con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil que exceptúa de la regla general de la representación legal de los padres, una serie de supuestos entre el que cabe destacar: "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de

Un avance importante se produce tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (6), en donde se materializan los cambios sociales que progresivamente han ido surgiendo en la sociedad respecto de la «minoría de edad». Es clara y contundente la Exposición de Motivos de la ley en donde se manifiesta que el menor es un sujeto activo con capacidad para modificar su propio medio personal y social (7), además reitera en su articulado que las limitaciones a la capacidad habrá que aplicarlas con carácter restrictivo (8). Si bien no olvidamos que todo ello debe ponerse en consonancia con uno de los principios generales que inspira esta Ley, que consiste en que el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

Se revela claramente que la adquisición de la plena capacidad de obrar se produce de forma progresiva y gradual en consonancia con la evolución de la persona y de la adquisición de su capacidad natural que todo ser humano va adquiriendo gradualmente en los primeros años de su vida y va perdiendo al final de la misma. Así lo entendió el legislador en la Ley 41/2002, de 14 de

acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., «La protección en los medios de comunicación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores e incapacitados», en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coordinado por Carlos Villagrasa Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, 2009, pág. 1213.

(6) Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE* núm. 15, de 17 de enero.

(7) «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño, y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio*, se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

(8) Artículo 2.2 de la citada Ley.

noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la que se otorga una capacidad plena al menor, mayor de dieciséis años, cuando se trata de tomar una decisión en un aspecto tan importante de su vida como es el de la salud (9), se le otorga por el ordenamiento plena autonomía en la decisión y el acatamiento de los efectos que pueda tener su respuesta, autorizando, en todo caso, la ley que los padres puedan ser informados y tenida en cuenta su opinión en casos graves. Se observa que se está produciendo un proceso en el que se invierte la regla general, pues el Código Civil contempla una serie de supuestos en los cuales son los padres los que tienen que consentir, pero se ha de tener en cuenta la opinión del menor, cuando se presume que éste tiene una determinada capacidad (10).

Y aunque fuera del ámbito civil, la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (11), como su propio nombre indica, atribuye la responsabilidad al propio menor por los delitos o faltas cometidos por ellos, concretando la edad a partir de la cual se debe responder, catorce años (12). Esta ley ha supuesto un giro en materia de responsabilidad penal,

(9) BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. El párrafo final del artículo 9.2.c) establece: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente» Así, a partir de los dieciséis años, los menores pueden prestar su consentimiento para actos médicos tales como hacerse cualquier clase de cirugía estética o realizar un tratamiento sobre enfermedades venéreas. Incluso, dentro del ámbito de la salud sexual y reproductiva la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010), permite también «que la mujer a partir de los dieciséis años puede prestar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones determinadas por la ley», les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo» (art. 13). No cabe lugar a dudas de que, en este caso, la ley hace una equiparación de las adolescentes a las mujeres mayores de edad.

(10) Artículo 166.3, 177, 173.2, 317 todos ellos del Código Civil.

(11) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000.

(12) Conforme establece el artículo 1: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. En concreto, establece una responsabilidad solidaria y objetiva. Así el artículo 61.3, del citado texto legal, señala que: “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez, según los casos”. Existe, pues, una corresponsabilidad entre los padres y los hijos, más acorde con los tiempos actuales, si bien somos conscientes de que en la mayoría de los casos pagarán los padres por ser los hijos insolventes. Y un trato muy diferente por parte del legislador, del menor con discernimiento y madurez, en el ámbito civil y penal».

pues considera imputables a los mayores de catorce años, pese a que el Código Penal vigente fije la mayoría de edad penal a los dieciocho años (13).

Si hacemos una interpretación conjunta de las leyes citadas, nos encaminamos obligatoriamente a considerar que el legislador, sobre la base del interés del menor y del respeto hacia sus propios derechos incrementa la posibilidad de actuación del menor con apoyo en la adquisición de una capacidad natural de entender y querer. Sin embargo, este hecho no se ha proyectado paralelamente en la asunción de deberes y de responsabilidades.

¿Por qué hacemos la anterior afirmación? Si nos trasladamos al ámbito de la responsabilidad, observamos que el Código Civil presume la no responsabilidad de los menores de edad cuando establece específicamente en el artículo 1903 una responsabilidad directa de los padres por los actos cometidos por sus hijos, responsabilidad basada en un principio en la culpa *in educando* o *in vigilando*. Tras lo que nos preguntamos si es justo, o en todo caso acertado, mantener el ordenamiento en estos términos.

2. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR

Para seguir avanzando en el planteamiento debemos preguntarnos si el menor puede ser imputable, si la respuesta fuese afirmativa habría que plantearse si a todos los menores se les puede considerar como tal y, en todo caso, a partir de qué edad se podría considerar que lo son.

Para ello debemos de partir de la delimitación del concepto de imputabilidad. En el ámbito penal, RODRÍGUEZ DEVESA define la imputabilidad como «la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar las normas y de determinarse espontáneamente» (14).

La base de la imputabilidad, como afirma CASAS PLANES se centra en la posibilidad de ser consciente del acto que se está realizando y las consecuencias que el mismo puede tener (15).

Compartimos la afirmación realizada por LÓPEZ SÁNCHEZ, al considerar que en la actualidad hay que sustentar la idea de que el menor, que tiene discernimiento, debe responder de los actos ilícitos que cometa, sobre todo, cuando ese menor se está acercando a la mayoría de edad fundamentando esa responsabilidad en su imputabilidad civil cuando tienen la capacidad suficiente para entender y buscar el resultado obtenido con sus actos (16). Parece lógico pensar que si la tendencia actual es la de ampliar la autonomía del menor de edad facultándole para poder tomar decisiones sobre determinadas actuaciones, también sería razonable que pueda asumir responsabilidades.

(13) Artículo 19.

(14) Para llegar a ese concepto, RODRÍGUEZ DEVESA afirma: «La imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente. Esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad. La primera implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico». RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, 1979, pág. 427.

(15) CASAS PLANES, M. D., «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor de edad», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, marzo de 2007.

(16) «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 253.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES

Hemos de dejar a un lado la responsabilidad derivada del contrato, y ello porque el Código Civil establece claramente y con carácter previo, cuáles son los requisitos esenciales para que pueda nacer un contrato y sabemos que sin ellos el contrato es nulo (17). Ello nos desvía hacia los supuestos de responsabilidad extracontractual, que hace, recordemos, tiene su cimiento en el artículo 1902 del Código Civil. El precepto comienza diciendo: «El que por acción u omisión...», si se hace una interpretación literal de la letra de la ley cualquier persona podría responder como autor de un daño, ya sea un mayor de edad, un menor, un incapaz pues en ningún caso se exige «que tenga plena capacidad de obrar».

Por otro lado, el artículo 1903.2 (18) del Código Civil contempla la responsabilidad de los padres por los actos cometidos por sus hijos menores de edad, sobre la base de la culpa *in vigilando*, *in educando*, etc. (19).

(17) Artículos 1261 y 1263 del Código Civil.

(18) Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Esta responsabilidad se basa en que los hijos menores no emancipados están conformes bajo la potestad de los padres (art. 154 del CC). Potestad que comprende una serie de deberes y facultades, entre los que destacan velar por los hijos, tenerles en su compañía, educarlos y proporcionarles una educación integral (el art. 154 ha tenido varias redacciones: fue modificado, así entre el 14 de agosto de 1989 a 8 de junio de 1981, preceptuaba que: «el padre, y en su defecto la madre, tienen la potestad sobre sus hijos legítimos». Entre el 9 de junio de 1981 a 2 de julio de 2005, establecía que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y desde el 3 de julio de 2005 a 29 de diciembre de 2007, ordenaba que los hijos no emancipados estén bajo la potestad de sus progenitores. Debe observarse que la norma civil no señala expresamente ninguna edad del hijo por la que se deba responder (a diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad penal). Hay que entender que los padres responden civilmente de los hechos dañosos de los hijos, menores de dieciocho años, o de los menores de dieciséis que no estén emancipados. Ahora bien, a nadie se le escapa que los padres no pueden estar vigilando ni controlando constantemente a los hijos ni cuentan con medios suficientes para hacer valer su autoridad sobre todo en el caso de los adolescentes. Más cuando el propio ordenamiento les da autonomía para muchos actos y se les dota de gran libertad de actuación... Siendo evidente que, en muchos casos, el acto del menor nada tiene que ver con la falta de diligencia de los progenitores.

(19) Federico DE CASTRO ya se planteó la posibilidad de responsabilidad por daños de los menores, haciéndose la siguiente pregunta: ¿el menor debe reparar los daños que haya causado, interviniendo culpa o negligencia? (art. 1902), siendo su respuesta: «En base de la teoría de la incapacidad de obrar absoluta se ha contestado negativamente: el artículo 1903, números 2 y 3 (recordamos que en su anterior redacción) “hace responsables a los padres y tutores de los daños causados por los menores de edad, lo cual significa la exclusión de todo grado de edad en cuanto a la capacidad de imputación”. Mas dicha teoría también aquí se revela inexacta. El artículo 1903 no carga la responsabilidad sobre los padres y tutores (eximiendo de ella al menor), sino que la extiende a los guardadores por una presunción de negligencia (*culpa in vigilando*); responsabilidad que cesa cuando “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia”. En tal caso o en el de no haber persona que tenga al menor bajo su potestad o guarda legal o ser ella insolvente, los menores “responderán con sus bienes”». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil*, 1968, pág. 235. Los menores, al final, respondían con sus bienes si no había nadie que pudiera hacerlo, aún considerando que había una incapacidad de obrar absoluta, teoría que se aleja de lo que el legislador ha venido proclamando en las últimas reformas legislativas, como se ha apuntado anteriormente.

Si se hace una lectura conjunta de ambos preceptos además de una interpretación sociológica de los mismos, se puede sostener que, atendiendo a lo establecido en el artículo 1.902 del Código Civil, el menor que con cierta capacidad de discernimiento entienda y pueda valorar las consecuencias de sus actos, sería imputable de un ilícito civil y por lo tanto tendría que asumir la responsabilidad de sus actos. Por el contrario, el menor que carezca de esa capacidad de discernimiento, sería inimputable y por lo tanto no podría responder de sus actos, pero sí lo harían sus padres por tener la obligación de vigilancia y cuidado de los hijos, por la vía del artículo 1903 del Código Civil. Si tras esta interpretación, conectamos estos preceptos con las leyes mencionadas *ut supra*, obtendríamos una mayor uniformidad en el ordenamiento adaptándolo a la realidad social.

Sin embargo, el problema que subyace es de gran trascendencia práctica. La comisión de un ilícito civil tiene como consecuencia la reparación del daño causado, reparación que es de carácter patrimonial. Lo normal es que los menores carezcan de patrimonio propio, en el momento de la comisión de la acción, para poder hacer frente a la misma, mientras que sus padres suelen ser solventes. Por lo tanto, es más seguro interponer la acción contra aquellos que pueden responder con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil, llegándose al extremo de hacer responsables a los padres por el simple hecho de ser padres (20).

1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Como se ha anunciado anteriormente, el interés principal es el resarcimiento de la víctima que ha sufrido el daño, para ello el Tribunal Supremo ha ido objetivando la responsabilidad de los padres (21), sin tener en cuenta la edad ni el grado de discernimiento del menor, *ad exemplum* la sentencia de 10 de marzo de 1983 (22), al señalar que:

(20) La responsabilidad del artículo 1903 es una responsabilidad directa. Según el tenor literal del párrafo final del artículo 1903, que cesará la responsabilidad cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Lo que ocurre es que la jurisprudencia ha ido evolucionando progresivamente hacia una responsabilidad objetiva sin considerar la diligencia de los progenitores.

(21) La STS de 30 de junio de 1995, ponente: Excmo. Señor don Pedro GONZÁLEZ POVEDA, muestra esta línea afirmando: «...la responsabilidad de los padres tiene como fundamento la concurrencia en la conducta del hijo menor de los requisitos exigidos para que se dé la culpa extracontractual. Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o *cuasi* objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia».

(22) Ponente: Excmo. Señor don Jaime DE CASTRO GARCÍA.

«...y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento...» (23).

Sin embargo en otras ocasiones, sí se ha tenido en cuenta la capacidad de discernimiento del menor para moderar la pena, en este sentido, la STS de 5 de octubre de 1995, al expresar:

«...En cambio, ha de prosperar parcialmente el último de los motivos esgrimidos por el recurrente, la reducción de la indemnización concedida. Con dicho motivo resolvemos el recurso interpuesto en vía adhesiva por los demandantes, que piden un incremento de la indemnización. Aparte de la razón tenida en cuenta por la Juzgadora de instancia en su Fundamento sexto para moderar la responsabilidad civil de la demandada, que esta Sala hace suya, conviene tener en cuenta como razón para reducir la indemnización concedida, la culpa concurrente de la víctima pues, si bien es cierto que el menor fallecido pidió y se le concedió autorización para cruzar el río Esla, sin que se le advirtiera de los posibles peligros de ahogo, dada la anchura y profundidad irregular, no es menos cierto que dicho joven tenía quince años de edad, con suficiente raciocinio para, si no estaba avezado en la actividad de la natación, no realizar un acto que escapaba de sus posibilidades. Por otro lado, constan los testimonios de los otros compañeros que afirman que iban todos sobre flotadores e Ignacio —la víctima— abandonó sin causa aparente el flotador. Todo lo cual revela una cierta falta de diligencia en una persona que, si bien no es mayor de edad civil, sí tenía el suficiente juicio para, primero, no atravesar el río a nado si no sabía o no era muy experto y, segundo, una vez que había comenzado la tarea de cruzarlo, no separarse del flotador que llevaba junto con sus compañeros. Por ello, la indemnización fijada se reduce a quinientas mil (500.000) pesetas para cada uno de los demandantes» (24).

Argumento utilizado por la jurisprudencia menor cuando el menor ha sido la víctima del daño (25), siendo el causante del daño otra persona.

(23) En este mismo sentido, la STS de 22 de enero de 1991. Ponente: Excmo. Señor don Jaime SANTOS BRIZ, en donde se pone de manifiesto que todo el proceso está encaminado al resarcimiento de la víctima del daño.

(24) Ponente: Excmo. Señor don Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. En este mismo sentido, las SSTs de 22 de febrero de 1991, en donde el TS tampoco tiene en consideración que la acción fue cometida por un menor de diecisiete años.

(25) Así se manifestó la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 25 de febrero de 1997, señalando que: «...también lo es que el menor participó activa y voluntariamente en su desarrollo y que, por su edad y consiguiente grado de raciocinio, debía ser consciente del riesgo que entrañaba. De ahí que deba compartirse la conclusión a la que llega el juzgador de instancia acerca de la necesidad de moderar la responsabilidad de la demandada, conforme permite el artículo 1103 del Código Civil, también aplicable a la culpa extracontractual, según ha reiterado la jurisprudencia (...), la minoría de edad de la víctima no supone que no pueda valorarse su conducta a los efectos de determinar y, en su caso, graduar la responsabilidad del causante del daño».

Más recientemente la sentencia de 23 de diciembre de 2009. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona consideró responsables a los menores que ocasionaron un daño material a una motocicleta (26), por entender que los menores son responsables civilmente, siempre que tengan capacidad de entender el contenido de los actos que realizan y sus posibles consecuencias.

IV. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN

Con carácter previo, es preciso señalar que no se puede considerar que las propuestas vayan dirigidas a cualquier menor. Partimos de la base de que tiene que ser un menor que tenga capacidad de discernimiento y que sea consciente de la acción que está realizando y las consecuencias que la misma puede tener.

Escoger cuál puede ser la solución más ajustada a derecho y a la realidad social resulta difícil. Por un lado, el ordenamiento es claro y determinante al considerar como fundamento principal la primacía del interés del menor cuando éste se ve involucrado en cualquier actuación que tenga que ver con su persona. Por otro lado, en materia de responsabilidad civil, se trata de proteger al máximo a la víctima que ha sufrido el daño, primando el interés de la víctima. Y, en tercer lugar, parece que son los progenitores y el resto de sus descendientes los que salen perjudicados, aún en el supuesto que demuestren que actuaron en la educación de sus hijos con la mayor diligencia posible y que siempre han mantenido una vigilancia exhaustiva respecto de la vida cotidiana de los mismos.

Se pueden elegir varias vías para dar respuesta a este problema y lograr así una armonización y homogeneización de la legislación civil y penal. Para llegar a una conclusión correcta basada en la capacidad de discernimiento del menor, se puede optar bien por averiguar si el menor es imputable civilmente, lo que supondría hacer un informe pericial sobre la capacidad del menor (27), basado en parámetros objetivos, sin embargo, esto puede dificultar enormemente la labor de los tribunales y el coste de los procedimientos (28). La segunda opción

(26) Ponente: Doña M.^a Dolores PORTELLA LLUCH. Fundamento tercero: «Entrando en el estudio de la reclamación instada por la parte actora, la condición de menores de los demandados, en el momento de los hechos, no ha de impedir que les pueda ser atribuida responsabilidad civil, si se estima probada la autoría que se les atribuye, toda vez que los menores son responsables civiles de los hechos que ejecutan, siempre que se acredite su capacidad de entender el contenido y significado del acto que se les atribuye, lo que en el caso de autos no se discute».

(27) El Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, *BOJA* núm. 53, de 18 de marzo de 2009, establece en su artículo 5.1, la necesidad de un informe pericial para comprobar la capacidad del menor antes de prestar su consentimiento para una operación de cirugía estética, indica exactamente que: «Con carácter previo a la intervención de cirugía estética, se practicará a la persona menor de edad un examen psicológico, de acuerdo con el protocolo de valoración psicológica elaborado y aprobado, previa consulta a los colegios profesionales sanitarios y sociedades profesionales relacionadas con la materia y radicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la Consejería competente en materia de salud».

(28) Esta es la postura que defiende ABRIL CAMPOY, señalando que: «lo adecuado sería diferenciar entre aquel menor que deviene imputable civilmente, sin que pueda

sería seguir el criterio establecido por la LORPM y establecer una división basada en la edad, bien haciendo coincidir dichas edades en ambas jurisdicciones o no, aunque parece que sería interesante unificar los criterios legislativos.

Una vez considerada la imputabilidad del menor sobre la base del discernimiento o éste en relación con la edad, debemos plantearnos la implicación de los progenitores. Para ello también podemos dar respuesta a través de distintas opciones. Si se considera al menor imputable parece razonable adoptar la solución de que solo él responde con su patrimonio sin necesidad de involucrar el patrimonio de sus padres. O quizá sería más adecuado establecer una responsabilidad directa del menor y en el caso de que mediase culpa o negligencia de los padres apuntar hacia una responsabilidad solidaria como se hace en la vía penal, de tal forma que ambos tuviesen que asumir la indemnización proporcionalmente, o incluso, en el supuesto de que los padres demuestren que no medió culpa o negligencia en su actuación, sobre la base de la protección de la víctima en ese momento, asumir los padres la sanción con la posibilidad de tener una acción de regreso de éstos contra el menor y que sea el patrimonio del menor el que responda a la sanción (29).

V. CONCLUSIONES

Si partimos de la evolución legislativa producida en las últimas décadas en torno a la figura del menor de edad dirigida, por un lado, a su protección y, por otro, al otorgamiento de mayor autonomía respecto de su persona, en consonancia con la realidad social actual, se pone de manifiesto la necesidad de un cambio legislativo encaminado a un ajuste entre la legislación y los comportamientos reales.

Esta unificación de criterios nos debe dirigir a establecer un marco jurídico donde se implanten las bases de una regulación coordinada y coherente de la minoría de edad. Para ello es preciso establecer una correlación entre derechos-deberes-responsabilidades y todo ello poniéndolo en relación con las diferentes etapas de la minoría de edad.

Además se debe coordinar con los supuestos en los que sea exigible la responsabilidad de los progenitores, indicando cuándo deben responder y de qué forma, solidaria, subsidiaria o ambas dependiendo de los supuestos.

fijarse la referida imputabilidad en una edad concreta, como se hace en la regulación penal del menor —a partir de catorce años—, esto es, aquél que según su grado de discernimiento pueda comprender el acto generador del daño y las consecuencias del mismo, y el que no lo es». ABRIL CAMPOY, J. M., *loc. cit.*, «La responsabilidad de...», en *RCDI*, núm. 675, pág. 38.

(29) Como afirma LACRUZ BERDEJO: «La ley no habla de una posible acción de regreso de los padres o el tutor contra el menor o el pupilo, pero, en el caso de que éste tenga discernimiento, parece de sentido común que, siendo inculpables los padres o el tutor, el daño causado corra a cargo de los bienes de quien lo causó; y habiendo un defecto de vigilancia, se compartan las responsabilidades. No hay razón para que un hijo, al causar una disminución importante en el patrimonio de su padre, perjudique las expectativas hereditarias de sus hermanos. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., 1985, pág. 572.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, págs. 11-54.
- CASAS PLANES: «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor de edad», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, marzo de 2007.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil*, 1968, pág. 235.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., 1985.
- LÓPEZ SÁNCHEZ: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO: «Comentario de la STS de 10 de marzo de 1983», en *CCJC*, núm. 2, 1983, pág. 452 y sigs.
- TEJEDOR MUÑOZ: «La protección en los medios de comunicación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores e incapacitados», en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coordinado por Carlos Villagrasa Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, 2009, págs. 1213-1233.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 10 de marzo de 1983.
- STS de 22 de enero de 1991.
- STS de 22 de febrero de 1991.
- STS de 30 de junio de 1995.
- SAP de Asturias, de 25 de febrero de 1997.
- SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2009.

RESUMEN

IMPUTABILIDAD DEL MENOR RESPONSABILIDAD DE MENORES

Es preciso atemperar los parámetros establecidos en el Código Civil a la situación actual de los menores de edad, bien a través de los diferentes criterios interpretativos de las normas o con una reforma legislativa que de una vez establezca un criterio global y unánime sobre la responsabilidad derivada de las actuaciones de los menores atendiendo a su capacidad natural de discernimiento, a su formación y a su desarrollo psíquico en estrecha correspondencia con la edad, todo ello en concordancia con los cambios so-

ABSTRACT

POSSIBILITY OF CHARGING A MINOR LIABILITY VIS-À-VIS MINORS

The parameters established in the Civil Code need to be adjusted to the current situation of underage persons. This may be done either through the different criteria for interpreting legislation or through a legislative reform that once and for all sets an overall, unanimous rule on liability stemming from action by minors in view of their natural capacity for discernment, their education and their mental development in close correspondence with their age. Such an adjustment should be made in

ciales y estructurales que se han producido desde la promulgación de nuestro Código y que ya han tenido reflejo en distintos ámbitos en nuestro ordenamiento.

concordance with the social and structural changes that have happened since the Civil Code was enacted and that have already been reflected in different areas of our legislation.

1.7. Concursal Civil

EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CONCURSO DE ACREEDORES (CON INCLUSIÓN DE LAS NOVEDADES QUE PRESENTA EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010)

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO.—II. LA VIVIENDA FAMILIAR LIBRE DE GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. LA INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGULARES. 3. LA PROPUESTA DE CONVENIO. 4. LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR SUJETA A GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. SU INCLUSIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN SU INTERSECCIÓN CON UN PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO. 3. UNA INTERPRETACIÓN POSIBLE, DE ACUERDO CON EL ELEMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL, EN TANTO SE PROCEDE A LA MODIFICACIÓN DE LA LC. 4. OTRAS ALTERNATIVAS.—IV. CONCLUSIONES: EL DEUDOR HIPOTECARIO, OLVIDADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO

La vivienda familiar es la edificación usada ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos); aquella edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda, que proporciona a la familia no solo cobijo, sino además seguridad e intimidad, y donde aquella desarrolla sus actividades cotidianas.

Caracteriza a la vivienda familiar la nota de habitualidad (espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento). Pero puede ocurrir que existan dos o más viviendas habituales de la familia (por ejemplo, los padres residen en una localidad y los hijos en otra donde cursan sus estudios, o uno de los cónyuges se desplaza por motivos laborales durante la semana a otra localidad, reuniéndose con su familia los fines de semana). En estos supuestos excepcionales en que realmente la vida cotidiana y habitual de la familia se desarrolle en más de un espacio físico, además de la nota de habitualidad, el concepto

estricto de vivienda familiar requiere para su completa delimitación de otra nota que debe ser la de que se trate de la vivienda usada *con carácter principal*. En principio, parece que quedarían fuera del concepto de vivienda familiar, las que podemos denominar segundas residencias o residencias de recreo, por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia (por ejemplo, vivienda a la que se desplaza la familia durante los fines de semana).

Del mismo modo que la STS de 19 de septiembre de 2005, considera que no cabe ninguna duda de que *no cabe aplicar a las parejas de hecho las disposiciones del Código Civil, referidas específicamente a la relación matrimonial, considerando por ello inaplicable a estas parejas el artículo 96 del Código Civil (obsérvese, a este respecto, la literalidad del art. 96 del CC, y la ubicación del art. 1320 del CC, dentro de las Disposiciones Generales del Régimen Económico-Matrimonial), el beneficio del artículo 78.4 LC, así como la interpretación que propondremos para el caso de ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, y el uso del derecho de rehabilitación del crédito hipotecario contemplado en el artículo 693.3 LEC no podrán hacerse extensivos a las parejas de hecho* (1).

Vamos a estudiar el tratamiento que recibe la vivienda familiar *propiedad* de los cónyuges, con ocasión de la insolvencia familiar, es decir, del endeudamiento contraído por los cónyuges o por uno de ellos en su condición de consumidores (2).

(1) Como señala ALBALADEJO: «...los vínculos que ligan a las personas que componen la familia... son: o el vínculo de parentesco matrimonial de sangre, o el de parentesco político (llamado parentesco de *afinidad*), o el vínculo conyugal. Así que la familia se edifica o sobre el matrimonio o sobre el parentesco procedente del matrimonio». Hay «familiares parientes (así los padres e hijos matrimoniales) y familiares no parientes (los esposos) y parientes no familiares (los padres e hijos no matrimoniales)». (ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho de Civil, IV. Derecho de Familia*, 8.ª ed., José María Bosch Editor, S. L., Zaragoza, 1997, págs. 9 y 10). Por otro lado, la Jurisprudencia del TS mantiene una orientación, que con escasas y no bien fundamentadas excepciones, ha negado a las uniones de hecho heterosexuales los efectos económicos del matrimonio, lo mismo que los derechos sucesorios del cónyuge en la herencia del otro (DÍEZ PICAZO). Así en sentencia de 10 de diciembre de 1994, que resume la doctrina jurisprudencial anterior señala que: «las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes» y que no puede admitirse la semejanza, base de la analogía entre ambas, ya que unas y otras ofrecen considerables diferencias. Mientras las uniones *more uxorio* son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las uniones matrimoniales no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, lo que acontece, por ejemplo, con la creación del estado jurídico de casado que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*. Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado por el artículo 14 CE, es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respetos de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma, igualdad que no se da en el presente caso. El Tribunal concluye entendiendo que no es posible la aplicación analógica a las uniones *more uxorio* de la regulación de los regímenes económico-matrimoniales, *pues ello supondría una auténtica creación judicial del Derecho* en materia de regímenes económico-matrimoniales, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del Código Civil en general, y su ordinal sexto en particular. *La misma creación judicial del Derecho se produciría si preceptos relativos a la vivienda familiar se aplicasen a las uniones more uxorio*.

(2) Entendemos por consumidor, siguiendo a BLANQUER UBEROS, «la persona natural que no es un empresario ni un profesional, o cuando si ejerciese estas actividades su

La vivienda familiar puede ser propiedad *privativa o exclusiva* de uno de los cónyuges o *pertenecer a ambos por cualquier tipo ordinario de cotitularidad* (ajeno al régimen matrimonial de bienes). *En estos casos se incluirá en la masa activa del cónyuge concursado, su propiedad o cuota de titularidad* (arts. 76.1 y 77.1 LC). El bien o derecho se incorporará a la submasa privativa, si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad (art. 86.3 LC).

Si la vivienda es ganancial o pertenece en régimen de comunidad matrimonial al concursado y su cónyuge, la inclusión en la masa activa depende de lo previsto en el artículo 77.2, que indica: «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa [activa], además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado*». Dándose el supuesto, la vivienda familiar entraría en la submasa ganancial (3).

El problema que vamos a estudiar en este trabajo es el del destino que pueda tener la vivienda familiar propiedad del concursado o del matrimonio, en el curso del procedimiento de concurso, cuando la misma está libre de cargas hipotecarias, pero es objeto de embargos o apremios singulares, así como cuando la misma está afectada por un gravamen hipotecario objeto de la ejecución especial hipotecaria.

resultado careciese de relieve significativo en relación con el conjunto de los ingresos del sujeto» (BLANQUER UBEROS, R., «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coord.), Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 292. Ciertamente, también cabe que, siendo el concursado persona física casada, sea al mismo tiempo empresario individual o profesional. En tales supuestos puede plantearse el problema de que la vivienda familiar no esté destinada exclusivamente a la habitación de la familia sino al desarrollo de esa actividad empresarial o profesional, o artesanal o artística (ocupando al efecto algunas habitaciones o dependencias) surgiendo el problema de si el bien ha de considerarse o no, bien afecto a la actividad empresarial, a los efectos de que si sobre el mismo recae una garantía hipotecaria, pueda paralizarse o suspenderse la ejecución de ésta (arts. 55.4 y 56 y 57 LC). Evidentemente, también puede plantearse este problema en el caso del concursado consumidor, según la definición anterior.

(3) Para los casos de declaración conjunta de concurso de los cónyuges (art. 3.5) y acumulación de concursos (art. 25.3), vid., el trabajo de CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», en *Familia y Concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (Coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010. Nosotros tendremos presente el concurso de uno solo de los cónyuges. El Anteproyecto de LC redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma integral de la LC crea un nuevo Capítulo III en el Título I de la Ley, relativo a los concursos conexos. Se prevé que podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso, aquellos deudores que sean cónyuges. Igualmente, el acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges. Por otro lado, cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados de los cónyuges. En defecto de solicitud por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

II. LA VIVIENDA FAMILIAR LIBRE DE GRAVAMEN HIPOTECARIO

1. LA INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

La vivienda familiar, libre de gravamen hipotecario, que pertenece en propiedad al concursado o al matrimonio en alguna de las formas expuestas antes, entrará en la masa activa del concurso, en los términos explicados antes. Nada lo impide, dado que no se trata de un bien inembargable (art. 606.1.º LEC) y queda sujeta a la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). El carácter de vivienda familiar no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda familiar es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de rescatar tal vivienda es el que le brinda el artículo 78.4 LC. Señala este precepto: «*Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, o abonando el exceso*» (4).

2. PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGULARES

Como señala el artículo 55 LC, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (aunque podrán continuarse los procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales, señaladas en el art. 55.1.2.º). Por lo tanto, tampoco contra la vivienda familiar propiedad del concursado. Las actuaciones que se hallaran en tramitación (contra la vivienda familiar del concursado) quedarán en suspenso *desde la fecha de la declaración de concurso*, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC). Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 55 serán nulas de pleno derecho (art. 55.3). Ahora bien, como el artículo 568 LEC señala que el Secretario Judicial decretará la suspensión de la ejecución, en el estado en que se halle, *en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso, cabe preguntarse desde qué fecha produce efectos la suspensión y desde cuándo se entenderán nulas las actuaciones*. El caso se planteó en el supuesto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), de 8 de marzo de 2010 (5).

(4) Habría que determinar más detenidamente, qué se entiende por vivienda habitual a efectos de este precepto. Es decir, si se incluirían en el mismo solo la vivienda principal o por el contrario, las varias viviendas habituales de la familia.

(5) Señala el Auto que la LC descarta la acumulación de las ejecuciones al concurso y opta por impedir que se inicien nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor desde la declaración de concurso y por la suspensión de las ejecuciones en tramitación. El momento procesal que determina la aplicación de estas reglas, según el artículo 55.2, es la fecha de la declaración del concurso, pero el artículo 568 LEC fija el momento de la suspensión en el de la notificación al Juzgado, por lo que adopta un momento posterior. La descoordinación de ambos preceptos es evidente, ya que se habla de una notificación que la LC no tiene prevista. El Juzgado solo podrá decretar la suspensión *cundo conozca de la existencia del concurso* y lo que hay que determinar es *desde qué momento las actua-*

Las soluciones del artículo 55.1 y 55.2 LC se corresponden con un principio tradicional del Derecho procesal, consistente en que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. El artículo 55 está en clara consonancia con el artículo 51.1 LC. Ningún acreedor puede instar una vía de ejecución paralela e independiente del procedimiento de ejecución general previsto para el caso de concurso, porque ello supondría un claro ataque al principio *par conditio creditorum* y a los intereses generales de la masa (6). Por otro lado, hay que tener en cuenta las previsiones de los artículos 49 y 76 (principios de universalidad de la masa pasiva y activa), a los que serían contrarias las ejecuciones aisladas. Esta solución resulta favorable también a los intereses del deudor, que ve así abierta la posibilidad de que se alcance un convenio, con quita o espera del crédito que se reclamaba.

ciones ejecutivas carecen de validez, si desde la fecha de la declaración de concurso o desde que el Juzgado acuerda la suspensión, y aunque ésta no sea una cuestión pacífica, existen razones que llevan a este Tribunal a dar preferencia al artículo 55 LC y por ende a dar prioridad al dato objetivo de la fecha de la declaración del concurso. La interpretación contraria implicaría primar el interés particular del acreedor singular de esa ejecución sobre el interés general del concurso, lo que no es admisible.

Aplicando el anterior criterio al presente caso, en el que con fecha de 14 de abril de 2009 se dictaron sendos autos por el Juzgado de lo Mercantil, declarando en concurso a los ejecutados junto con sus esposas, las actuaciones que se hallaban en tramitación quedarán en suspenso, tal y como se ha acordado por el Juzgado de instancia, pero desde la fecha de declaración de concurso, y ello sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito que nos ocupa.

En consecuencia, habiéndose dictado con fecha 16 de abril de 2009, auto por el Juzgado de Primera Instancia, ratificando el embargo de los bienes descritos en la demanda y acordando librar los oficios y despachos para su efectividad, así como librar mandamientos a los Registros de la Propiedad, a fin de que se proceda a la anotación preventiva de embargo de los inmuebles, propiedad de los ejecutados, tal proveído, posterior al auto declarando los dos concursos, no deja de ser una mera actuación que elude el tratamiento paritario que se pretende obtener con el procedimiento concursal, y por ello de conformidad con el artículo 55.3.º LC ha de ser declarado nulo, acordando por ello la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde la fecha de 14 de abril de 2009, así como el levantamiento inmediato de todas las medidas de garantía y embargos trabados sobre los bienes, propiedad de los ejecutados, realizados con posterioridad a tal fecha, reponiendo los mismos a su estado original.

(6) MAIRATA LAVIÑA, Jaime, «Comentario al artículo 55 LC. Ejecuciones y apremios», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU G. (Directores), Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 697 y 698.

Como señala CUENA CASAS: «el fundamento de esta prohibición de iniciar ejecuciones o apremios es obvio: sin ella sería ilusoria la satisfacción de los acreedores conforme a la clasificación y preferencias legalmente establecidas en caso de concurso... La esencia del proceso concursal es lograr una satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente sustituyendo las acciones individuales por un procedimiento colectivo por virtud del cual todos los acreedores puedan cobrar sus créditos en la medida de lo posible. Se trata de evitar que el acreedor, que inicia antes la ejecución, se beneficie frente al resto de acreedores que, ordenadamente, se someten al principio de igualdad de trato. Por ello, la paralización de acciones individuales es imprescindible para que se logren los objetivos del proceso concursal. Los acreedores no pierden por ello ningún derecho, pues podrán insinuar sus créditos en el proceso concursal y, caso de que éste concluya por inexistencia de bienes y derechos, podrán iniciar o continuar sus ejecuciones singulares en el caso de que no se declare la reapertura del concurso». CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis. Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1 de 2009, págs. 217 y 218.

3. LA PROPUESTA DE CONVENIO

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105 LC (7) podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio. Dicha propuesta anticipada de convenio se aprueba mediante adhesiones de los acreedores, sin necesidad de convocar Junta de Acreedores en la fase común del concurso (art. 109 LC) (8).

Si no se aprueba la propuesta anticipada de convenio, se procederá, de acuerdo con el artículo 111, a la apertura de la fase de convenio, cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en la Sección 3.^a del Capítulo I del Título V de la LC. El juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso (9), abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la Sección 5.^a

La propuesta de convenio (anticipada o en fase de convenio) contendrá proposiciones de quita y espera, que deberán estar comprendidas en los límites legales, artículo 100.1, debiendo respetarse también las limitaciones del artículo 100.3 LC. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, entre los que puede encontrarse la vivienda familiar (art. 100.4 LC).

Una vez que el convenio sea aceptado por los acreedores, deberá aprobarse judicialmente para adquirir plena eficacia (art. 127 LC). Los acreedores, a la

(7) Este artículo, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, establece: «No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores...».

(8) El apartado 1 del artículo 109 ha sido modificado por la Ley para la implantación de la Oficina Judicial 13/2009, en el sentido de que el Secretario judicial (y no el propio Juez) verificará si las adhesiones presentadas por los acreedores alcanzan la mayoría legalmente exigida, proclamando el resultado mediante decreto. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o de liquidación, según corresponda.

(9) La fase común se abre con el auto de declaración de concurso (art. 21.2), durante la cual los administradores concursales, nombrados en el auto, que hayan aceptado el cargo, elaboran el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, debiendo presentar su informe en el plazo de dos meses, a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos. Durante esta fase también se produce la insinuación de los créditos en el concurso. Es decir, su comunicación, para que el acreedor concursal (art. 49) se transforme en acreedor concurrente y su crédito sea objeto de reconocimiento, clasificación y calificación, y pueda así elaborarse la lista de acreedores.

hora de aprobar el convenio, tendrán en cuenta también los posibles ingresos futuros que pueda adquirir el concursado. Según BLANQUER ÜBEROS, el problema es que, dada su condición de consumidor, su capacidad de adquisición de bienes en el futuro que no sean inembargables y que le permita atender los compromisos del convenio, será limitada. Por otro lado, dada su condición de consumidor, también considera prácticamente imposible que se dé el supuesto del artículo 100.5 LC. Esto puede dificultar, entiende, que los acreedores acepten el convenio. Sin embargo, consideramos nosotros, todo dependerá del caso concreto, y *a priori* no pueden establecerse conclusiones al respecto.

Si el convenio fuese cumplido, la situación tendría un final feliz, dada la eficacia novatoria del convenio (art. 136 LC). Si el convenio es incumplido, se procede a abrir la fase de liquidación, la cual también se abriría, en los casos de los artículos 142 y 143 de la LC, entre ellos, si no se hubiese presentado una propuesta de convenio, si la presentada no hubiese sido aceptada por los acreedores o si la aceptada no se hubiese aprobado o hubiese sido rechazada por el juez. *Mientras no se llegue a la fase de liquidación, el concursado conserva el uso de su vivienda familiar [si no se previó su enajenación como recurso para el cumplimiento del convenio] que queda pendiente de la evolución del procedimiento de concurso y sujeta a la posibilidad de su enajenación en el curso de la fase de liquidación* (10) (11).

4. LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Abierta la fase de liquidación, vencen anticipadamente los créditos concursales aplazados (bajo el Código de Comercio de 1885 vencían con la declaración de concurso), de acuerdo con el artículo 146 LC. La administración con-

(10) BLANQUER ÜBEROS, R., «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», *op. cit.*, pág. 300.

(11) La LC no prevé un procedimiento *especial* aplicable al concursado consumidor. Únicamente en el artículo 190 LC prevé que el juez aplicará un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural y la estimación inicial de su pasivo no supere los 10.000.000 euros. Pero dicho procedimiento especialmente simplificado (abreviado) consiste simplemente en que los plazos previstos en la LC para el procedimiento ordinario se reducen en este caso a la mitad; el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y que la administración concursal estará integrada por un único miembro (art. 191 LC). La Exposición de Motivos del citado Anteproyecto de LC, de 17 de diciembre de 2010, indica que la reforma regula un verdadero procedimiento abreviado. Sea esto o no exacto, se da nueva redacción al Capítulo II del Título VIII (arts. 10, 191, 191 bis y 191 ter). Se señala que el Juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso reviste escasa complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1.^a Que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores. 2.^a Que la estimación inicial del pasivo no supere los 5.000.000 de euros. 3.^a Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea persona natural, el Juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. El Juez podrá aplicar también el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio.

En todo lo no regulado expresamente en el Capítulo II del Título VIII se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario. Las especialidades del procedimiento se contienen en el artículo 191. El 191 bis contiene especialidades particulares para el caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio.

curzal presentará al juez un plan de liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, y por lo tanto, de la vivienda familiar. De no aprobarse un plan de liquidación, se aplicarán las reglas legales supletorias que la LC prevé para la liquidación (art. 149 LC). De acuerdo con la regla 3.^a de dicho artículo, los bienes y derechos del concursado consumidor se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. El producto de la realización de la vivienda familiar, así como de los demás bienes y derechos del concursado se destinará al pago de los créditos contra la masa, prededucibles (art. 154.1 LC) y de los créditos concursales por el orden previsto (art. 155 a 158 LC). La fase de liquidación, conlleva, pues, inexorablemente la pérdida de la vivienda familiar, como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, sea el deudor concursado un deudor de buena fe (que hubiese procedido rectamente al contraer sus obligaciones) o un deudor de mala fe, o que ha incurrido en un sobreendeudamiento irresponsable (art. 1911 CC) (12).

(12) El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, ha introducido mediante un artículo 142 bis la posibilidad de liquidación anticipada. El deudor podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los quince días siguientes a la presentación del informe por la Administración concursal. De la propuesta se da traslado a la Administración concursal para que proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. El escrito de evaluación o modificación, si se emite antes de la presentación del informe, se unirá a éste. Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara después de emitido el informe, el escrito de evaluación o modificación de la Administración concursal y la propuesta anticipada de liquidación se notificarán en la forma prevista en el artículo 95.2.º LC. Las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en el plazo y condiciones establecidas en el artículo 96.1. El Juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 LC y los intereses del concurso, resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones en la misma. *El auto que apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144, se producirán los efectos propios de la misma, y se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas.* El pago a los acreedores se efectuará en los términos de lo establecido en la Sección 4.^a del capítulo II del título V de la LC. *El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas,* adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. Es de notar que la iniciativa para presentar la propuesta anticipada de liquidación queda reservada al deudor, a diferencia de lo que acontece en la fase de liquidación respecto al plan, que únicamente puede formularlo la administración concursal, pues en la fase de liquidación el órgano técnico sustituye al deudor (art. 145.1 LC).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de LC señala que en el nuevo texto se estructura de manera distinta a como lo hacía la LC, la apertura de la fase de liquidación (necesidad de concluir la fase común para abrir la fase de liquidación ordinaria), lo que hace, dice *innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada* y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. De este modo, mientras la fase de convenio continuará abriéndose, salvo convenio anticipado o solicitud de liquidación, cuando finalice la fase común, *la fase de liquidación se abrirá tan pronto como el deudor solicite su apertura.* Según el artículo 142 (concurso ordinario), *el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento y dentro de los diez días siguientes a la solicitud, el Juez dictará auto abriendo la fase de liquidación* (la apertura de oficio de la liquidación se regula en el art. 143 LC).

III. LA VIVIENDA FAMILIAR SUJETA A GRAVAMEN HIPOTECARIO

1. SU INCLUSIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

Trataremos el problema centrándonos en el concurso de uno de los cónyuges. Si se declara el concurso solo del cónyuge propietario del inmueble

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 148 LC, el plan de liquidación se presentará al Juez por la Administración concursal en el informe o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (¿pero debe haberse declarado antes el concurso, elaborado el inventario y la lista de acreedores?). La pregunta no es baladí pues, según la nueva redacción del artículo 142, el deudor puede solicitar la liquidación en cualquier momento.

Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Oficina Judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el Juez, según estime conveniente para el interés del concurso resolverá, mediante auto, aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.

De acuerdo con el artículo 156, en la nueva redacción que le da el Anteproyecto, el Juez podrá autorizar el pago de los créditos con privilegio general [teniendo presente el art. 154] *sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. Igualmente, el artículo 157.1 prevé que el Juez podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas [por lo tanto, en la fase común], adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.*

Parece, pues, que operaciones liquidatorias pueden realizarse en la fase común del concurso (además, de acuerdo con la nueva redacción que se da al art. 96, cuando las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores afecten a menos del 20 por 100 del activo o del pasivo del concurso, el Juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad. La misma previsión se recoge en el artículo 191 para el procedimiento abreviado).

En el procedimiento abreviado (art. 191 en la redacción dada por el Anteproyecto) se prevé que el plazo para presentar propuestas ordinarias de convenio finalizará cinco días después de la presentación del informe del administrador concursal. Si en dicho plazo no se hubiera presentado propuesta de convenio, el Secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación, requiriendo a la Administración concursal para que presente el plan de liquidación en diez días (apertura de la liquidación de oficio).

Como en todo lo no regulado expresamente en el capítulo dedicado al procedimiento abreviado, se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario, cabe preguntarse si la solicitud de liquidación por el deudor *en cualquier momento* es también aplicable aquí, al procedimiento que se rija por el artículo 191 y al que se rija por las especialidades del artículo 191 bis (en cuanto al art. 191 ter está previsto para el caso de que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento. Para este caso el Anteproyecto prevé que el Juez *acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación. [¿Pero antes de la declaración de concurso?]).*

En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, señala el artículo 178, en la redacción dada por el Anteproyecto. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acree-

destinado a vivienda familiar, el bien se incluirá en la masa activa, sin que para ello sea necesaria intervención alguna, ni consentimiento del otro cónyuge. La doctrina entiende que el artículo 1320 del Código Civil solo se refiere a los actos de disposición voluntarios por parte del cónyuge propietario, pero no a la enajenación forzosa, por lo que puede embargarse la vivienda habitual por los acreedores del propietario deudor y consecuentemente, puede incluirse sin problemas en la masa activa del concurso.

Cuando la vivienda familiar sea ganancial o pertenezca a los cónyuges en comunidad conyugal, y se declare en concurso solo a uno de ellos, se incluirá en la masa activa el inmueble destinado a vivienda habitual, siempre que se dé el condicionamiento fijado en el artículo 77.2 LC.

2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN SU INTERSECCIÓN CON UN PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO

La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto de Ley Concursal (13) durante su tramitación parlamentaria ha suscitado una serie de problemas interpretativos en torno al régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, la vivienda familiar del concursado, destacándose dos posturas en la doctrina.

dores se equipara a una sentencia de condena firme. El Anteproyecto no acoge, pues, el llamado *fresh start* o segunda oportunidad (por la que se concedería quita por el Juez del importe pendiente de pagar tras la liquidación, inmediatamente, o tras un plan de pagos a verificar en ciertos años) para el deudor consumidor, cosa que entendemos acertada, pues ya expusimos en otro lugar los problemas que plantean este tipo de soluciones (JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010).

(13) El decurso pre-legislativo del actual artículo 56 LC, puede consultarse en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y concurso de acreedores...*, *op. cit.*, págs. 270 a 276. El artículo 55 del Proyecto de LC (precedente inmediato del art. 56) señalaba: «1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo, 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 hubiere procedido a 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 estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto.

5. Las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales *sobre bienes del concursado, distintos de los señalados en el apartado 2, se sustanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1*» (el proyecto modificaba el tratamiento inicial dado en el Anteproyecto de 30 de marzo de 2000, a las garantías reales que eran objeto de paralización y suspensión temporal, *recayesen o no sobre bienes afectos a la actividad empresarial*. La distinción entre bienes afectos y no afectos se incorporó en la versión del Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001, de donde pasó con alguna variación al Proyecto).

Para unos, el régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos se encontraría delimitado en el artículo 55.4 de la LC, del que se deduciría una regla general que permitiría proceder a la ejecución separada de *todas las garantías reales*. Solo para las recayentes sobre bienes afectos existiría una regla particular que establecería la paralización y suspensión de las mismas durante el plazo legal (art. 56.1 y 2). Es la posición de CUENA CASAS (14) y CARRASCO PERERA (15).

Otros autores hablan de la existencia de un vacío normativo en torno a las garantías reales que recaen sobre bienes no afectos. Así IRIBARREN BLANCO entiende que de ningún modo debió haberse suprimido el apartado 5 del artículo 55 del Proyecto de LC, «porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos» (16). Del mismo vacío habla CURIEL LORENTE (17).

(14) CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar», *op. cit.*, págs. 223 a 225. La autora señala que el sistema instaurado genera una discriminación negativa en contra del deudor consumidor y, en suma, de la familia. En nota al pie (pág. 228, nota 36) añade que dicha discriminación negativa ha sido denunciada también por QUINTANA CARLO, «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, Tomo II, Madrid, 2005, pág. 2270.

(15) Señala este último: «...las ejecuciones que se suspenden conforme al artículo 56 son solo las que recaen sobre cierto tipo de bienes y sobre cierta clase de personas. ¿Y el resto de las ejecuciones por garantías reales? Pues caben dos opciones: o se remiten al artículo 55.1 LC, con lo que se asimilan a cualquier ejecución ordinaria, o se entiende que *para tales casos los artículos 55.4 y 56 LC contienen una regla implícita, en virtud de la cual esta ejecución queda garantizada y no sometida a paralización o suspensión*. Es decir, como si los artículos 55.4 y 56 contuvieran una regla primordial implícita u oculta —la concesión del privilegio de ejecución separada a las garantías reales— y una serie de excepciones contenidas en el texto expreso de la norma. Creo que la interpretación correcta es precisamente ésta». Ahora bien, en nota al pie indica: «*Pero no se me ocultan sus debilidades*. Sin embargo considero más defendible la opinión expuesta en el texto» (CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Thomson-Civitas, 2.ª ed., Pamplona, 2008, págs. 90 y 91). En otro momento, sin embargo, indica: «Fuera del artículo 56 LC no existe una norma que atribuya a ningún acreedor derecho de ejecución separada en el concurso. Por tanto, este tipo de ejecución [sobre bienes no afectos], que manifiestamente puede seguirse como separada en la finalidad de esta norma, pero que carece de cobertura legal, tendría que integrarse en el procedimiento general del artículo 55, con lo quedaría definitivamente absorbida en el concurso».

(16) Para el autor, dado este vacío normativo, habría que aplicar la regla del artículo 55 LC, pero entonces, dice, quedarían peor tratados los acreedores con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad del deudor. Como tal solución la reputa absurda, entiende que hay que concluir que no quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos (IRIBARREN BLANCO, M., «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. IV, 2005, págs. 3766 y 3767).

(17) Para este autor, dada la supresión mencionada, no existe ahora norma alguna relativa a la ejecución de este tipo de garantías. Ello nos llevaría a aplicar el artículo 55 LC y a entender que no existe la posibilidad de ejecución singular para los bienes no afectos, pues el artículo 55, que prohíbe toda ejecución tras la declaración de concurso, exceptúa literalmente «lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real», y lo establecido en la propia Ley hace referencia exclusivamente a los bienes afectos. Ahora bien, el autor concluye que puesto que ello significaría un trato más beneficioso para el acreedor hipotecario derivado de la afección de los bienes a la actividad propia del deudor y dado el itinerario legislativo, del que resultaría palmario que el legislador no

Por su parte, BLANQUER UBEROS entiende que la reserva a favor de la LC (arts. 568 LEC y 127 LH, en su redacción dada por la LC, Disp. Final 3.^a 7 y Disp. Final 7.^a) del tratamiento legal acerca de la suspensión o de la paralización de las ejecuciones o realizaciones hipotecarias tiene un efecto, o consecuencia singular cuando la LC no decide el tratamiento legal correspondiente a las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes no afectos; la omisión del uso de la reserva legal provoca, para evitar un vacío normativo, la aplicación de la regla general que el ordenamiento haya promulgado fuera del ámbito de aplicación de la LC [que es la de la continuidad] (18).

HERBOSA MARTÍNEZ considera que ante el vacío normativo existente, cabe mantener «dos posibles interpretaciones: *a*) a falta de previsión específica, estimar aplicable el régimen general establecido para las ejecuciones singulares en el artículo 55 LC, según el cual, no podrán iniciarse nuevas ejecuciones ni continuar las que se hallaren en tramitación desde la fecha de la declaración de concurso (arts. 55.1 y 55.2), lo que implicaría la pérdida del privilegio de ejecución separada; *b*) entender que se mantiene el privilegio de ejecución separada establecido en la antigua regulación para los acreedores hipotecarios». La autora reconoce que una interpretación estrictamente literal de la Ley llevaría a la primera solución, dado que el apartado 4 del artículo 55 solo exceptúa de la regla general prevista en los apartados 1 y 2, «lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real», y lo cierto es que la Ley solo se refiere en el artículo 56 a las garantías reales que recaen sobre bienes afectos, por lo que habría cierta base para pensar que las demás ejecuciones se regirán por la regla general establecida en el artículo 55 LC. La autora, sin embargo, se inclina por la interpretación que hemos descrito bajo la letra «b», apoyándose en los precedentes legislativos y sobre la base de una interpretación lógica y teleológica de la norma. Así dice que si la finalidad de la suspensión temporal de las ejecuciones a que se refiere el artículo 56 LC es impedir las ejecuciones que puedan comprometer la conservación de la empresa, por recaer sobre bienes afectos a la actividad empresarial, no tiene sentido que las ejecuciones que no recaigan sobre los bienes señalados queden suspendidas de manera definitiva conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 y 2 (19).

DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, por su parte, en una tercera vía, proponen que la regla del artículo 56.1 (suspensión del ejercicio de garantías reales) tiene una excepción que se infiere a sensu contrario de la letra del precepto para las garantías reales sobre bienes no afectos. Se entiende esta excepción —dice— a la luz de las razones que explícitamente mueven al legislador, según lo manifestado en la Exposición de Motivos, a establecer la regla general de suspensión (20).

quiso poner límites a la ejecución de garantías reales, salvo cuando recaen sobre bienes afectos, lo más razonable es entender que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos puede iniciarse o continuar tras la declaración de concurso. CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GALLIGO, J. (Coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 4861 y 4862.

(18) BLANQUER UBEROS, R., *op. cit.*, págs. 309 a 311.

(19) HERBOSA MARTÍNEZ, «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, págs. 304 y 305.

(20) Sin embargo, pese a lo que apuntan DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, los términos de la Exposición de Motivos, que responden al borrador de Anteproyecto de 30 de marzo de 2000, extienden la paralización de ejecuciones de garantías reales a los

De lo expuesto puede concluirse que, por una vía u otra, la doctrina en general coincide en defender la no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, y por lo tanto, sobre la vivienda familiar (21). Esta es la interpretación acogida por los Tribunales, por ejemplo, en el AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 26 de octubre de 2009 (AC 2010/131), que después de indicar que el artículo 56 LC fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y señalar que en el caso de los bienes afectos procede la paralización y suspensión de los artículos 56.1 y 2, sienta: «*Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas*», concluyendo que como el bien no es afecto, entre otras razones, porque no ha sido negada la afirmación de la parte actora que pretendía la ejecución, en orden a que se trata de una vivienda que constituye domicilio particular del administrador de la concursada, debe revocarse el auto del Juzgado de lo Mercantil recurrido que inadmitía a trámite la demanda de juicio ejecutivo hipotecario frente a la concursada, y admitir a trámite la demanda. En la misma línea, el AAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010/164541), indica: «*al versar el presente procedimiento de ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto a la actividad empresarial de la demandada, en concreto sobre un apartamento turístico para cuya compra se formalizó la hipoteca, es de aplicación el artículo 55.4 LC, según el cual se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real, los cuales sí que pueden iniciar la ejecución de tales garantías, con la única excepción de que las mismas recaigan sobre bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, lo que como se ha dicho no es el caso*. Concluye, pues, la Audiencia estimando el recurso contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia (que había entendido que el bien objeto de la garantía era bien afecto) de archivar el procedimiento de ejecución hipotecaria instado por el acreedor hipotecario (22). Igualmente, el AJM, número 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005/161), por el que se dispone la declaración de concurso voluntario de los cónyuges don José G. E. y doña Carmen B. T., ante la reclamación por la parte instante de la suspensión de un procedimiento hipotecario seguido ante los Juzgados de Manresa al amparo del artículo 56 LC, señala que, «dicha medida es procesal y materialmente

bienes afectos y no afectos, y lo que nos interesa destacar, la finalidad de que la ejecución separada no impida soluciones más beneficiosas para los intereses del deudor y de la masa pasiva, está presente, tanto en el caso de ejecución de garantías sobre bienes afectos como no afectos. Luego no es muy sólida la justificación que dan DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL.

(21) No obstante, hay autores como DÍAZ FRAILE y J. J. JURADO, que afirman la inexistencia de ejecución separada de la hipoteca.

(22) Señala el auto que el hecho de que el bien haya sido empleado por el deudor como garantía con la que obtener financiación para el desarrollo del negocio, no sería motivo bastante para considerarlo como bien afecto a la actividad a los efectos establecidos en el artículo 56 LC. Sobre el tema de la *afección financiera* y si ésta es suficiente para considerar al bien afecto a la actividad empresarial, vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, julio-septiembre, 2010, pág. 125, nota 103.

inviabile en el supuesto de autos, dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, *circunstancias que no concurren en el caso de autos, ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual...*» En la misma línea cabe citar el AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 8 de enero de 2008 (*JUR* 2008/116395) (23); AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/3963) (24), y AAP de Lleida (Sección 2.^a), de 20 de julio de 2009 (*JUR* 2009/464562), que indica: «al hilo de las soluciones legislativas establecidas en otros ordenamientos (principalmente en Estados Unidos), en los últimos tiempos se ha venido

(23) Ruralcaja había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Castellón. La Magistrado-Juez paralizó la ejecución hipotecaria contra la mercantil Materiales Murive, S. L., y don Manuel, hasta que se aprobase un convenio o transcurriese un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, por apreciar el Juzgado que la mercantil demandada se encontraba en situación de concurso, conforme lo establece el artículo 56 LC. Ruralcaja discrepa de tal criterio y solicita de la Sala su revocación, ordenando la reanudación de la ejecución, alegando que no existe constancia en el proceso de ejecución hipotecaria de la existencia de un concurso, y aunque efectivamente existiese un concurso voluntario, no existe el menor indicio de la afección de los bienes hipotecados a la actividad empresarial. La Sala considera que asiste la razón a la entidad recurrente y estima el recurso. La Juzgadora de instancia, dice, aplica incorrectamente las normas que regulan la materia, porque si se tratara de un concurso «*solo los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad quedarían sujetos a la paralización exigida por el artículo 56 LC, lo que no puede predicarse de una vivienda particular y de una plaza de garaje que son los bienes hipotecados en el presente procedimiento*».

(24) Resuelve un recurso de apelación interpuesto por los ejecutados en un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de 1.^a Instancia, número 3 de Vinaroz. Alegan éstos que el procedimiento de ejecución hipotecaria estaría viciado de nulidad desde la diligencia de ordenación de fecha 13 de junio de 2006, por haberse llevado a cabo actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia con posterioridad a la comunicación por el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Pontevedra de que doña Aurora (demandada ejecutada) había sido declarada en concurso, pues, a partir de ese momento, el juzgado competente de manera exclusiva es el del concurso. A esta alegación responde la Audiencia que de la documentación que obra en autos consta que en fecha 12 de diciembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia remitió escrito al Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra en contestación al escrito de éste comunicando la declaración de concurso, en el que se señalaba que *no ha lugar a la suspensión en vía de apremio instada en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 56 LC de 2003, siendo el auto que declara el concurso de fecha de 13 de noviembre de 2006, y estando ya en esa fecha publicados los anuncios de subasta del bien afecto y la ejecución no afecte a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión esta última que no ha sido probada por el deudor ya que por el contrario, la finca es descrita como vivienda en la propia escritura de préstamo hipotecario. Por todo ello, cabe concluir que todo lo actuado en el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión lo ha sido en todo momento conforme a derecho por lo que no puede prosperar la pretensión deducida por el recurrente* [sobre la competencia para el conocimiento de la ejecución hipotecaria, una vez declarado el concurso, que nosotros entendemos que corresponde al juez del concurso, remitimos a lo que ya expusimos en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2010, núm. 3, julio-septiembre, y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 2011].

hablando del concurso de personas físicas como mecanismo para evitar ejecuciones contra los bienes del concursado, singularmente, las ejecuciones hipotecarias contra la vivienda del deudor. Ciertamente, el régimen jurídico de las ejecuciones individuales y apremios establecido en la LC determina, con carácter general, que se impida el inicio de nuevas ejecuciones o apremios contra el patrimonio del deudor, una vez declarado el concurso y que se suspendan las ejecuciones y apremios pendientes (arts. 55 y 56 LC). *Ahora bien, esta regla tiene como principal excepción las garantías reales sobre bienes del concursado que no estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva...*».

Expuesta la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, conviene que hagamos una crítica de la situación legislativa actual, partiendo de esta interpretación que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia dan como válida.

Esta medida de no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar, como ha indicado CUENA CASAS, resulta discriminatoria para las familias. Junto a ello, hay que traer a colación el «*Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios, relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*», que entre las medidas concretas de alternativa a la mencionada situación propone modificar el artículo 131 de la LH y su equivalente en la LEC, «para permitir a los consumidores *paralizar la ejecución hipotecaria*» (25). Si tal se propone por el Consejo de Consumidores y Usuarios al margen de la LC, con mayor motivo en el ámbito concursal, cuando la situación económica de la familia es aún más desesperada, el legislador debería arbitrar, mediante la correspondiente reforma legislativa, la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar.

Hay que notar, por otro lado, que si la LC propugna la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial, en aras de la continuación de la actividad empresarial y de la consecución de un convenio que podrá prever la supervivencia de la empresa mediante su traspaso a un tercero, fusión, etc., obra así, no ya solo por el interés de la masa de acreedores en el cobro de sus créditos, fin primordial del concurso, sino también, por razón de la función social que tiene la empresa y los beneficios que produce a la colectividad en general, no solo por el mantenimiento de la pro-

(25) Se propone la siguiente redacción (si bien no coincidimos plenamente con ella): «Cuando la ejecución hipotecaria sea sobre la vivienda habitual y el acreedor hipotecario una entidad de crédito o financiera de cualquier clase, el propietario que tenga la consideración legal de consumidor podrá pedir, en cualquier momento anterior o posterior al acuerdo de ejecución al juez para que, en lugar de ordenar la subasta del bien establezca necesariamente un acuerdo entre acreedor y deudor. En caso de que el consumidor-deudor no haya planteado esta petición antes del acuerdo de ejecución, el Juez le informará de oficio de esta posibilidad. Este derecho se podrá ejercer en aquellos supuestos en los que el consumidor-deudor pruebe que el impago trae causa por la situación económica personal familiar, por desempleo, fallecimiento del cónyuge, separación, etc. En este acuerdo, el consumidor será asistido por un representante de entre las Instituciones de Consumo, Asociaciones de Consumidores y otras instituciones sociales que libremente escoja como mediador. Cuando las partes no lleguen a acuerdo sobre la reordenación de deudas en un plazo de dos meses, sobre la base de propuesta de acuerdo planteada y rechazada, el Juez podrá establecer el aplazamiento de la deuda, quita, reducción de intereses, etc. Durante la tramitación de todo este proceso, así como durante el plazo que [en] el acuerdo de mediación se haya establecido o lo haya establecido el juez, el consumidor seguirá viviendo en su vivienda habitual».

ducción, sino por el mantenimiento de los puestos de trabajo y los salarios, lo que permite la supervivencia de muchas familias. Indirectamente, pues, la LC, al prever la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes afectos, protege a las familias. Si tal hace la ley de un modo indirecto, con mayor motivo debería hacerlo de un modo directo cuando lo que esté en juego no sea la economía de la empresa sino la economía familiar. Como señala BLANQUER UBEROS, «el significado social y humano que tiene la pérdida de la vivienda familiar de una persona endeudada [como consecuencia de una ejecución hipotecaria] invita a reflexionar acerca de la posible moderación o exclusión de esta penosa pérdida».

Ahora bien, como los bienes no afectos pueden ser muy variados (fincas rústicas, segundas viviendas...), la modificación legislativa que propugnamos debería preverse, al menos, respecto de la *vivienda familiar*, para el deudor sobreendeudado (insolencia inminente) o en insolencia actual, de buena fe (26), (consumidor o empresario individual), y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

3. UNA INTERPRETACIÓN POSIBLE, DE ACUERDO CON EL ELEMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL, EN TANTO SE PROCEDE A LA MODIFICACIÓN DE LA LC

Las críticas a que hemos hecho alusión en el epígrafe anterior nos llevan a formular la siguiente interpretación que entendemos admisible, siempre que no perjudique el interés del concurso. Dado que la excepción prevista en el artículo 55.4 a las previsiones del artículo 55.1 y 2 lo es solo para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por el artículo 55.2, esto es, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito hipotecario. Insinuado éste e incorporado a la lista de acreedores (reconocimiento forzoso, art. 86.2), el acreedor hipotecario podrá adherirse al convenio o ejercitar su derecho de abstención. Si ejercita este último, cobrará con cargo al convenio, ajustándose al orden de su graduación, con arreglo a las condiciones pactadas en la escritura de constitución del préstamo. Si se llegase a la ejecución colectiva, el bien hipotecado se realizaría con otros bienes, de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148 LC), o con las reglas legales supletorias (art. 149). Esta interpretación podría prosperar, en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, para la problemática de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del concursado. Dado que las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y dicha interpretación consiste, en palabras del propio legislador reformador del Título Preliminar del Código Civil, en acomodar en cierta medida los preceptos legales a circunstancias surgidas tras la promulgación de los mismos, enten-

(26) Habrá que determinar qué se entiende por buena fe. Como primera aproximación podríamos indicar que se ha de reputar de buena fe al consumidor que ha asumido un endeudamiento responsable.

demos que no puede obviarse la evidencia de la actual situación de crisis económica que atraviesa España, *circunstancia sobrevenida tras la promulgación de la LC*, que obliga a tener en cuenta, a la hora de interpretar aquélla, *las situaciones de sobreendeudamiento que padecen las familias españolas*, discriminadas por la Ley concursal respecto del empresario individual o societario si se interpreta la Ley en un sentido de continuación de las ejecuciones hipotecarias, tras la declaración de concurso, si recaen sobre bienes no afectos, singularmente la vivienda familiar.

Los argumentos recogidos antes y aducidos en contra de la interpretación que propugnamos no pueden prosperar. No es creíble que la LC formule una regla *implícita* de concesión del privilegio de ejecución separada para todas las garantías hipotecarias (art. 55.4), y unas excepciones expresas (art. 56). A CARRASCO PERERA no se le oculta la debilidad de esta interpretación. Las reglas generales suelen ser de formulación *expresa* en las normas. Y las excepciones lo son a la regla general *expresa* anteriormente formulada. En nuestro caso, a la formulada en el artículo 55.1 y 55.2 LC (27). El vacío normativo para las hipotecas sobre bienes no afectos existente tras la supresión del artículo 55.5 del Proyecto, ha de llenarse acudiendo a la regla general, que solo exceptúa lo relativo a *bienes afectos*. Tampoco puede buscarse una excepción para los bienes no afectos a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 56. *En ausencia de norma particular expresa hay que recurrir a la norma general formulada* (art. 55). El itinerario legislativo solo nos conduce a dicho vacío normativo (28). No resulta absurdo que los acreedores sobre bienes no afectos resulten peor tratados. La Ley puede querer incentivar en un grado mayor el crédito a las empresas y favorecer la posición del deudor, persona física que disfruta de una vivienda familiar. El acreedor hipotecario sabe a quién presta y el régimen a que estará sometido en caso de concurso. La ejecución separada es un privilegio y no tiene por qué concederse indiscriminadamente. La hipoteca del acreedor con garantía sobre un bien no afecto sobrevive al concurso. No es exacto que la LC contenga solamente una regla particular aplicable a las ejecuciones de las hipotecas sobre bienes afectos y carezca de toda otra regla, concebida en términos generales o particulares, que determinase la suspensión de las ejecuciones de los créditos garantizados con hipoteca sobre los bienes no afectos, cuyo vacío conduciría a la aplicación de la regla general contenida en la LEC y en la LH, que impone la continuidad de la ejecución, cuando ésta

(27) El artículo 55.1 y 2 de la LC contienen una norma general de paralización y suspensión de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ya sean aquéllas ordinarias, ya sean hipotecarias, pues el precepto no distingue. Se refiere a toda ejecución. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados 55.1 y 55.2, *lo establecido en esta ley* para los acreedores con garantía real. Pero *lo establecido es exclusivamente lo previsto en el artículo 56 para las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos, cuya paralización o suspensión se produce exclusivamente por el tiempo de un año como máximo*. Según esto, no parece que pudiera entenderse que el artículo 55.4 contiene una *regla general implícita*, que permite la iniciación o continuación de ejecuciones hipotecarias, y por lo tanto de aquéllas que recaen sobre bienes no afectos. Nótese que la doctrina solo puede hablar de regla implícita porque explícitamente el precepto no afirma sino lo que hemos indicado.

(28) Es cierto que el mayor argumento de cara a la no paralización o suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos es el decurso legislativo. Sin embargo, dado que el legislador no solo eliminó la suspensión, tras la realización de los bienes, de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, cosa que pudo haber hecho, sino el *íntegro* artículo 55.5, el resultado producido, independientemente de la intención del legislador, es el expuesto.

no se plantee en el curso de un procedimiento de concurso. Es evidente que existe una regla general en el artículo 55.1 y 2 LC. La LEC y la LH remiten la solución de la continuidad de las ejecuciones a la LC y es en ésta donde hay que encontrar la solución. En cuanto a buscar aval en los precedentes legislativos, no hay que olvidar que hasta 1869 y, al menos, desde las Ordenanzas de Bilbao, rigió en el Derecho español el principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, principio que puede recuperar el legislador. Si bien la suspensión del artículo 56 LC obedece, entre otros motivos, a evitar ejecuciones que puedan comprometer la continuidad de la actividad empresarial y con ello dificultar soluciones convenidas del concurso, favorables a los intereses del deudor y de la masa pasiva, en el caso de la suspensión de las ejecuciones sobre bienes no afectos, que postulamos para el caso concreto de la vivienda familiar (29), tal suspensión obedece a la evitación de una discriminación hacia el concursado persona física y como solución razonable que atempera la penosa pérdida de la vivienda familiar, aparte de obedecer a la finalidad de no dificultar la definitiva configuración de la masa activa, ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva (esta interpretación lleva al acreedor hipotecario a la mesa de negociaciones). Todo lo dicho en el bien entendido caso de que no se perjudique el interés del concurso.

Hay que señalar que el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LC no ha introducido, entre las modificaciones propuestas, la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar (30).

(29) La paralización que propugnamos sobre la base del artículo 55.1 y 2 LC, lo es para el deudor sobreendeudado (insolvencia inminente) o en insolvencia actual, de buena fe (consumidor o empresario individual) y para la vivienda familiar, por lo menos la que tenga el carácter de principal, si hay varias viviendas habituales de la familia y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

(30) El Anteproyecto reforma el artículo 47, relativo al derecho de alimentos del concursado, el artículo 49 (sobre integración de la masa pasiva), indicando que en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal; el artículo 56, añadiendo un párrafo 5.º con el siguiente tenor: «Corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Igualmente, en el artículo 101, sobre propuestas de convenio condicionadas, señala que la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada. Pero que por excepción, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros en el sentido por él indicado. Finalmente, en el artículo 145 se señala que si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge e hijos bajo su potestad. Estas reformas, junto a las explicadas en notas anteriores, son básicamente las que afectan al concurso de personas físicas. Pero nada se incluye sobre la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar.

4. OTRAS ALTERNATIVAS

De no aceptarse por los Tribunales la interpretación anterior, y producirse la ejecución hipotecaria intraconcursal de la vivienda familiar (o sea, ante el Juez del Concurso), resultarían de aplicación expedientes como los siguientes:

Por un lado, la doctrina sentada en el Auto número 111/2010, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010 (31).

(31) Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella/Lizarrza, se siguió un procedimiento de ejecución hipotecaria por una entidad financiera frente a unos deudores. El préstamo con garantía hipotecaria se había concedido por importe de 59.350 €, ampliado el 26 de marzo de 2007, en 11.865,39 €. Ante el impago de las cuotas pactadas, el banco ejecutante dio por resuelto el contrato y solicitó la ejecución de la hipoteca. Habiendo quedado desierta la subasta, se interesó se dictara auto de adjudicación a favor del banco ejecutante, adjudicándosele la finca por importe de 42.895 €, por auto de 24 de septiembre de 2009. El Banco ejecutante, mediante el correspondiente escrito, solicita se prosiga la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 € de principal, más 8.438,86 €, calculados para intereses y costas. Dicha petición es denegada por Auto de fecha 13 de noviembre de 2009, *que no da lugar a continuar la ejecución salvo para costas y liquidación de intereses*. El demandante interpone recurso de apelación contra el referido Auto. La Audiencia confirma el auto recurrido por entender que es ajustado a Derecho. La Audiencia considera que la petición de la entidad financiera de que continúe la ejecución, no constituye un abuso de derecho, como señala la Juzgadora de Instancia, dado que la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado. Sin embargo considera que la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente, *por lo que supone un acto propio, del propio banco, cuando siendo el objeto y finalidad del préstamo, la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75900 €. Es decir, el propio banco la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que era de 71.225,79 €.* «Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas».

El Banco recurrente alegó en su recurso que el valor real de la finca, al tiempo en que se le adjudica, es inferior al valor inicial asignado, lo que apoya en una eventual nueva tasación, que aportó con el escrito de recurso, siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de 6 de septiembre de 2010, Auto que no fue recurrido, por lo que no consta en las actuaciones otro valor de tasación que el que consta en la escritura de constitución de la hipoteca. *Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera correctas las consideraciones de la juzgadora de instancia.*

A pesar de entender que no existiría abuso de derecho por parte de la entidad bancaria, la Sala se plantea una reflexión relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido. La manifestación de ésta de que la finca subastada tiene hoy un valor real inferior se basa en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica. Ante estos argumentos, la Sala indica que tal situación tiene en su origen una causa precisa y que no es otra que *la mala gestión del sistema financiero*. Con ello no se quiere decir que el causante de la crisis sea el Banco recurrente, pero sí que no se puede desconocer su

Ello llevaría a la no aplicación del artículo 157.2 LC, cuando se hubiesen dado en la ejecución hipotecaria intraconcursal las circunstancias señaladas en el Auto.

Por otro lado, cabría que el concursado recurriera a la rehabilitación de créditos prevista en el artículo 68 LC para salvar de la ejecución hipotecaria su vivienda familiar.

Como parece que el artículo estaría pensando fundamentalmente en facilitar la continuación de la actividad empresarial, si se tratase de rehabilitar un contrato de préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar, ello podría verificarse en el caso de que de la operación resultase un *beneficio para el concurso*.

Finalmente, cabría plantear el uso de la facultad de rehabilitación que el artículo 693.3 LEC, en relación con el párrafo 2º del mismo precepto, reconoce al deudor hipotecario. Cuando el préstamo hipotecario llevase incorporada una cláusula de vencimiento anticipado inscrita en el Registro de la Propiedad, y el bien hipotecado fuese la vivienda familiar (por lo menos, la *habitual principal*) el deudor podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien [de la ejecución hipotecaria] mediante la consignación de «la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte».

Dado que, según la posición mayoritaria de la doctrina y según la jurisprudencia, es posible la *ejecución separada* de la hipoteca sobre la vivienda familiar, sin sujeción a suspensión alguna por la declaración de concurso, conforme a las normas del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1 LC), por lo menos, en el caso de seguirse los trámites del Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC, cabe plantearse si en esa *ejecución separada intraconcursal* (dado que se verifica ante el Juez del concurso), el deudor o la administración concursal pueden hacer uso de este trámite del artículo 693.3 LEC.

La dificultad que se plantea a primera vista es que el pago al acreedor hipotecario se realizaría al margen de la regla que impide el pago de las obligaciones concursales hasta la aprobación de un convenio o la fase de liquidación, y como excepción a la regla que establece que el pago de las obligaciones con garantía real se llevará a cabo *con cargo a los bienes y derechos afectos al privilegio especial, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva* (art. 155.1 LC), *pues el pago se verificaría con cargo a la masa del concurso*. A nuestro juicio, sin embargo, ello sería posible *siempre que por esta vía se obtuviese un beneficio para el concurso* (arg., ex arts. 68, 155.2 y 56.3 LC, *preceptos que regulan figuras con las que*

condición de integrante del sistema. A tenor del elemento de la realidad social del artículo 3.1 del Código Civil, hay que indicar que es moralmente rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, *que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero*.

En definitiva, se considera ajustada a Derecho la resolución de la Magistrado-Jueza de Primera Instancia, y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan solo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación.

guarda alguna semejanza la facultad del art. 693.3 LEC) (32) y cuyo régimen jurídico podría darnos luces acerca de cómo encuadrar la facultad del artículo 693.3 LEC en el seno de una ejecución hipotecaria intraconcursal dirigida contra ejecutado concursado.

Réstanos indicar, sin pretensiones de agotar la materia, que en opinión de SÁNCHEZ RUS, la administración concursal también puede hacer uso de la facultad del artículo 155.2 LC en caso de bienes no afectos (y por lo tanto de la vivienda familiar del concursado), en el plazo que medie entre la suspensión de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso ante el Juez civil (art. 568 LEC), incompetente para el conocimiento de la ejecución desde la declaración de concurso (art. 8.3 LC) y su reanudación ante el Juez del concurso, que sería el competente para su conocimiento (art. 57.1 LC). Interpretación admisible, siempre que con ello se obtenga un beneficio para el concurso.

IV. CONCLUSIONES: EL DEUDOR HIPOTECARIO, OLVIDADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La interpretación mayoritaria de los artículos 55 y 56 LC, según la cual, la presentación de concurso voluntario por el deudor no permite paralizar o suspender la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar hace del deudor hipotecario consumidor el gran olvidado por la legislación española. A la carencia de un procedimiento concursal que paralice la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar se suma la inexistencia de instituciones acogidas en el Derecho Comparado como la dación en pago extintiva de la deuda hipotecaria con independencia del valor del inmueble [aunque palía esta situación la doctrina acogida por el AAP de Navarra referido] o el derecho de rescate (*right of redemption* o *right to redeem*), admitidas en el Derecho norteamericano (33).

(32) Así, la opción del artículo 155.2 LC, puede ejercitarla a su discreción, aunque bajo su responsabilidad, la administración concursal, en aras del superior interés del concurso (porque por esta vía se logre la conservación de la empresa, y a través de ello, se logre una fuente de ingresos para la masa activa, o porque posibilite un convenio o una liquidación favorable para el concurso (en globo o sujeta a reglas especiales de liquidación) o simplemente porque la falta de ejecución separada pueda ser beneficiosa para la masa (por ejemplo, la administración concursal considera que liberado el bien de la carga hipotecaria, puede obtenerse un mejor precio en la venta del mismo, incluso de forma aislada, que cuando ese mismo bien es ejecutado de forma separada por el acreedor privilegiado). Algunas de estas razones que justifican el uso por la administración concursal de la facultad excepcional del artículo 155.2, pueden estar presentes y justificar el uso de la facultad del artículo 693.3 LEC, no tanto en interés del deudor hipotecario, como inicialmente piensa el precepto, sino en interés del concurso, dado que estamos en presencia de una ejecución hipotecaria intraconcursal. Si bien este interés del concurso puede permitir salvar un bien de primera necesidad para el consumidor concursado.

(33) La figura del derecho de rescate del bien hipotecado ya era conocida en el Código de Justiniano [C.8, 34 (33), 3]. Se preveía la posibilidad de adjudicación en dominio al acreedor de la prenda, pero «tenga el deudor, por consideraciones de compasión, humanitaria acción sobre su propia cosa dentro del término de dos años, contaderos desde el día de la sacra resolución [por la que se le adjudica al acreedor en dominio la prenda], y séale lícito ofrecer al acreedor, que ya fue hecho dueño, la deuda con los intereses y los perjuicios causados por su falta al acreedor, cuya cuantía debe manifestar bajo juramento el acreedor, y recuperar su prenda. Mas si hubieren transcurrido los dos años, tenga el acreedor y también dueño plénisimamente la cosa ya hecha suya irrevocablemente...».

Reputándose del todo insuficiente la medida adoptada por el Gobierno a través del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, consistente en aumentar la cuantía del salario inembargable en la ejecución posterior a la ejecución hipotecaria, cuando ésta no ha permitido la íntegra satisfacción de la deuda (34).

A nuestro juicio se precisan reformas urgentes que alivien la situación de sobreendeudamiento hipotecario de las familias, como la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar por la declaración de concurso, la reforma del artículo 105 LH y de la LEC, así como la adopción de una jurisprudencia consolidada en la línea del Auto citado de la AP de Navarra (35).

Se trata de la posibilidad legal de recuperar el bien inmueble ejecutado una vez que éste ha sido enajenado y rematado a favor del mejor postor, en el marco de una ejecución judicial hipotecaria. Es un derecho ejercitable durante un plazo (que se otorga para buscar, por parte del deudor ejecutado, una nueva refinanciación o para superar la circunstancia personal o laboral que le hubiese conducido al incumplimiento. Si dicho período, que oscila entre un mes y veinticuatro meses en los diferentes Estados de EE.UU., transcurre sin que se ejercite el rescate, el remate del bien es definitivo y su pérdida, para el deudor, irrecuperable) y que tiene una clara finalidad social, como es la de paliar la pérdida irremisible de un bien inmueble, protegiendo la propiedad adquirida. Existe, como decimos, en muchos Estados de los Estados Unidos.

El Derecho portugués conoce el *Dereito de remir*, regulado en los artículos 912 a 915 del Código de Proceso Civil. Se concede al cónyuge y a los parientes, en línea recta del ejecutado, un especial derecho de preferencia para la adquisición del bien enajenado judicialmente en una ejecución forzosa. En este caso, se excluye al deudor ejecutado como legitimado para disfrutar de esta opción. En el fondo late la finalidad social de la protección del patrimonio familiar para evitar la salida de los bienes hipotecados y ejecutados del mismo. La naturaleza jurídica de este derecho es la de un derecho de preferencia cualificado que prevalece frente a otros derechos de preferencia establecidos legal o convencionalmente, y que circunscrito al proceso de ejecución forzosa debe ejercitarse en un plazo de tiempo concreto, que varía en función del tipo de venta o ejecución que se haya efectuado respecto del bien cuya reintegración patrimonial se pretende y también de si ya se ha formalizado por escrito la transmisión (MARTÍN DÍZ, F., «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009, págs. 13 a 16).

(34) Esta medida, que modifica el artículo 607 LEC, resulta insuficiente, pues el deudor hipotecario, *habiendo perdido su vivienda familiar, sigue sujeto al pago del crédito restante, viéndose abocado a un embargo de nóminas prácticamente a perpetuidad*, pudiendo recurrir a una clandestinidad financiera y económica. Aunque la doctrina del citado Auto de la Audiencia de Navarra evita, en buena medida, esta situación.

(35) Y otras medidas que propusimos en nuestro trabajo ya citado, «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal».

Otros autores (MARTÍN DÍZ) abogan por la introducción de un derecho de rescate del bien hipotecado ejecutado, así como la instauración de una facultad moderadora del juez en el ámbito de la ejecución forzosa hipotecaria, en cuanto a la fijación de nuevos plazos, cuantías y desarrollo del cumplimiento de la obligación hipotecaria inatendida y reclamada judicialmente. Esta facultad moderadora contrarrestaría, en opinión del autor, el hecho de que el procedimiento judicial sumario hipotecario implique la ejecución, pese a que solo se vea afectado por el incumplimiento del deudor una parte del crédito. Señala que es ilustrativa, en este sentido, la reflexión que aporta la STS de 4 de junio de 2008, al analizar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. El autor propugna que se regule en la LEC en el seno del procedimiento especial hipotecario, una atribución al juez de similares características a la que se le concede en el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Se permitiría así matizar el incumplimiento de la obligación, moderando equitativamente la ejecución instada, para suspenderla y archivarla temporalmen-

V. BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS, R.: «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cuena Casas, M., y Colino Mediavilla, J. L. (Coord.), Ed. Aranzadi, 1.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2009.
- CUENA CASAS, M.: «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1 de 2009.
- MARTÍN DÍZ, F.: «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 8 de enero de 2008 (*JUR* 2008/116395).
- AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/3963).
- AAP de Lleida (Sección 2.^a), de 20 de julio de 2009 (*JUR* 2009/464562).
- AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 26 de octubre de 2009 (*AC* 2010/131).
- AAP de León (Sección 2.^a), de 8 de marzo de 2010 (*AC* 2010/369).
- AAP de Salamanca (Sección 1.^a), de 15 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164541).
- AAP de Navarra (Sección 2.^a), de 17 de diciembre de 2010.
- AJM, núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (*AC* 2005/161).

RESUMEN

EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. INCIDENCIA DEL CONCURSO. REHABILITACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

La mayoría de la doctrina y los Tribunales entienden que la declaración de concurso, si bien incide en las ejecuciones ordinarias sobre la vivienda familiar planteadas antes de la declaración de concurso, no tiene efectos paralizadores o suspensivos de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar. Sin embargo, puede ofrecerse una interpretación acorde a la

ABSTRACT

FORECLOSURE ON THE FAMILY HOME. EFFECT OF BANKRUPTCY. REINSTATEMENT OF THE MORTGAGE LOAN

The majority of legal doctrine and courts hold that, while a declaration of bankruptcy does affect any ordinary foreclosure on the family home begun before the declaration of bankruptcy, a declaration of bankruptcy does not freeze or suspend mortgage foreclosure on the family home. However, an interpretation can be offered that is in tune with social reality in the current context of economic crisis. The inter-

te, mediante la concesión al ejecutado de nuevos plazos, formas y cantidades a pagar, ante una situación de crisis económico-familiar temporal. Esta solución está contemplada por el Código Civil francés (arts. 1244-1; 1244-2 y 1244-3) (*op. cit.*, págs. 17 a 19).

realidad social del actual contexto de crisis económica, que salve la discriminación que respecto del concursado empresario individual o empresa, supone la interpretación que se está dando de los artículos 55.4 y 56 LC. Para el caso de no admitirse tal interpretación, se analizan diversos expedientes que evitan la ejecución hipotecaria o limitan la cuantía reclamable por el acreedor hipotecario con cargo al convenio o en la liquidación colectiva.

pretation that is being accorded to articles 55.4 and 56 of the Bankruptcy Act involves some discrimination with respect to bankrupt business owners or enterprises, and the interpretation in this paper addresses that discrimination. In the event such an interpretation is not accepted, various proceedings are analysed that avoid foreclosure or limit the sum the lender may claim under the creditors' agreement or collective liquidation.

2. MERCANTIL

LA PRESCRIPCIÓN DEL AGENTE

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. LA INCÓGNITA DE LA EXPRESIÓN «AGENTES DE NEGOCIOS» Y EL ARTÍCULO 1967.1 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. EL DEBATE DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.—IV. LA PROPUESTA DE PRESCRIPCIÓN TRIENAL.—V. EPÍLOGO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

A finales del pasado año el Tribunal Supremo ha tenido de nuevo oportunidad de pronunciarse sobre la prescripción de la acción de reclamación de comisiones devengadas y liquidadas derivadas de un contrato de agencia, tema debatido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010/7317), resuelve en casación un supuesto en que el agente comercial reclamó en la instancia 252.425 euros a Morteros y Revocos Bikain, S. A., en concepto de comisiones devengadas entre el 4 de octubre de 1993 y el 30 de junio de 1995, con base al contrato suscrito con fecha 4 de octubre de 1993 y aportado como documento número 1 de la demanda; el Juzgado de Instancia declaró prescrita la acción ejercitada por entender aplicable el plazo de prescripción de cinco años del artículo 1966-3.º del Código Civil (*LEG* 1889, 27), lo que no se compartió por el actor, siendo éste el primer motivo del que fuera su recurso de apelación, pues consideró que debía aplicarse el plazo general para las acciones personales, de quince años, del artículo 1964 del mismo Código sustantivo.

El recurso de apelación fue resuelto en su día por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 29 de abril de 2005 (*AC* 2005/1407), mediante la siguiente argumentación, en lo que ahora nos interesa:

«El recurso se admite en este punto ya que, si bien en la cláusula sexta del contrato antedicho se pactó, expresamente, “las comisiones se liquidarán mensualmente”, la reclamación no tiene por objeto unas concretas comisiones devengadas y giradas a Bikain para ser pagadas en un mes o meses concretos (lo que permitiría la aplicación del art. 1966-3.º del Código Civil [LEG 1889, 27], al igual que ocurriría en reclamaciones de rentas arrendaticias, cuotas de un préstamo o pensiones alimenticias con compromiso, en todos los casos, de pago mensual), sino una deuda generada, a juicio del actor, a lo largo de los 21 meses a que se extendió la relación contractual, por impago de las comisiones a que el actor se cree con derecho sobre la totalidad de las ventas a terceros efectuadas por su comitente en ese tiempo en la zona territorial adjudicada al agente, sin concreción de meses concre-

tos y sin aplicación ni cálculo de unas comisiones determinadas a unos meses específicos; en definitiva, el señor Armando denuncia un incumplimiento parcial de contrato por parte de Bikain del que surge el crédito cuya satisfacción reclama, por lo que el plazo prescriptivo es el general de quince años del artículo 1964 de Código Civil, como ratifica la jurisprudencia acertadamente citada por el recurrente y la sentencia del TS de 26-2-01 (RJ 2001/2553), Fundamento Jurídico segundo in fine, entre otras».

Para poder comprender el motivo del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2010, es necesario hacer constar que, como dice la misma: «...En el desarrollo argumental de su primer motivo de casación la parte recurrente, que ya no insiste en que el plazo de prescripción aplicable sea el de tres años del artículo 1967-1.º del Código Civil, como sostuvo en su contestación a la demanda, sino el de cinco años del artículo 1966-3.º del mismo Cuerpo legal, alega, en síntesis, que lo determinante es la naturaleza de la obligación en cuyo incumplimiento se funda la demanda, obligación que era de liquidación y pago de comisiones al agente demandante con una periodicidad mensual...», esto es, el principal recurrente abandona en su argumento casacional su tesis consistente en que lo aplicable al caso es la prescripción trienal del artículo 1967.1 del Código Civil, de ahí que el fallo casacional se presentase del siguiente tenor:

«2.ª La demanda se funda, pues, no en un incumplimiento total del contrato, pues al actor se le liquidaron y pagaron comisiones mensualmente durante todo el periodo contractual conflictivo, sino en un incumplimiento parcial de la obligación del empresario de pagar comisiones, concretamente de pagar la cantidad que resultaría de la exacta aplicación de lo pactado («...se solicita el cumplimiento exacto de la obligación de pago derivada del contrato, exigible a la demandada», Fundamento de Derecho VII de la demanda), y, más específicamente, de lo pactado acerca de la exclusiva; es decir, se reclamaba realmente la aplicación del artículo 12 de la Ley del Contrato de Agencia y, más especialmente, de lo previsto en su apartado 2.

3.ª Como la liquidación y pago de las comisiones se había pactado con una periodicidad mensual, cumpliéndose así lo previsto en el artículo 16 de la Ley del Contrato de Agencia, el plazo de prescripción aplicable, a falta del de tres años del artículo 1967-1.º del Código Civil exactamente pertinente (STS de 22-1-07 en rec. 5078/99) pero inaplicable ahora por esta Sala en virtud del principio de congruencia (STS de 20-2-06 en rec. 2124/99), no era, desde luego, el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil, sino, a lo sumo, el más específico de cinco años del artículo 1966-3.º del mismo Cuerpo legal».

Es decir, el Tribunal Supremo en esta casación solo por motivos procesales en virtud del principio de congruencia, ya que el recurrente abandonó su tesis inicial en el recurso de casación, aplica el plazo específico de la prescripción quinquenal del artículo 1966.3 del Código Civil, pero solo después de recordar que el plazo «exactamente pertinente» es el plazo de prescripción trienal del artículo 1967.1 del Código Civil, sin que esta doctrina hubiera sido desvirtuada en su día por la tan alegada por la parte recurrida, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001/2553) para hacer valer el plazo de prescripción de quince años, ex artículo 1964 del Código Civil, ya que como afirma la propia sentencia de casación de 2010: «...5.ª Tampoco la sentencia de esta Sala, de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001/2553) (rec. 402/96), especialmente invocada en su apoyo por el tribunal de apelación, obsta a la apre-

ciación de prescripción en este caso, pues basta con leer su fundamento de derecho cuarto, más específico que el segundo, referido este último en realidad a la indebida resolución del contrato por la compañía aseguradora, para comprobar que su doctrina coincide con la de la sentencia de 2007 antes citada, es decir, que el plazo de prescripción de la acción de los agentes comerciales para reclamar el pago de sus honorarios es el de tres años...».

Es decir, a nuestro juicio, la respuesta casacional tras esta sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2010, sigue siendo la aplicación de la prescripción trienal a las reclamaciones de comisiones devengadas y no liquidadas a los agentes, lo cual concuerda en nuestra opinión con los antecedentes históricos de esta norma jurídica aplicada.

Con carácter preliminar, resulta conveniente aclarar cuál es el motivo por el que en sede de un contrato mercantil como es el contrato de agencia, se analiza la prescripción de los derechos económicos del agente desde el análisis de la normativa civil reguladora de la prescripción.

Así, el artículo 4 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 4. Prescripción de acciones.

Salvo disposición en contrario de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio».

Es decir, ante la falta de regulación del supuesto en la Ley del Contrato de Agencia, ya que no estipula cuál es el plazo de prescripción de la acción del agente para la exigibilidad de sus comisiones, ha de acudir por remisión al Código de Comercio, donde igualmente ante la falta de regulación de este plazo prescriptivo extintivo ahora tratado, el artículo 943 del Código de Comercio prevé lo siguiente:

«Artículo 943.

Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio, se regirán por las disposiciones del Derecho Común».

Por ello, es en virtud de esta doble remisión normativa por lo que ha de analizarse este problema desde la atención de la regulación de la prescripción que se realiza en el Código Civil, y más concretamente en nuestra opinión desde el análisis del artículo 1967.1 del Código Civil, en cuanto a la prescripción trienal de los agentes, que *expresamente* prevé lo siguiente:

«Artículo 1967.

Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

La de pagar a los jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales, sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran».

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS. LA INCÓGNITA DE LA EXPRESIÓN «AGENTES DE NEGOCIOS» Y EL ARTÍCULO 1967.1 DEL CÓDIGO CIVIL

El interés en el tratamiento de los antecedentes históricos nos lo proporciona la propia Jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009/1514), establece lo siguiente:

«Pues bien, procede la estimación del recurso planteado. Ciertamente, como apunta la resolución recurrida, caracteriza al agente, frente al mero comisionista, según se concreta en la Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992/1216), sobre Contrato de Agencia, “la colaboración estable y duradera (...) merced a la cual promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del principal contratos de la más variada naturaleza”. Ahora bien, tal nota característica no puede servir de fundamento para rechazar la aplicación del plazo prescriptivo especial de tres años a tales profesionales regulados por la Ley 12/1992. Así ha de entenderse en virtud de lo sentado en sentencia de 22 de enero de 2007 (RJ 2007/599), que, siguiendo la misma línea argumental que la anterior de 18 de abril de 1967, la que ahora invoca el recurrente, ha confirmado la inclusión en la expresión genérica del artículo 1967.1.º (“agente”) a todos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, con independencia por tanto, ha de entenderse, de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable, justificando tal interpretación del precepto controvertido en virtud del precedente representado por el artículo 1972.3.º del Proyecto de Código Civil de 1851, que se refería a “la obligación de pagar: a los agentes de negocios, sus salarios”. De la doctrina anterior se deriva que dicha inclusión lo es con independencia de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable».

Es decir, el razonamiento de la inclusión de la prescripción de las comisiones del agente, dentro de la prescripción trienal que regula el artículo 1967.1 del Código Civil, cuando se refiere al término «agente», se basa en la interpretación histórica de dicha norma en función del precedente de la misma, siendo éste el artículo 1972.3 del Proyecto de Código Civil de 1851 que recogía la expresión «agentes de negocios».

En análogo tenor, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2007 (RJ 2007/599), estableció lo siguiente:

La interpretación del término «agente», que efectuó la Audiencia Provincial, resulta conforme con el precedente representado por el artículo 1972.3.º del Proyecto de Código Civil de 1851 (que se refería a «la obligación de pagar: a los agentes de negocios, sus salarios...») y, además, con el sentido que al artículo 1967.1.º del Código Civil (LEG 1889, 27) dio esta Sala de casación en la sentencia de 18 de abril de 1967 (...siendo evidente que en la expresión genérica agentes están comprendidos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos...).

Ello sentado, la relación jurídica entre los litigantes que se describe en la demanda, en cuyo funcionamiento el demandante cobró, como se ha dicho, determinadas cantidades de dinero, quedó extinguida lo más tarde en mil novecientos noventa y dos, ya que en ese año y en el anterior, la demandada la liquidó (mediante el pago de lo que debía, según ella, o de parte de lo que debía, según el recurrente).

De modo que, al interponerse la demanda, el plazo de tres años que el artículo 1967 del Código Civil señala, había vencido, computado «desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios».

Como es conocido y para entender el propio alcance del Proyecto de Código Civil de 1851, la obra de GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, 1851*) resultó y sigue resultando clave también para la interpretación del Código Civil de 1889. Así, el referido autor daba explicaciones sobre cada precepto, haciendo referencia a las legislaciones extranjeras que se habían tenido en cuenta en su redacción (Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), previo recurso a los textos romanos y de nuestro Derecho Histórico, ya que, como decía el ilustre autor en el Prólogo a su citada obra: «á un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que pude llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la palabra “concordancias”».

GARCÍA GOYENA realizó luego sus «motivos», ya que: «sabiendo el origen, las causas y fines de la ley, en una palabra, su espíritu, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun á los casos que á primera vista aparezcan dudosos: en los motivos se descubrirá también por qué se ha dado la preferencia a un código sobre los otros, ó nos habemos separado de todos».

Finalmente, GARCÍA GOYENA nos expuso sus «comentarios» que en sus palabras: «no son sino consecuencias y aplicaciones del espíritu del artículo: en ellos se notan los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo; se previenen y resuelven, según el espíritu del mismo, algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica».

De la importancia de la obra de GARCÍA GOYENA no cabe duda, habiendo tenido la oportunidad de ensalzarla, entre otros muchos, el profesor LACRUZ en un excelente trabajo (1), quien la calificó de valor excepcional e incomparable, en la fijación de la voluntad del legislador.

No obstante la obra de GARCÍA GOYENA, y con carácter previo en cuanto al tratamiento de la prescripción extintiva en sus manifestaciones más remotas, REGLERO CAMPOS (2) recoge los plazos generales de prescripción existentes en los textos justinianeos del siguiente modo:

«Plazos:

- a) General de treinta años para todas las acciones, personales, reales y mixtas (C. 7, 39, 3, pr. y § 2).
- b) Especiales.
 - b.1) Cuarenta años:
 - *Actio hypothecaria* contra el deudor o sus herederos (es incierto si la ejercitada contra terceros poseedores está sometida a este plazo o al general de treinta años, aunque parece que esto último es lo más probable, en virtud de C. 7, 39, 7, § 1. La duda reside en lo dispuesto por Justiniano en C. 7, 40, 1, § 1, en la que reitera que el plazo de prescripción de la *actio hypothecaria* es de cuarenta años, sin distinguir

(1) Lacruz Berdejo, «Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, págs. 289 a 302.

(2) Fernando REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, 2005, Tomo XXV, vol. 2.º: Artículos 1961 al final del Código Civil. De la prescripción de acciones.

que se ejercite contra el deudor o contra terceros poseedores (*sola hypothecaria actione quadraginta annorum utente curriculum*).

- La acción intentada por el Estado contra quien ha ocupado terrenos demaniales (C. 7, 39, 7, 7).
- Acciones relativas a la Iglesia o a las obras pías.
- Acciones intentadas tempestivamente, pero sin que se hubiera puesto fin al proceso.
- Acción dirigida a los cohortales a su estado (C. 12, 57 [58], 12).

b.2) Veinte años:

- Procesos de esclavitud de C. 7, 22, 2.

b.3) Cinco años:

- La *querella inofficiosi testamenti* (confirmado el plazo por Justiniano en C. 3, 28, 34, 1 [v. tb. C. 3, 28, 36, 2]).

b.4) Dos años:

- La *actio doli* —del tiempo de Constantino (C. Th. 2, 15, 1 = C. 2, 20 [21], 8—).
- La *actio non numeratae pecuniae* (C. 4, 30, 14, pr.).

b.5) Un año o menos:

- Acciones redhibitoria y *quantum minoris*, ciertos interdictos.
- En cuanto a la anualidad de las acciones pretorias, sin que fuese expresamente abolida, lo cierto es que en la práctica se convirtieron en acciones perpetuas, esto es, quedaron sometidas al plazo general de treinta años.

b.6) Cien años:

- La Iglesia romana gozaba de la prescripción de cien años (Novela IX, pr., dada a 18 de las Calendas de mayo, año 535 [t. 6.º, p. 68]).

Igualmente este autor hace un recorrido por la evolución de los plazos de prescripción en nuestro Derecho Patrio, exponiendo lo siguiente:

«En la mayor parte de los textos históricos que han recibido el influjo del Derecho justiniano, la regulación de la prescripción extintiva es especialmente parca y se confunde a menudo con la adquisitiva. Generalmente se limita al señalamiento de un plazo general para el ejercicio de las acciones, con algún retoque de matiz. Así, el Fuero Juzgo acoge como plazo general de prescripción para todo tipo de acciones el de treinta años, castigando con el pago de una libra de oro a quien intentare una acción prescrita, y con la excepción de las acciones de los menores que prescribían a los cincuenta años. También del Derecho romano se toma el principio general de suspensión de la prescripción respecto de los *impediat relegatis*. De otro lado, ALAS, DE BUEN y RAMOS opinan que de FJ, X, 3, 4 se desprende que las acciones de límites eran imprescriptibles, lo que no deja de ser dudoso habida cuenta la fidelidad del Fuero Juzgo a los textos justinianos, y teniendo presente que, según hemos visto, la im-

prescriptibilidad de la *actio finium regundorum* había sido suprimida por Justiniano. Salvo estas alusiones puntuales, el Fuero Juzgo omite toda referencia general a la prescripción de acciones, lo mismo que los fueros de las ciudades y el Fuero Real. Cosa diferente ocurre con el *Espéculo*, que dedica algunos pasajes a la prescripción extintiva, si bien de forma confusa y desordenada, mezclándola con la usucapión. *Las Partidas* no se alejan de esta regla, dedicando una más detallada disciplina a la usucapión que a la prescripción extintiva. En este sentido se ha destacado el escaso interés del estudio de *Las Partidas* en esta materia, habida cuenta, además, de que no constituían, en este orden, el derecho que se aplicaba antes del Código Civil, y de que su régimen sobre prescripción no es original, sino casi una fiel reproducción del Derecho romano. Lo único destacable en ellas es la referencia al plazo general de treinta años, así como a la interrupción y a los modos en que opera. En realidad, el antecedente inmediato, en cuanto a plazos, más concretamente, en cuanto al plazo general de prescripción, lo hallamos en las Leyes de Toro».

De esta forma, REGLERO CAMPOS, en el estudio histórico que realiza sobre el instituto de la prescripción extintiva, sitúa el antecedente más inmediato de los plazos de prescripción general en las Leyes de Toro, donde en su Ley LXIII se estipula que: «*El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años e la accion personal y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte años y no menos; pero donde la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal é real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos*».

El antecedente más remoto de la prescripción trienal, en materia de servicios, se encuentra, en nuestra opinión, en la Ley que Don Carlos y Doña Juana dieron en Madrid en el año 1528, sobre las deudas de los salarios de sirvientes, medicinas de boticas, comestibles de tiendas, y hechuras de artesanos, y su prescripción pasados tres años (Ley 9, tit. 15. lib. 4. de la Recopilación y Ley X, Título XI de la Novísima Recopilación): «*Mandamos, que los que hobieren vivido con cualesquiera personas destos nuestros reynos, sean obligados á pedir lo que pretendieren, que se les quedare debiendo del salario, y acostamiento que tuvieran de sus señores, ó otro cualquier servicio que les hayan hecho, dentro de tres años después que fueren despedidos de los tales señores; y que pasados aquellos, no lo puedan mas pedir, excepto si mostraren haberlo pedido dentro de los dichos tres años á los dichos sus señores, y ellos no se lo hayan pagado ni satisfecho: y esto mismo mandamos, que se entienda y extienda á los Boticarios y joyeros, y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, los quales, pasados tres años, no puedan pedir lo que hubieren dado de sus tiendas, ni las hechuras que hobieren hecho*» (3).

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1836 (4) recogía estas prescripciones cortas en los artículos 765 a 767: Así el artículo 765 establecía que:

(3) Aunque, como recoge REGLERO CAMPOS (vid. *op. cit.*, en su comentario al art. 1967 del CC): «Probablemente, la referencia más antigua a este tipo de prescripciones sea la contenida en las leyes dadas por Fernando II en las Cortes de Barcelona en el año 1493, recogida en el apartado III del Título XII de Las Constituciones de Cataluña, en las que se establecía un plazo de tres años para que los escribanos pudieran pedir sus honorarios, a menos que tuvieran carta o albarán, o bien que las partes pidiesen que se sacasen en forma».

(4) Se puede consultar el texto completo del Proyecto del Código Civil de 1836, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, págs. 194 y 195.

«Por el término de dos años se prescriben las acciones de los posaderos, fondistas y bodegoneros para el pago del hospedaje y la comida que dieron»; mientras que el artículo 766 disponía que: «Por el de tres años se prescribe:

- 1.º El derecho que tienen los abogados y toda clase de curiales para exigir sus honorarios, derechos o estipendios.
- 2.º El derecho de los médicos, cirujanos y boticarios por sus visitas, operaciones y medicamentos.
- 3.º El que tienen los profesores de ciencias y artes por las lecciones que dan.
- 4.º El de los maestros o empresarios que tienen casa de pupilage o pensión por el precio de ésta, y los demás maestros por el estipendio o precio del aprendizaje.
- 5.º El de los mercaderes por los géneros que venden los particulares no comerciantes.
- 6.º El de los jornaleros, menestrales u otros trabajadores por la paga de sus jornales, obras o salarios.
- 7.º El de los criados por el pago de sus salarios, siempre que se ajusten por tiempo indefinido o por un año, pues si los salarios fueren mensuales perderán su derecho para reclamarlos pasado un año».

Posteriormente, el Proyecto de Código Civil de 1851 estipulaba las prescripciones cortas en los artículos 1972 a 1975, regulando el artículo 1972, en lo que ahora nos ocupa, lo siguiente:

«Por el tiempo de dos años, se prescribe la obligación de pagar a:

- 1.º Los jueces, abogados, procuradores y toda clase de curiales sus honorarios, derechos o salarios.
El tiempo para la prescripción corre desde que se feneció el proceso por sentencia o conciliación de las partes, o desde la cesación de los poderes del Procurador o desde que el Abogado cesó en su ministerio.
En cuanto a los pleitos no terminados, el tiempo será de cinco años desde que se devengaron los derechos, honorarios o salarios.
- 2.º Los escribanos, los derechos de las escrituras o instrumentos que autorizaren, corriendo el tiempo para la prescripción desde el día de su otorgamiento.
- 3.º Los agentes de negocios, sus salarios, y corre el tiempo desde que los devengaron.
- 4.º Los médicos, cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos, corriendo el tiempo desde el suministro de éstas o desde que se hicieron aquéllas».

Como ya reconocieran ALAS, DE BUEN Y RAMOS (5): «La antigua legislación de Castilla conocía las prescripciones cortas, pero no las presuntivas, tal como las regulan el Código francés y el italiano. En el proyecto del 51 se copiaba casi íntegramente lo dispuesto en el Código de Napoleón. Los plazos establecidos en los artículos 1971 a 1976 y el juramento admitido en el 1975, hacen de dicho proyecto algo muy distinto del Código actual, que se parece en este punto bastante más a nuestra legislación histórica».

(5) ALAS, DE BUEN, RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 312, nota 1.

Si bien es cierta la gran influencia del Código Civil francés de 1804 en el Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851, no se recoge en el Código napoleónico una expresión en las prescripciones cortas como la utilizada en el referido artículo 1972.3 («agentes de negocios») del Proyecto de 1851.

Así regulaba el Código de Napoleón (6) las prescripciones abreviadas:

- 2271. *La acción de los maestros y profesores de ciencias y artes por las lecciones que dan al mes. La de los posaderos y hosteleros por razón del alojamiento y de la comida que dan, la de los jornaleros y trabajadores por la paga de sus jornales, utensilios y salarios, se prescriben por seis meses.*
- 2272. *La acción de los médicos, cirujanos y boticarios por sus visitas, operaciones y medicamentos. La de los oficiales de justicia por el salario de los autos, notificar y comisiones que ejecutan. La de los mercaderes por las mercaderías que venden á los particulares no comerciantes. La de los maestros á pensión por el precio de la pensión de sus educandos, y de los demás maestros por el precio del aprendizaje, La de los criados que se ajustan por años, para el pago de sus salarios, se prescriben por un año.*
- 2273. *La acción de los defensores para el pago de sus gastos y salarios se prescribe por dos años contados desde el día de la sentencia de los pleitos, ó de la composición de las partes, ó después de la revocación de dichos defensores. Con respecto á los negocios no finalizados no pueden formar demandas por los gastos y salarios que pasen de cinco años (7).*

El propio GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, Motivos y Comentarios al artículo 1972 del Proyecto de 1851* (8), tampoco nos explica la procedencia de la expresión «agentes de negocio», ya que se limita a lo siguiente:

«El número 1 está conforme con el artículo 2273 Francés, que no habla de jueces (sin duda por que en Francia no percibirán sus derechos), 2401 Sardo, 2007 Holandes, 1674 de Vaud, 2179 Napolitano. El 3499 de la Luisiana, lo reduce á un año; pero habla solo de jueces de paz, notarios y otros oficiales publicos.

La Ley 9 recopilada, señalaba tres años; y como no es fácil dar una razon decisiva para que hayan de ser dos ó tres, se ha preferido la uniformidad de todos los Códigos modernos.

Número 2. Conforme con el artículo 2007 Holandes: el 2402 Sardo, es mas liberal con los notarios ó escribanos, pues les concede cinco años: regularmente bastarán, y aun sobrarán los dos.

Número 3. Los agentes de negocios “siempre voluntarios”, no merecen mas favor que los curiales, obligados las mas veces a obrar por razon de su oficio.

(6) Utilizo la siguiente edición: *Código Napoleón, con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807*. Madrid, MDCCCIX. Imprenta de Hija de Ibarra.

(7) Sobre la prescripción extintiva en el Código de Napoleón, vid. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*. Traducido al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores. Parte Primera. Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, pág. 437 y sigs.

(8) Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Madrid, 1852.

Número 4. El artículo 2272 Frances, no concede más que un año; lo mismo el 2006 Holandes, 1663 de Vaud y 2178 Napolitano: el Sardo señala dos; el 2505 de la Luisiana tres.

La ley recopilada 10, título 11, libro 10, hablando de boticarios, les señalaba tres años».

Por el contrario, en el Derecho hispano-americano donde hubo gran influencia del Código Civil español y del Código Civil francés, sí conocemos la recepción de la expresión «agentes de negocios» en las prescripciones *brevis temporis*.

De esta forma, el antiguo artículo 4066.3 del Código Civil de la Argentina establecía que prescribían por dos años la obligación de pagar a los agentes de negocios, sus honorarios o salarios, corriendo el tiempo desde que los devengaron. Cabe notar que el actual artículo 4032 del Código Civil argentino mantiene la misma redacción que su precedente. En este sentido, puede verse en la anotación que hiciera VÉLEZ SARSFIELD a dicho artículo lo siguiente: «Veáse GOYENA, artículo 1972. La L. 9, recopilada del título «De las prescripciones» señala tres años, recogiendo por tanto y expresamente como antecedente de tal precepto nuestro artículo 1972 del Proyecto de Código Civil de 1851 (9).

En idéntico sentido se pronunciaba el artículo 1971.3 del Código Civil de Venezuela cuando establecía que se prescribe por tres años la obligación de pagar a los agentes de negocios sus salarios, desde el día de su otorgamiento, lo que se ha seguido manteniendo en el actual artículo 1982.4 Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela, que establece que se prescribe por dos años la obligación de pagar a los agentes de negocios, sus salarios; y corre el tiempo desde que los hayan devengado.

A pesar de la influencia que el artículo 1972.3 del Proyecto de GARCÍA GOYENA tuvo en ciertas codificaciones civiles hispanoamericanas, según hemos tenido ocasión de ver, no ocurrió lo mismo con el siguiente trabajo precodificador español.

Nos estamos refiriendo al artículo 38.1 del Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888) (10), que expresamente recoge lo siguiente:

«Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes.

La de pagar a los jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales, sus honorarios y derechos y los gastos y desembolsos que hubieren realizado en el desempeño de sus cargos u oficios, en los asuntos a que las obligaciones se refieran, y a contar desde que aquéllos se ocasionaron».

Por Real Decreto de 23 de septiembre de 1882, se prevé el sistema de elaboración del Libro IV del Código Civil, que ahora nos ocupa, disponiéndose lo siguiente:

«Los Libros III y IV del Proyecto de Código Civil serán sometidos al examen y discusión de la Comisión General de Codificación en pleno, y presidida por el Ministro de Gracia y Justicia, antes de presentarlos a la deliberación de las Cortes».

(9) Vid. *Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield y legislación complementaria*, 4.ª ed., Rev. AZ Editora, Buenos Aires, 1983.

(10) Vid. Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Consejo General del Notariado, 2006.

Como afirma PEÑA (11): «Entre los trabajos preparatorios del Código Civil constituyen parte especial los de la Sección primera o de lo Civil. Y de esta documentación tiene valor destacado, sobre todo por haber desaparecido el libro de actas y otros muchos antecedentes, el Anteproyecto a que nos referimos». Este mismo autor expone esta cuestión del siguiente modo: «A ruego formulado en 13 de diciembre de 1888, por el diputado Danvila (Diario Congreso, 1888-1889, núm. 10, pág. 143), Canalejas, como Ministro de Gracia y Justicia, manda al Congreso (Diario, 22 de diciembre 1888, núm. 19, pág. 392), no solo los documentos pedidos, pertenecientes a la Comisión de Códigos (las actas desde el 6 de octubre de 1888 y las notas impresas que han pasado a los individuos de su sección penal y que éstos devolvieron con observaciones), sino también, por deseo expreso del Señor Presidente de la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación, otros libros de actas, documentos y papeles en que la tarea de la formación del Código Civil aparece desenvuelta en todos sus pormenores durante el periodo de ocho años en que la expresada Sección ha dedicado a ella sus trabajos». A petición de Comas y Romero Girón pasan al Senado, y a nuevo ruego de Danvila pasan nuevamente al Congreso (Diario del Congreso de 1.^o de marzo de 1889, núm. 64, pág. 1693, y 2 de marzo de 1889, núm. 65, págs. 1708 y 1709).

Pedregal ruega que se publiquen las actas como Apéndice al Diario de Sesiones para facilitar a cualquiera el estudio de «los motivos de las reformas introducidas en el Código Civil». Canalejas, Ministro de Gracia y Justicia, asiente decididamente a la publicación, y el señor Vicepresidente expone que la «propondrá con mucho gusto a la Comisión de Gobierno interior» (Diario Congreso, 22 de marzo de 1889, núm. 76, pág. 2023). Al poco tiempo (7 de mayo de 1889), sin embargo, se devuelven los antecedentes al Ministerio por no ser «ya necesarios» en el Congreso, y en 9 de mayo el ministro Canalejas acusa recibo (Archivo del Congreso, Legajo 244, núm. 327).

Parece, pues, que deberían encontrarse todos estos documentos en el Ministerio de Justicia, pero desde 1919 no se ha vuelto a tener noticia del Libro de Actas.

¿Qué pensaba en realidad el ministro Canalejas, tan decidido partidario en el Congreso de publicar las actas, sobre el valor de los antecedentes?... «Aun cuando otras consideraciones jurídicas no determinaran una absoluta imposibilidad de la interpretación auténtica... una razón de hecho y de naturaleza bastaría, aun en el régimen absoluto, que se olvidara el legislador de que, una vez convertido en Ley su pensamiento, él ha acabado y que aquélla es una creación que trae aparejada la muerte del creador, que aquél es un hijo sentenciado necesaria e inevitablemente a no conocer ni recordar a su padre» (Canalejas, Discusión..., pág. 435).

Poco después de publicada la primera edición de la presente obra, pudimos informar, en el Anuario de Derecho Civil de 1965-4 (en trabajo que se reproduce a continuación del presente Estudio Preliminar), de que se conservaban importantes antecedentes del Código en el archivo de la Comisión General de Codificación y, entre ellos, los borradores de algunas actas».

De la ausencia de materiales para poder analizar e investigar la *mens legislatoris*, en cuanto a la prescripción se refiere, se hace eco REGLERO CAMPOS (12) del siguiente modo:

(11) Vid., *op. cit.*, pág. 30, nota 118.

(12) Vid., *op. cit.*

«Sea como fuere, lo cierto es que, del mismo modo que parece que ocurrió con el resto de los títulos de los Libros III y IV, el de la prescripción no fue sometido a debate en la sección primera, y mucho menos en la Comisión. La técnica seguida para que los demás miembros de la sección manifestaran su parecer consistió en el envío a cada uno de ellos de las ponencias ya impresas (en pruebas de imprenta), en las que podían anotar las consideraciones que creyeran oportunas. Al título de la prescripción, tal como está en el proyecto impreso del Libro IV, idéntico al manuscrito citado más arriba, tan solo he podido localizar la anotación de uno de los miembros de la sección, DANVILA, de carácter general, al comienzo del título, que, en líneas generales, implica una crítica de conjunto, y que no se tuvo en cuenta en absoluto. El hecho de que no existan anotaciones de los demás miembros de una sección bien dotada numéricamente, da idea del escasísimo grado de discusión a que fueron sometidos los Libros III y IV, y especialmente el título de la prescripción, lo que viene a confirmar que nuestro sistema general en materia de prescripción es una obra escasamente debatida, prácticamente unipersonal.

En lo relativo al tema que ahora nos atañe, cabe señalar que entre el texto del Anteproyecto y el definitivo, la mayor diferencia que se observa es la que media entre el artículo 38 del título de la prescripción del primero y el artículo 1967 del vigente *Código Civil*, sobre la que me detendré en el comentario de este último. En lo demás, tan solo ciertos retoques de redacción en algunos de ellos, a lo que también aludiré en sus respectivos comentarios.

La modificación del artículo 1967 debió operarse seguramente en alguna de las sesiones de la Sección Civil de la Comisión que, según DANVILA, se celebraron entre marzo y octubre de 1888, sesiones de cuyas actas no existe constancia en los archivos de la Comisión, lo que me impide ser más preciso sobre este punto.

Por lo demás, en las discusiones parlamentarias que siguieron a la primera edición del Código y salvo alguna alusión aislada, la figura de la prescripción de acciones fue relegada al olvido».

Por su parte, LASSO GAITE (13) se refiere a la ponencia de la prescripción del siguiente modo:

«La ponencia de la prescripción, dice en la cubierta el Secretario que es de Santos Isasa. Su letra es totalmente de Antequera, quizá por ser poco legible la escritura que trafa, o por estar muy modificada, aunque a la vista de las fuentes nos inclinamos por la primera conjetura. Ello es lo que nos priva de comparar su letra con otras y no hemos podido localizar su autor. Como el texto de Antequera es definitivo, no se presta a ninguna observación comparativa. Completan esta ponencia varios pliegos manuscritos casi totalmente por Antequera, con sendos cuadros comparativos de los plazos de prescripción señalados en los Códigos francés, belga, italiano, portugués, Méjico, Guatemala, Uruguay, Argentina, Código suizo de las obligaciones, proyecto de 1851 y anteproyecto de Laurent (todas las ponencias del libro IV, en legajo 18, carpetas 1 a 4)».

Por otro lado, siendo cierto que el Anteproyecto de 1882-1888 fue influido por el Código Civil francés y como hemos observado en el Código Napoleónico no se recoge en el Código Napoleónico ni la expresión «agentes de negocios» ni la de «agentes», ocurriendo lo mismo esto en otro texto que influyó también bastante en el referido Anteproyecto de 1882-1888.

(13) Vid., *op. cit.*, vol. I, pág. 560.

Nos estamos refiriendo al Código Civil italiano de 1865 (14), en el que las prescripciones cortas se regulaban del siguiente modo, como explicara GIORGI (15):

(14) Utilizo la versión, *Codice Civile del Regno D'Italia*. Napoli, Società tipografico-Editrice Napolitana, 1865.

Art. 2138. Si prescrivono col decorso di sei mesi le azioni degli osti e dei locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano.

Art. 2139. Si prescrivono col decorso di un anno le azioni:

Dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti, per le lezioni che danno a giorni o a mesi. Degli uscieri, per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni che eseguisciono. De commercianti, per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio. Di coloro che tengono convitto o case di educazione e d'istruzione d'ogni specie, per il prezzo della pensione ed istruzione dei loro convittori, allievi ed apprendenti. Dei domestici, degli operai e giornalieri, per il pagamento dei salari, delle somministrazioni e loro giornate di lavoro.

Art. 2140. Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni:

Dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti stipendiati a tempo più lungo di un mese. Dei medici, chirurghi e speciali, per le loro visite, operazioni e medicinali. Degli avvocati, procuratori alle liti ed altri patrocinatori, per il pagamento delle loro spese e dei loro onorari. I tre anni si computano dalla decisione della lite o dalla conciliazione delle parti, o dalla revocazione del mandato: riguardo agli affari non terminati, essi non possono domandare di essere soddisfatti delle spese e degli onorari di cui fossero creditori da tempo maggiore di cinque anni. Dei notai pel pagamento delle spese e degli onorari. I tre anni si computano dalla data dei loro atti. Degli ingegneri, degli architetti, dei misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorari. I tre anni si computano dal compimento dei lavori.

Art. 2141. La prescrizione ha luogo nei casi sopra enunciati, quantunque siavi stata continuazione di somministrazioni, di servizi e di lavori:

Non è interrotta, se non quando vi è stato un riconoscimento del debito per iscritto o una domanda giudiziale non perenta.

Art. 2142. Nondimeno quelli cui fossero opposte tali prescrizioni, possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono, per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito. Il giuramento può essere deferito alla vedova, se questa vi ha interesse, ed agli eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi se sono minori, per accertare se abbiano notizia che il debito non sia estinto.

Art. 2143. I cancellieri, gli avvocati, i procuratori alle liti e gli altri patrocinatori sono liberati dal render conto delle carte relative alle liti cinque anni dopo che le medesime furono decise od altrimenti terminate:

Gli uscieri dopo due anni dalla consegna degli atti sono parimente liberati dal renderne conto. Ma anche alle persone designate in questo articolo può deferirsi il giuramento all'oggetto di far loro dichiarare, se ritengano o sappiano dove si trovano gli atti e le carte.

Art. 2144. Si prescrivono col decorso di cinque anni:

Le annualità delle rendite perpetue e vitalizie. Quelle delle pensioni alimentari. Le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici. Gli interessi delle somme dovute e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi.

Art. 2145. Le prescrizioni enunciate in questa sezione corrono eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, e contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore.

Art. 2146. L'azione del proprietario o possessore della cosa mobile, per riavere la cosa derubata o smarrita in conformità degli articoli 708 e 709, si prescrive nel termine di due anni.

Art. 2147. Per tutte le prescrizioni minori dei trenta anni, non menzionate in questa e nella precedente sezione, si osservano altresì le regole che particolarmente le riguardano.

(15) GIORGI, *Teoría de las Obligaciones del Derecho Moderno*, vol. VIII, Madrid, 1913. Hijos de Reus Editores, págs. 505 y sigs.

Se regula una prescripción de seis meses que afecta a las acciones de los hosteleros, fondistas y alquiladores de habitaciones, para el cobro del hospedaje y la alimentación que suministran a sus huéspedes.

Se estipula una prescripción de un año a las acciones de los profesores, maestros y pasantes de ciencias, letras y artes para el cobro de las lecciones que dan por meses o por días. También prescriben por un año los derechos de los ujieres o alguaciles por los actos que notifican y por las comisiones que llevan a cabo. De igual forma, prescriben al año las acciones de los comerciantes para recaudar el precio de las mercancías vendidas a personas que no comercian. Gozan de prescripción anual las acciones de los que tienen pensionados o casas de educación y de instrucción de toda clase por el precio de la pensión y de la educación de los educandos, alumnos o aprendices. Por último, prescriben en un año las acciones de los criados, de los obreros, operarios o jornaleros por el pago de sus salarios, de sus obras y de sus jornales de trabajo.

La prescripción trienal es aplicable a las acciones de los profesores, maestros y pasantes de ciencias, letras y artes pagados por plazos mayores de un mes y a aquellas personas que tienen créditos prescriptibles en un año, cuando dan lecciones que se pagan en tiempo más breve. Prescriben también a los tres años las acciones de los médicos cirujanos y especialistas por sus visitas, operaciones y medicaciones. De igual forma, la prescripción trienal resulta de aplicación a las acciones de los abogados, de los procuradores y de los demás que intervienen en las litis, para la acción de reclamar el pago de sus honorarios o de los gastos que hacen; pero esta prescripción se refiere a los asuntos ya decididos, transigidos o terminados con revocación de mandato; puesto que si los asuntos no se han terminado, el crédito por los honorarios y demás gastos prescribe solamente a los cinco años. Finalmente prescriben en tres años las acciones de los notarios, por el pago de los gastos y de los honorarios, computando el trienio desde la fecha de los actos autorizados; las de los ingenieros, arquitectos, medidores y tasadores para el pago de sus honorarios, contándose los tres años desde que se verificaran sus trabajos.

Otro de los trabajos que influyó también considerablemente en el Anteproyecto de 1882-1888 fue el Anteproyecto de Laurent, a excepción sin embargo, y entre otros precisamente, de los preceptos dedicados a la prescripción, por lo que tampoco nos puede servir como antecedente a la hora de poder dilucidar el origen de la palabra «agentes» del actual artículo 1967.1 del Código Civil y el por qué de la eliminación de la expresión «agentes de negocios» del artículo 1972.3 del Proyecto de Código Civil de 1851.

De hecho, en el propio texto del Anteproyecto citado la referencia a su antecedente es la de los artículos 1972 y 1973 del Proyecto de 1851, y no a ninguno de los trabajos legislativos o prelegislativos comparados a los que hemos hecho referencia.

De esta forma, SALVADOR CORDECH y SANTDIUMENGE (16) se referían a la influencia del Anteproyecto belga de LAURENT en nuestro Libro IV del Código Civil:

«Ya en el libro IV “De las Obligaciones y Contratos”, las citas del Avant-Project son muy numerosas en la Parte General de las obligaciones. No hay ninguna, como era de esperar, en materia de régimen económico-matrimonial

(16) Pablo SALVADOR CORDECH, y Josep SANTDIUMENGE, *La influencia del Avant-Project de Revision Du Code Civil Belga de François Laurent en el Código Civil español de 1889*. Centenario del Código Civil, Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II. Madrid, 1990, págs. 1925 y 1926.

(Título III), íntegramente inspirado en el Derecho castellano tradicional. Y tampoco las hay —y esto es más sorprendente— en relación al contrato de compraventa (Título IV) y permuta (Título V). Pero son, en cambio, frecuentes en sede de arrendamiento (Título VI), de nuevo no hay ninguna en materia de censo (Título VII), residuos del Antiguo Régimen; vuelven a aparecer en tema de sociedad (Título VIII) donde son particularmente importantes; y, a partir de aquí, se encuentran en el préstamo (Título X); fianza (Título XIV), prenda, hipoteca y anticresis (Título XV) pero no, en cambio, en mandato (Título IX), depósito (Título IX), contratos aleatorios (Título XII), transacciones y compromisos (Título XIII), concurso y prelación de créditos (Título XVII) y prescripción (Título XVIII)».

En suma, como puede observarse y en la materia que nos ocupa, es decir, la aplicación del artículo 1967.1 del Código Civil a la prescripción de los honorarios de los agentes comerciales, la expresión «agentes de negocios» recogida en el artículo 1972.3 del Proyecto de Código Civil de 1851 desapareció tanto en el artículo 38.1 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 como en el propio texto del artículo 1967.1 del Código Civil, sin que a la luz de la interpretación auténtica e histórica de esta última norma podamos deducir la explicación de dicha eliminación en función del escaso debate codificador existente sobre la materia, ni tampoco el propio origen o antecedente de la expresión «agentes» del artículo 1967.1 del Código Civil.

No obstante, hemos podido dejar constancia de cómo esta expresión «agentes de negocios» sí que se ha mantenido en los Códigos Civiles de Argentina y Venezuela, sin duda, al haber tenido referente al respecto el artículo 1972.3 del Proyecto de Código Civil de 1851, respecto del cual, tampoco GARCÍA GÓMEZ nos ofrece el origen de dicha expresión, según hemos reflejado.

III. EL DEBATE DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Sobre esta materia REGLERO CAMPOS (17) razona lo siguiente:

«El término —agentes— utilizado por el precepto, lo refería el Proyecto de 1851 a —agentes de negocios— (art. 1972.3.º). En la actualidad el precepto carece prácticamente de contenido en su concepción originaria, si bien se ha señalado que puede considerarse útil todavía en la medida en que puede ser de aplicación a todos los que prestan profesionalmente un servicio de intermediación (agentes de la propiedad inmobiliaria, de publicidad, de patentes y marcas, etc.), aunque no a otros tipos de agentes (de cambio y bolsa, intérpretes de buques, corredores de comercio) que se rigen por lo establecido en el *Código de Comercio*. Sin embargo, parece más correcta la opinión, según la cual, el número 1.º ha de limitarse a personas que ejercen cargos u oficios relacionados con la curia o justicia, y que, en todo caso, los agentes intermediarios citados tienen un mejor encaje en el número 2.º del precepto».

Este autor se hace eco de la opinión de DE CASTRO (18), coincidiendo con la misma, quien consideraba que el término «agentes» se refería más bien a los cargos u oficios judiciales. Igualmente, se refiere a la opinión de Díez-Picazo,

(17) Vid., *op. cit.*

(18) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

quien sí incluye dentro del ámbito del concepto «agentes» a todos aquellos que prestan profesionalmente un servicio de intermediación.

Por otra parte, Díez-Picazo (19) trata la cuestión del siguiente modo: «El término “agentes”, empleado en el artículo 1967.1.º plantea alguna dificultad. A primera vista parece referirse a los “agentes judiciales” aunque solo sea por razones de vecindad. Pero esta interpretación sería errónea. En primer lugar porque los que con terminología muy posterior del código civil llamamos “agentes judiciales” se encuentran englobados en el amplio concepto de “curiales”, que también recoge el artículo 1967. En segundo lugar, porque los antecedentes históricos del precepto marcan claramente otra dirección. En el Proyecto de 1851 se hablaba de “agentes de negocios”, frase que si no posee precisión técnica es, por lo menos, más expresiva. La idea de los “agentes de negocios” suscita alguna perplejidad.

La palabra “agente” no puede equipararse a “mandatario”. El crédito del mandatario en nuestro Derecho parece sometido a la prescripción ordinaria. Así al menos lo ha entendido la jurisprudencia. Recuérdense las dos sentencias ya citadas (31 de enero de 1902 y 12 de octubre de 1907), que dijeron que la prescripción de tres años no era aplicable a las sumas reclamadas por un abogado que procedían de un “mandato para cobrar cantidades” y de “operaciones de compra y venta de valores”.

Tampoco puede pensarse que sea aplicable a los comisionistas, ni a determinados tipos de agentes (de cambio y bolsa, intérpretes de buques, corredores de comercio) que se rigen por lo establecido en el Código de Comercio.

Más bien parece una disposición, que, con el carácter que tiene pudo ser necesaria en el momento en que se redactó, Proyecto de 1851, pero que hoy conserva un valor muy escaso. No obstante, puede ser aplicable a determinados tipos de profesiones, que merecen, al menos, socialmente, la consideración de agentes (por ejemplo, de propiedad inmobiliaria, de publicidad, de patentes y marcas, etc.).»

En la doctrina mercantilista, sin embargo, hay autores como ALONSO SOTO (20), que opinan lo siguiente, en relación con los agentes comerciales: «La Ley sobre contrato de agencia establece que la prescripción de las acciones derivadas de este contrato se regirá, salvo en lo especialmente previsto en el artículo 31 para las acciones indemnizatorias, por lo establecido en los artículos 942 a 954 del Código de Comercio (art. 4). Esta remisión genérica al articulado del Código resulta censurable porque, habida cuenta de que estas acciones no pueden ser fácilmente encuadrables en ninguno de los preceptos citados, en virtud de lo establecido con carácter general en el artículo 943 de dicho cuerpo legal, habrá que aplicar el plazo general de quince años fijado por el artículo 1.964 del Código Civil para las acciones que no tengan un plazo específico».

Aparte de las sentencias ya citadas con anterioridad que se pronuncian sobre la aplicabilidad al caso del artículo 1967.1 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2009 (*RJ* 2009/5574), también se decanta por esta línea al exponer lo siguiente:

(19) Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Thomson-Civitas, 2003, págs. 231 y 232.

(20) Rodrigo Uría, y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2.ª ed., Madrid, 2007, pág. 188.

«La Ley 12/1992 —de conformidad con lo dispuesto en el art. 17, apartado 5, de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986 (LCEur 1986/4697), relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes— establece un plazo anual de prescripción extintiva de la acción de reclamación de la indemnización por clientela —y por daños y perjuicios—. Dicho plazo se cuenta desde que la extinción de la relación contractual se produjo.

El referido artículo 31 fue aplicado en su literalidad por el Tribunal de apelación a una de las acciones que en el mismo se contempla —la que tuvo por objeto la reclamación de una indemnización por clientela—. Por ello hay que entender —y así lo expresa la recurrente— que el motivo se refiere únicamente a la acción de reclamación de las comisiones y los descuentos —unas y otros medios de retribución de la agente, según la demanda—.

El régimen de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia, con la excepción de las previstas en el artículo 31, se contiene, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, en las reglas del Código de Comercio (LEG 1885, 21) y, al fin —por ser aplicable el art. 943 del mismo—, en las del Código Civil.

Ello sentado, debe recordarse que la sentencia de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009/1514), tras la de 22 de enero de 2007 (RJ 2007/599), declaró que las acciones de reclamación de las retribuciones debidas al agente, como efecto del contrato de agencia, prescriben en el plazo trienal que establece el artículo 1967 del Código Civil, por ser aplicable su regla 1.ª).

La sentencia de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001/2553), se pronuncia claramente en aplicación del artículo 1967.1 del Código Civil (pese a la errónea lectura de la misma, que realizan ciertas sentencias de apelación), al establecer lo siguiente:

«El derecho a percibir esos honorarios —remuneración correspondiente a un trabajo o cometido— está procesalmente protegido por la acción que se extingue por prescripción, atendido el artículo 1967.1.º del Código Civil, a los tres años contados desde el devengo de aquéllos, según cabe establecer desde la exclusión que hace el último párrafo del precepto al igual que desde la duración de la vida del derecho generador de remuneración periódica para el Agente afecto de seguros en cuanto cabe su prolongación más allá del momento de la finalización de la prestación de los servicios propios del contrato de agencia que le una con su principal, según queda consignado anteriormente».

En sentido contrario y estimando aplicable el plazo general de prescripción de quince años de las acciones generales que prevé el artículo 1964 del Código Civil, aparte de la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 de marzo de 2006 (AC 2006/1437), que razona del siguiente tenor:

«b) La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/169747) (Id. Cendoj: 03014370082005100188. Ponente: Enrique García-Chamón Cervera) declara: “Para la determinación del plazo de prescripción, debemos de fijar previamente la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda, que no es otra que la de condena al pago de la liquidación resultante a favor de la empresa tras la extinción del contrato de agencia o de comisión mercantil. Si ello es así, bien sea por la aplicación de los artícu-

los 244 y siguientes del Código de Comercio (LEG 1885/21) relativos al contrato de comisión mercantil, bien sea por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992/1216), sobre Contrato de Agencia, se produce una remisión a las normas del Código de Comercio sobre la prescripción. Como no existe una norma especial sobre prescripción aplicable a este tipo de contratos, el artículo 943 del Código de Comercio nos remite a las disposiciones del Derecho Común (art. 4.3 del CC [LEG 1889/27]), de tal manera que, conforme establece el artículo 1964 del Código Civil, el plazo será el de quince años, no pudiendo estimarse la excepción de prescripción, pues la liquidación objeto de reclamación se practicó el día 31 de diciembre de 1995". En el mismo sentido, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 29 de abril de 2005 (AC 2005/1407) (Id. Cendoj: 48020370042005100211. Ponente: Ignacio Olaso Azpiroz) declara en un supuesto de reclamación de cantidad por comisiones pendientes derivadas de un contrato de agencia que "el plazo prescriptivo es el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil, como ratifica la jurisprudencia acertadamente citada por el recurrente y la sentencia del TS de 26-2-01 (RJ 2001/2553), Fundamento Jurídico segundo in fine, entre otras".

De igual forma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/169747), prevé que:

«Para la determinación del plazo de prescripción, debemos fijar previamente la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda, que no es otra que la de condena al pago de la liquidación resultante a favor de la empresa tras la extinción del contrato de agencia o de comisión mercantil. Si ello es así, bien sea por la aplicación de los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio (LEG 1885/21), relativos al contrato de comisión mercantil, bien sea por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992/1216), sobre Contrato de Agencia, se produce una remisión a las normas del Código de Comercio sobre la prescripción. Como no existe una norma especial sobre prescripción aplicable a este tipo de contratos, el artículo 943 del Código de Comercio nos remite a las disposiciones del Derecho Común (art. 4.3 del Código Civil [LEG 1889/27]), de tal manera que, conforme establece el artículo 1964 del Código Civil, el plazo será el de quince años, no pudiendo estimarse la excepción de prescripción, pues la liquidación objeto de reclamación se practicó el día 31 de diciembre de 1995».

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2006/36735), establece que:

«Resulta, por tanto, de aplicación, el artículo 4 de la Ley de Contrato de Agencia, que se remite al Código de Comercio para la aplicación de las normas sobre prescripción, cuyo plazo, como dice la sentencia del TS, de 14 de noviembre de 2001, a falta de disposición concreta en el artículo 942 y siguientes del Código de Comercio, ha de ser el que establezca el Derecho común, según su artículo 943, y que, en atención a la naturaleza de las acciones que nacen —como en el presente caso— de un contrato (...) es el de quince años, que para las acciones de carácter personal que no tienen señalado plazo especial, fija el artículo 1964 del Código Civil».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 12 de abril de 2000 (JUR 2001/106654), prevé que:

«En cuanto a lo segundo, porque no estamos ante una reclamación por clientela o por daños y perjuicios de las contempladas en los artículos 28 y 29 de la LCA, a las que sería aplicable el plazo prescriptivo normado en el artículo 31 de la misma, sino ante una reclamación de comisiones devengadas para la que entendemos aplicable los quince años contemplados en el artículo 1964 del Código Civil, visto lo dispuesto en el artículo 4 de la LCA y 943 del Código de Comercio (en igual sentido, sentencia de la AP de Barcelona, Sección 17.ª, de fecha 27-10-97)».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de septiembre de 1999 (AC 1999/6675), también entendió aplicable el artículo 1964 del Código Civil, al decir que:

«Lo que debe descartarse es que sea de aplicación al caso la vigente Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992/1216), toda vez que las relaciones comerciales enjuiciadas se iniciaron con anterioridad a su promulgación. Solo serían de obligada acomodación a la citada norma, los contratos anteriores a partir del día 1-1-1994, fecha que no había llegado en el momento en que fueron resueltos (Disposición Transitoria única). No puede, por tanto, considerarse la prescripción anual a la que se refiere el artículo 31 de la Ley, siendo por el contrario aplicable la norma general del artículo 1964 del Código Civil».

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de marzo de 2003 (JUR 150021), entiende aplicable el artículo 1967.1 del Código Civil al decir que:

«El artículo 1967 de este cuerpo legal prevé que: “Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª) La de pagar a los jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales, sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran”. Sin que el precepto restrinja su aplicabilidad a solo los “Agentes de la Administración de Justicia” como pretende el demandante, lo que implica que en la expresión genérica “agentes” están comprendidos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos. Conclusión esta avalada por la sentencia del Tribunal Supremo, número 190/2001 (Sala de lo Civil), de 26 de febrero, Recurso de Casación número 402/1996, que declaró que: El derecho a percibir esos honorarios —remuneración correspondiente a un trabajo o cometido— está procesalmente protegido por la acción que se extingue por prescripción, atendido el artículo 1967.1.º del Código Civil, a los tres años contados desde el devengo de aquéllos, según cabe establecer desde la exclusión que hace el último párrafo del precepto al igual que desde la duración de la vida del derecho generador de remuneración periódica para el agente afecto de seguros en cuanto cabe su prolongación más allá del momento de la finalización de la prestación de los servicios propios del contrato de agencia que le una con su principal, según queda consignado anteriormente».

De lo anteriormente expuesto, deducimos lo controvertido de la cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pivotando la solución como hemos tenido la oportunidad de comprobar entre la aplicación al supuesto, bien del artículo 1967.1 del Código Civil, bien del artículo 1964 del Código Civil.

IV. LA PROPUESTA DE PRESCRIPCIÓN TRIENAL

La «Exposición de Motivos» de los trabajos de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación (21), defiende dicha reforma del Código de Comercio de la siguiente manera:

«(...) Las normas que se establecen sobre los contratos mercantiles, en general, se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional con el fin de unificar las normas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. Entre tales trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, que es ya Derecho vigente en nuestro país y, por otra parte, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), así como los trabajos de la Comisión Lando sobre el Derecho europeo de los contratos».

En materia de prescripción, la reforma se justifica según la referida «Exposición de Motivos», en lo siguiente:

«(...) En materia de prescripción se unifican los plazos reduciéndolos, de manera que el plazo general es de tres años, y regulando supuestos especiales como son los de prescripción para prestaciones periódicas, para prestaciones accesorias y frente a deudores solidarios. Además de reducir el plazo general de prescripción de las obligaciones mercantiles, se limita la posibilidad de interrupción del plazo por requerimiento extrajudicial a una única interrupción, evitando por tanto que se pueda mantener un crédito con duración ilimitada mediante requerimientos sucesivos.

Se regulan además por primera vez con carácter general dentro de nuestra legislación mercantil, tanto la suspensión de la prescripción como la caducidad, que son instituciones de importancia práctica grande y cuya regulación ha de contribuir a dar mayor seguridad al tráfico mercantil».

De esta forma, la reforma que se pretende del artículo 945 del Código de Comercio vendría a hacer general a la prescripción trienal en materia de obligaciones mercantiles, al establecerse lo siguiente: *«Las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que específicamente se disponga otra cosa».*

En los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (22), el artículo 14:201 también regula que: *«El plazo general de prescripción será de tres años»*, al igual que el III. 7:201 del Draft Common Frame of Reference (23), que prevé lo siguiente: *«The general period of prescription is three years»*, regulador también del contrato de agencia en la Parte E del mismo.

(21) Vid. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2006, pág. 203 y sigs. «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad».

(22) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte III (*Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo*). Edición: Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2007, edición española, pág. 240).

(23) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

Por su parte, la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, reguladora de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña, también recoge la prescripción trienal para las pretensiones relativas a las remuneraciones de prestaciones de servicios, al prever lo siguiente:

«Artículo 121-21. *Prescripción trienal.*

Prescriben a los tres años:

- a) *Las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves.*
- b) *Las pretensiones relativas a la remuneración de prestaciones de servicios y de ejecuciones de obra.*
- c) *Las pretensiones de cobro del precio en las ventas al consumo.*
- d) *Las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual.*

Es decir, de los textos mencionados se puede observar con claridad cómo se está produciendo una generalización de la prescripción trienal, por lo que una interpretación del supuesto debatido, como hacen las recientes sentencias del Tribunal Supremo, están en consonancia con estas modernas propuestas reguladoras de la prescripción extintiva.

V. EPÍLOGO

Existe, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en solucionar el supuesto de hecho comentado, a saber, la prescripción de los derechos de cobro del agente, desde la aplicación de la prescripción trienal del artículo 1967.1 del Código Civil, aunque ésta no sea el uniforme parecer en las resoluciones judiciales de la denominada «jurisprudencia menor».

En nuestra opinión, tal aplicación normativa resulta correcta con el antecedente histórico de la norma, es decir, el Proyecto de Código Civil de 1851, que mencionaba, dentro de esta prescripción trienal, a los «agentes de negocios», sin que en el devenir de su proceso codificador hayamos podido comprobar ni la influencia originaria de dicha expresión ni el por qué de su abreviatura al mero «agentes», que terminó apareciendo tanto en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1889, como en la actual redacción del Código Civil de 1889; en contra de lo sucedido en otros cuerpos codificados influidos tanto por nuestro Código Civil como por el Código Napoleónico, como son los casos de los Códigos Civiles de Argentina y Venezuela que sí continuaron manteniendo en su articulado la referida alocución «agentes de negocios».

No obstante y pese a la interpretación de la norma conforme a sus antecedentes históricos, tampoco hemos de caer en una excesiva sobrevaloración de la misma y considerarla como fruto único de la hermenéutica realizada, como parece ser el criterio de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo.

DE CASTRO (24) ya nos advirtió que: «Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de

(24) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 472.

la de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan; pero ha de tenerse en cuenta que son solo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que, como se ha indicado, se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no el momento de su origen».

Por tanto, si interpretar una norma jurídica es atender al significado actual de la misma y no tanto en el momento de su creación, o sea, la búsqueda de la finalidad de la norma jurídica positiva (interpretación teleológica) y dado que no puede afirmarse que el tenor de la Ley («agentes») pueda suponer un límite infranqueable a la labor del intérprete, ya que este sentido gramatical puede resultar no lo suficientemente necesario en este caso, es por lo que consideramos que la finalidad de dicho término es la de atender al cobro de honorarios y retribuciones propias de las relaciones de intermediación que exceden del propio mandato (sujeto a la prescripción ordinaria y no a esta abreviada), dentro de las que podemos ubicar la relación comercial derivada del contrato de agencia.

Es decir, tanto el dato del antecedente histórico puede avalar la interpretación del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito de aplicación de la prescripción trienal a casos como los agentes comerciales o los agentes de seguros, como también el propio hecho de que el término «agentes» del actual artículo 1967.1 del Código Civil no se pueda referir a una profesión jurídica (como el resto de supuestos recogidos en esta norma), ya que como ha razonado Díez-PICAZO, lo que en la actualidad entendemos como agentes de justicia (término acuñado muy posteriormente al Código Civil), puede incluirse dentro del concepto de curiales que recoge el mismo precepto, razonamiento éste que sí consideramos que atiende a la búsqueda de la finalidad actual de la norma.

De ahí que, si bien es cierto que puede admitirse que el término «agentes» no resulta claro en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 1967.1 del Código Civil a la relación contractual de la agencia comercial, tanto su antecedente histórico como la finalidad actual de dicho término implican que pueda efectivamente realizarse una interpretación declarativa de dicha norma jurídica para precisar el contenido del referido término. Dicha interpretación declarativa, consideramos que puede tener un carácter extensivo, es decir, incluir dentro del meritado término «agentes» a aquellas relaciones de intermediación que excedan del contenido del estricto mandato representativo.

Por otro lado, esta interpretación resulta coherente con las propuestas señaladas existentes en la actualidad en materia de prescripción extintiva que pasan por establecer un acortamiento generalizado de los plazos de prescripción contractual, en el caso de las examinadas, concretamente a tres años.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, DE BUEN, RAMOS: *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.
- BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, núm. 2006, págs. 203 y sigs. Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos Mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad.
- CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA. Napoli, Società tipografico-Editrice Napolitana, 1865.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA con las notas de VÉLEZ SARSFIELD y legislación complementaria, 4.^a ed., Rev. AZ Editora, Buenos Aires, 1983.

- CÓDIGO NAPOLEÓN. Con las variaciones adoptadas por el Cuerpo Legislativo el día 3 de septiembre de 1807. Madrid, MDCCCIX. Imprenta de Hija de Ibarra.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Thomson-Civitas, 2003.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Madrid, 1852.
- LACRUZ BERDEJO: «Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes III (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo»)*. Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2007.
- LAZZO GAITÉ: *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I y II, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.^a ed., Consejo General del Notariado, 2006.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR)*. Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.
- POTHIER: *Tratado de las Obligaciones*. Traducido al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores. Parte Primera. Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839.
- REGLERO CAMPOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Edersa, 2005, Tomo XXV, vol. 2.º: artículos 1961 al final del Código Civil. De la prescripción de acciones.
- SALVADOR CORDECH, Pablo, y SANTDIUMENGE, Josep, *La influencia del Avant-Project de Revision Du Code Civil Belga de François Laurent en el Código Civil Español de 1889*. Centenario del Código Civil. Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II, Madrid, 1990.
- URÍA, Rodrigo, y MENÉNDEZ, Aurelio: *Curso de Derecho Mercantil, II*, 2.^a ed., Madrid, 2007.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010/7317).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2009 (*RJ* 2009/5574).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2009 (*RJ* 2009/1514).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2007 (*RJ* 2007/599).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2001 (*RJ* 2001/2553).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 29 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/36735).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 17 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/169747).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 29 de abril de 2005 (*AC* 2005/1407).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de marzo de 2003 (*JUR* 150021).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 12 de abril de 2000 (*JUR* 2001/106654).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/6675).

RESUMEN

*CONTRATO DE AGENCIA
PRESCRIPCIÓN
DE REMUNERACIONES
DEL AGENTE*

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2010, se vuelve a tratar el tema de la prescripción de los derechos de cobro del agente. Conforme a una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera aplicable al caso en las diferentes resoluciones jurisprudenciales de nuestro Alto Tribunal, la prescripción trienal del artículo 1967.1 del Código Civil, principalmente en función de una interpretación histórica del concepto «agentes» que aparece en dicha norma jurídica.

ABSTRACT

*AGENCY AGREEMENT
EXPIRATION
OF THE AGENT'S
REMUNERATION*

The Supreme Court ruling of 7 October 2010 again deals with the topic of the expiration of an agent's right to collect. Pursuant to unswerving Supreme Court case-law, all the jurisprudential decisions of our high court have considered expiration after three years under article 1967.1 of the Civil Code applicable to the case, primarily because of a historical interpretation of the concept of «agents» that appears in the Civil Code.

3. URBANISMO

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE ANULAN O DECLARAN NULAS LICENCIAS DE EDIFICACIÓN Y SU CALIFICACIÓN REGISTRAL

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTANTE COLISIÓN ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO.—II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE JULIO DE 2010 (*BOE* DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2010).—III. A VUELTAS CON LA EJECUTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS, LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS DEBERES URBANÍSTICOS, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS: UNA APROXIMACIÓN CONSIDERANDO LA FUNCIÓN MERAMENTE REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTANTE COLISIÓN ENTRE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO

Desde esta tribuna venimos analizando con periodicidad las resoluciones judiciales y de la Dirección General que tratan el problema de la eficacia frente a terceros de las decisiones sobre su patrimonio emitidas en procesos sobre disciplina urbanística.

En el presente comentario aprovechamos la Resolución de 16 de julio de 2010, para volver sobre el asunto, dado que la Dirección General vuelve a proteger los derechos inscritos del tercero frente a la pretensión de la inscripción de una sentencia que declara la nulidad de una licencia sin su intervención y sin constancia registral del proceso.

En el número 702 de esta Revista, tuve la ocasión de comentar la sentencia de la Sección 5.^a de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2004, en relación con la Resolución de 7 de noviembre de 2002, significando que la única interpretación posible de la citada sentencia y la jurisprudencia concordante es que no se puede modificar el contenido del fallo de una resolución judicial firme sino por las vías reconocidas por la Ley, ya que los Tribunales entienden que no se da un supuesto de imposibilidad legal de ejecución cuando aparecen terceros que no fueron parte en el proceso. Además, en el citado artículo manifestaba que, por supuesto, los terceros pueden defender la vulneración de sus derechos por la vía del incidente de nulidad contra las sentencias firmes que les afecten. Es decir, personalmente sostengo que en un Estado de Derecho no puede condenarse a nadie sin ser oído, lo que supone la posibilidad de que quien vaya a ser directamente afectado por una resolución judicial firme pueda plan-

tear la nulidad de un proceso que se desarrolló sin su participación. En ese sentido, por ejemplo, si para la legislación urbanística actual la acción de restauración del orden jurídico perturbado debe dirigirse contra el promotor y el propietario o a la persona interesada, como, por ejemplo, señalan la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid en su artículo 195.1 o el artículo 198.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, no parece que el titular del dominio pueda ser ajeno al proceso, salvo que se haya constituido en rebeldía.

Más allá de esta cuestión, en el presente trabajo se analizará si se puede ordenar la demolición de las edificaciones inscritas al amparo de una licencia declarada ilegal sin proceder a la expropiación o a la enervación del derecho del titular, garantizando que se le indemnice de acuerdo con lo previsto legalmente. Esto no supone que las sentencias no deban cumplirse, sino que en el proceso de ejecución no pueden desconocerse tampoco los derechos del afectado, a la vez que, como se expondrá más adelante, la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa no debería conferirle en materia de disciplina urbanística más potestades que las de la Administración a la que controla y corrige.

Finalmente, en el presente trabajo se razonará sobre si es oponible o no por el propietario de la edificación cuya licencia se anula el plazo de caducidad de la acción de la Administración que las leyes urbanísticas conceden a los titulares de bienes clandestinos construidos sin la preceptiva autorización administrativa.

En suma, parece que la ejecución de las sentencias en materia de disciplina, por sus variadas implicaciones, no pueden resolverse con una justicia ciega, frente a lo que sostiene el conocido aforismo y, menos aún, intempestiva. De esta manera, si, por ejemplo, los expedientes administrativos en esta materia están sometidos a unos plazos de caducidad y unas exigencias de procedimiento estrictas en beneficio del ciudadano, no parece descabellado que la Ley se planteara exigir a los procesos judiciales las mismas garantías como mínimo.

Con motivo de la reciente Resolución, de 16 de julio de 2010, podemos analizar estas cuestiones y otras directamente relacionadas con los derechos del tercero en los procesos de restauración del orden jurídico perturbado intentado encontrar una solución que respete el interés público y la legalidad urbanística, pero sin vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 16 DE JULIO DE 2010 (BOE DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2010)

Siguiendo la estela de las anteriores Resoluciones de 25 de junio y 31 de julio de 1998, 7 de noviembre de 2002 y 2 de junio de 2006, entre otras, la Resolución de 18 de septiembre de 2010 vuelve a denegar la inscripción de una sentencia judicial firme, aunque haya sido presentada bajo mandamiento, en defensa de los titulares registrales afectados que no consta fueron parte en el proceso judicial correspondiente.

En los Fundamentos del Derecho de la citada Resolución, se sostiene la calificación negativa de la titular del Registro de la Propiedad número 2 de A Coruña, señalando:

«Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; 19 y 51.7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; 67 y 75 del Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las

normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre; sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2004; Resoluciones de esta Dirección General, de 27 y 28 de abril de 1995, 7 de noviembre de 2002 y 2 de junio de 2006.

1. Se debate en este recurso la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad la sentencia judicial firme de declaración de nulidad de una licencia de obras, siendo así que el procedimiento no se ha seguido contra los titulares registrales.

Es preciso hacer constar, con carácter previo, que no estamos en presencia de una anotación preventiva ordenada en un proceso contencioso-administrativo, como afirman la registradora y la recurrente, ya que la anotación preventiva es una medida cautelar, mientras que en el presente caso, el título cuya inscripción se pretende es una sentencia firme de declaración de nulidad de la licencia de obras.

2. De conformidad con el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda, por tanto, subrogado en los derechos y deberes urbanísticos del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

Los intereses generales urbanísticos de la Administración Pública podrán satisfacerse si ésta se dirige contra el titular registral para hacer efectivas las obligaciones derivadas del planeamiento, puestas de manifiesto —en lo que a este expediente se refiere— en sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. Ahora bien, la cuestión que se plantea en el presente recurso no es tanto determinar el alcance de la sucesión ex lege de los deberes del propietario conforme a la legislación urbanística, sino el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación por resolución judicial.

4. Como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 7 de noviembre de 2002, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

5. De esta forma, aunque los titulares registrales en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales deberían haber sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión— si la demanda se hubiera anotado preventivamente, tal y como previene el artícu-

lo 67 del Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2004; y sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre).

6. Es importante destacar que el adquirente de la finca no ha tenido oportunidad de conocer el procedimiento ni a través de la anotación preventiva de la demanda en el Registro, ni a través de un emplazamiento en el procedimiento administrativo ni judicial. No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento.

Como se dijo anteriormente, no quiere esto decir que los intereses generales urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su Derecho convenga.

Por eso todavía es procedente la constancia por nota marginal de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, si bien de conformidad con el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, es necesario que los titulares registrales sean citados en el procedimiento.

Se colige de todo lo anterior que no cabe la inscripción (cfr. art. 51.7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo) de la sentencia firme por la que se declare la nulidad de la licencia. Por el contrario, para que tal inscripción hubiera sido posible, habría sido necesaria la participación del titular registral en el procedimiento, como expresamente dispone dicho precepto.

7. No constando en el expediente la citación ni la participación en el procedimiento de los titulares registrales, no procede ahora la práctica de la nota marginal de declaración de ilegalidad de la licencia ni la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de la licencia.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos».

Como primer comentario, la Resolución reproducida no viene sino a insistir en que los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como la protección que la Ley Hipotecaria concede al tercero hipotecario impiden la inscripción de actos jurídicos que afecten a su derecho inscrito sin su conocimiento o intervención.

En un análisis más profundo, la Resolución ofrece un rico argumentario en favor de los derechos del tercero por cuanto señala:

1.º) «No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento».

Esta afirmación tiene más calado del que parece porque la Resolución afirma sin paliativos que al titular registral no le es oponible la sentencia dictada en un proceso en el que no se le concedió el derecho a defenderse. Es decir,

sin perjuicio de que luego se matice esta afirmación, como se verá, y que en el inicio de los Fundamentos también se aluda a la subrogación legal de los derechos y deberes urbanísticos del propietario, lo cierto es que la Dirección General afirma con toda claridad que una sentencia dictada en un proceso sin la posibilidad de la participación del tercero hipotecario no le es oponible. Es decir, que, aunque se declare en el seno de la protección del contenido del Registro, que es la competencia del órgano decisorio, lo cierto es que esta inoponibilidad se afirma con carácter general, con toda solidez por otra parte.

2.º) «...no quiere esto decir que los intereses generales urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su Derecho convenga».

La Dirección ofrece una alternativa para la plena efectividad de la sentencia: la depuración del expediente con la intervención del titular. Esto, como señalé en el Comentario antes referido publicado en el número 702 de esta Revista, no es lo que declara la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de mayo de 2004, entre muchas otras, que defienden sin fisuras la ejecutividad de las sentencias en materia de disciplina urbanística *erga omnes* con independencia de sus efectos singulares sobre los obligados a ejecutarlas.

Sin embargo, como avanzamos en la introducción, parece incuestionable que en un Estado de Derecho nadie puede ser condenado sin ser oído y que la subrogación legal nunca puede amparar la indefensión al propietario ignorante de la tramitación de un expediente y un proceso que le afectan directamente.

La propia jurisprudencia está admitiendo la necesidad de citar a los terceros en los expedientes de disciplina urbanística, por ejemplo, en sentencias como la de 26 de octubre de 2001, dictada en el recurso de casación número 3010/1997, al menos cuando están identificados, por lo que la exigencia de una notificación inicial y la previsión de la anotación preventiva, al menos cuando la incoación del expediente es de oficio, parece el modo más razonable de armonizar la doctrina de la Dirección General con la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

III. A VUELTAS CON LA EJECUTIVIDAD DE LAS SENTENCIAS, LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS DEBERES URBANÍSTICOS, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS: UNA APROXIMACIÓN CONSIDERANDO LA FUNCIÓN MERAMENTE REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

De acuerdo con la Dirección General, desde Laso & Asociados venimos defendiendo reiteradamente que para un jurista resulta difícil aceptar que una sentencia que declara la nulidad de una licencia y ordena la demolición de un inmueble pueda ser oponible a un tercero que no ha sido oído en el proceso, especialmente si con ello se afecta directa y radicalmente a derechos fundamentales como el domicilio o la propiedad, a parte de que el principio de que *nadie puede ser condenado sin haber sido oído en un proceso con todas las garantías* cobra especial relevancia cuando se trata de un proceso prácticamen-

te sancionador y cuya ejecución comportaría la desaparición parcial o total del objeto sobre el que recae.

La Resolución de la Dirección General, de 16 de julio de 2010, asume la posición que en ese sentido se viene defendiendo haciéndose eco de la sentencia 192/1997, de 11 de noviembre de 1997, de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional, que invocábamos en el artículo del número 702 de esta revista, por la que es obligado admitir el recurso de los terceros que no fueron parte en el proceso, pero impugnan la sentencia cuando la conocen, incluso en supuestos de nulidad de licencia. Dicha sentencia resumía su doctrina en los términos siguientes:

«Con toda obviedad, la actuación inicial del órgano judicial fue correcta constitucionalmente cuando procedió a emplazar a la Administración autora del acto y a la entidad titular de la licencia de obras y otro tanto debe decirse, como ya se acaba de anticipar, respecto de su actuación cuando tiene un relativo conocimiento de los codemandados, es decir, de aquellas personas que habían adquirido pisos en el inmueble y que ningún interés se manifestó respecto a su intervención en el proceso contencioso-administrativo del que por una relación con la constructora no era demasiado aventurado presumir que conocían. Ahora bien, cuando los ahora recurrentes tienen conocimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria presentaron un escrito a la Sala personándose en el proceso, solicitud que fue denegada por providencia de 31 de mayo de 1994, frente a la cual interpusieron recurso de súplica que fue desestimado por Auto de 29 de junio del mismo año que confirmó la inadmisión de la personación en Autos de los ahora recurrentes. Y, en este momento, sí se produjo una situación de indefensión para los ahora demandantes en amparo, pues teniendo un interés legítimo, como antes quedó dicho, no se les dio la oportunidad de defenderse, posición procesal de parte que, entre otras cosas, podía suponer, en su caso, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación, así como el hacer valer los derechos de que se considerasen asistidos, respecto de la eventual demolición de las viviendas de las que eran titulares en la fase de ejecución provisional o definitiva».

La misma posición han mantenido sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como la citada anteriormente de 26 de octubre de 2001.

Con independencia del problema procesal indicado, debe tenerse en cuenta que cuando se restaura el orden jurídico perturbado tras la anulación de una licencia, lo normal es que se genere simultáneamente la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos que recoge hoy el artículo 35.d) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, de 26 de junio de 2008. Como la desaparición o adaptación del inmueble, que se construyó al amparo de la licencia, supone un evidente daño al titular, cuando no la amenaza a su domicilio, lo razonable y ponderado sería que con carácter previo a la ejecución material de las obras, se determinara la responsabilidad y se evaluara garantizando que el afectado no va a verse perjudicado patrimonialmente por la anulación de la licencia y el error de la Administración. Otra alternativa sería reconocer que para proceder a la demolición, en su caso, habría que expropiar los derechos del propietario de lo edificado que lo es, aunque se haya declarado ilegal lo construido bajo licencia. Otra interpretación supondría trasladar directamente los perjuicios del error de la Administración al ciudadano que actuó bajo su tutela.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDEH) insiste en defender los derechos de los administrados cuando

se les priva de un *bien* en el sentido del artículo 1.º del Protocolo Adicional 1.º del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y las Libertades Fundamentales, entendiendo por bien un concepto más amplio del mero derecho a la propiedad de elementos materiales, incluyendo intereses patrimoniales muy variados. Cabe citar al respecto las sentencias Latridis contra Grecia, de 25 de marzo de 1998 (asunto núm. 31107/96), Kopecky contra Eslovaquia, de 28 de septiembre de 2004 (asunto núm. 44912/98), o, más recientemente, Brosset-Triboulet y otros contra Francia (asunto 34078/02) y Depalle contra Francia (asunto 34044/02), ambas de 29 de marzo de 2010.

En sentencias tan recientes como la de Depalle contra Francia, analizando los efectos de la legislación de costas francesas sobre los derechos de los ciudadanos titulares de edificaciones sobre el dominio público, el TDEH realiza una clara distinción entre las situaciones en que las viviendas se edifican con autorización y legalmente de aquéllas en que son ilegales. En aquellos autos considera que el Estado francés no es responsable de la situación de precariedad de las viviendas, pero porque no hay actos de autorización sino de mera tolerancia o autorizaciones en precario que no confieren derechos al administrado sino solo expectativas que se prolongan en el tiempo.

En cualquier caso, lo que evidencia la jurisprudencia indicada es que los bienes protegidos por el Convenio incluyen derechos muy variados y que la autorización de una construcción incluso en el dominio público natural comporta el reconocimiento de derechos a favor del titular que en ese caso debe ser indemnizado. Quiere ello decir que por la misma evidencia que para las edificaciones en dominio público, cuando una edificación construida con licencia sobre suelo propio resulta despojada de la autorización por una sentencia judicial, la situación del afectado no es diferente de una expropiación, a los efectos del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Así se deduce de las afirmaciones del TDEH en las citadas sentencias y en otras como la del asunto Brumarescu contra Rumanía, de 28 de octubre de 1999 (asunto núm. 28342/95) en las que se advierte que el Convenio impone analizar si las actuaciones constituyen una expropiación *de facto* o suponen una carga excesiva para el ciudadano, como señalaban las sentencias de 23 de septiembre de 1982 y 18 de diciembre de 1984 de los casos Sporrang y Lönnroth contra Suecia (asuntos núms. 7151/75 y 7152/75). Todo esto debe tenerse en cuenta a la hora de definir los derechos de los propietarios de una vivienda cuya licencia se anula y debe demolerse porque, de la misma manera que la Ley impone el realojo o la previa indemnización para el lanzamiento en la expropiación, debe, sin duda, considerarla en estos casos.

Lo cierto es que, como una consecuencia inmediata de la anulación de las sentencias se está ordenando la demolición por las sentencias resolutorias de los recursos en esta materia y cuestiones como la previa determinación de la indemnización o el realojo no se están contemplando adecuadamente. Sentencias como la de la Sección 5.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2005, dictada en el recurso de casación 9737/2003 soportan la constante jurisprudencia por la que, declarada la nulidad de la licencia, la demolición es una consecuencia implícita de aquel pronunciamiento. La sentencia indicada resume la doctrina del Tribunal en esta cuestión en su Fundamento Cuarto en los siguientes términos:

«...es jurisprudencia de este Tribunal Supremo la que afirma con reiteración que, tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición

de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título solo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001, 26 de julio de 2002 y 7 de junio de 2005, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999, 3303/2000 y 2492/2003). Por tanto, anuladas las licencias deben, en principio, demolerse las obras realizadas a su amparo. La Sala de instancia no ha rebasado, también en principio, el sentido del título ejecutivo».

Al respecto, cabe advertir que los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, tutela efectiva y equidad impiden una decisión intempestiva que prive de su propiedad y arroje fuera de su domicilio a quien lo ocupa fundado en un acto administrativo que ha sido anulado varios años después de terminar las obras sin una advertencia previa de la amenaza que se cernía sobre su derecho, sin la oportunidad de defenderse y sin una previa indemnización de los derechos que se derivan de la licencia anulada.

En el mismo sentido, debe manifestarse que, frente a lo que han sostenido en ocasiones los Tribunales, claro que cabe cuestionar una decisión automática que ordenara la demolición directamente, junto con la declaración de nulidad de la licencia porque *a priori* implicaría un supuesto de la cuestión. Desde luego, no parece ponderada ni acorde con el régimen jurídico de la jurisdicción contencioso-administrativa y, menos aún, con la naturaleza de las cosas, en relación con los procedimientos previstos para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

En efecto, aunque la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ha extendido la competencia de los Tribunales de esa clase a la inactividad de la Administración y a otros supuestos distintos de la emisión de actos administrativos, se mantiene en la posición de la anterior Ley de 27 de diciembre de 1956, que en su Exposición de Motivos dejaba clara la función revisora que tienen asignada. Así cuando la actual Ley de la jurisdicción establece en su artículo 1.1 que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan «*en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley*», mantiene la naturaleza revisora acorde, por otro lado, con la presunción de legalidad de los actos administrativos deducida de los artículos 103 de la Constitución y 57 de la LRJAPC.

Pues bien, este carácter revisor no es intrascendente a la hora de analizar el problema de la ejecución de las sentencias en materia de disciplina urbanística y, en especial, las referentes a la anulación de licencias. En efecto, si el acto que emitió la Administración fue el otorgamiento de una licencia, la sentencia que resuelva sobre la legalidad del acto debería limitarse a anularlo o declarar su nulidad. Esta declaración impondrá su ejecución y, por lo tanto, la Administración, constatada la anulación o la nulidad y que la edificación carece de autorización, habrá de iniciar el expediente de restauración del orden jurídico perturbado contra el propietario, que es el que debe soportar el deber de restablecer la situación asegurando la conformidad de la situación física con la que resulta de la Ley y el Planeamiento urbanístico. Pero, de acuerdo con el modelo legal, en definitiva, se trataría de incoar el expediente que la Ley establece para la tramitación administrativa de las obras sin licen-

cia, que exige un primer requerimiento de legalización, previo al que ordena la demolición, sin pasar directamente de la enervación del título habilitante de la obra a la orden de derribo.

Es decir, si para las obras realizadas sin licencia existe una tramitación administrativa desde que se constata esta circunstancia, para las realizadas al amparo de una licencia ilegal, la consecuencia lógica será tramitar el expediente de legalización con el resultado que se derive de él, que podrá ser la demolición, pero solo tras la tramitación de ese expediente.

Esto es esencial porque la ejecución de la sentencia implicará la tramitación de ese expediente y el Tribunal debe exigir su tramitación en ejecución de su sentencia, pero no parece razonable presuponer ni imponer el resultado cuando no se ha cursado el procedimiento previsto para ello ordenando anticipadamente la demolición.

Se revela también especialmente importante cuando se analiza a la luz de la doctrina que sostiene la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que la ejecutividad de las sentencias provoca la necesaria demolición aunque el titular del edificio no fuera siquiera parte en el procedimiento.

La consecuencia inequívoca de una sentencia que anulara la licencia y ordena la demolición es que al titular de la edificación incluso cuando fue parte en el procedimiento se le priva de varios derechos que tiene reconocidos en la Ley: el derecho a que, incluso cuando una obra es ilegal y odiosa al ordenamiento jurídico por haberse realizado sin licencia se tramite un expediente de legalización previo a la orden de demolición, el derecho del titular de una obra ilegal a la caducidad de la acción de la Administración para perseguir el ilícito una vez transcurrido de cierto plazo después de estar terminada la obra sin que se le hubiera requerido para la legalización, y el derecho a que con carácter previo a la privación de sus bienes se le expropie o indemnice.

En ese sentido, la Ley distingue siempre entre obras en curso de ejecución y obras ejecutadas. Cuando las obras amparadas en la licencia que se considera nula están terminadas, la Ley lo que permite es la revisión. Así cabe citar el artículo 199 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid; el artículo 200 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, o el artículo 190 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. La revisión luego da lugar al requerimiento de legalización y, en su caso, la resolución de este expediente lleva a la orden de demolición.

En definitiva, lo que se produce con una orden de demolición inmediata en un fallo judicial que declara la nulidad de la licencia es un supuesto de la cuestión y un trato peor al titular de una licencia que actuó confiado en la acción de la Administración y en la presunción de legalidad de sus actos del que recibe el que realizó o adquirió las obras sin el amparo formal de la autorización y de manera clandestina. La quiebra del principio de igualdad es absoluta: el titular de una obra ilegal que nunca dispuso de licencia puede intentar legalizarla y si no le requirieron antes de un determinado plazo desde que finalizó, se verá liberado de la orden de demolición, pero el que edificó con licencia luego anulada recibe un fallo múltiple que le condena a la demolición sin el derecho al procedimiento intermedio que al ilegal se le concede.

Así, cabe sostener que cuando la legislación establece que la Administración solo puede requerir la legalización de las obras sin licencia antes de que hubieran transcurrido ordinariamente cuatro años (a veces seis, como en el supuesto de la legislación catalana), pero no después, como el titular de la edificación cuya licencia fue declarada nula se encuentra ahora, de repente, en

la situación del que carecía de licencia debe tratarse desde ese momento, por lo menos, como a aquél.

En sentencias del Tribunal Supremo, como las de 21 de diciembre de 2001 (Aranzadi 5923) y de 19 de febrero de 2002 (Aranzadi 1363) se ha declarado solemnemente la caducidad de la acción de la Administración para restaurar el orden jurídico perturbado por el transcurso del plazo legal. La primera de las sentencias citadas, dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, determinó claramente que: «...la infracción urbanística cometida prescribió cuatro años después del 23 de septiembre de 1987, fecha en la que se ha declarado probado que finalizaron las obras, por lo que no se podían ejercer ya las potestades municipales para restablecer la legalidad urbanística y exigir que las obras ilegales se ajustasen a la licencia otorgada en su día. Conforme a la doctrina de las sentencias que invoca, el 23 de septiembre de 1991 la situación del edificio ilegal estaba ya consolidada vista desde la perspectiva de ser imposible restablecer la legalidad urbanística vulnerada». Aunque se declare la prescripción de la acción, lo cierto es que, como declarara el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 1995 (Aranzadi 2087), dictada siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado don Jaime Barrio Iglesias, se trata en realidad de la institución de la caducidad y no de prescripción, con las consecuencias derivadas de la institución aplicable, que no admite la interrupción regeneradora del plazo.

Todo lo anterior supone que el tercero hipotecario, que ha desconocido el expediente y el proceso correspondiente, cuando recibe directamente la orden de demolición, claro que puede oponer su nulidad, dado que no se le concede el plazo para la legalización, y es más, si transcurrió el plazo de caducidad parece discutible que se le pueda perseguir si la Ley y los Tribunales para las obras ilegales no lo permiten cuando ha transcurrido el plazo legal correspondiente. En relación con esta cuestión, entiendo que no cabe que se oponga que durante el proceso se ha podido decidir si es legalizable o no, porque tal cuestión se habrá podido considerar solo en el momento al que se refiere el acto impugnado que es el sometido a revisión judicial, no en el que se pretende ejecutar la sentencia (por mucho que sea presumible), pero, sobre todo, porque ni siquiera esa consideración en el proceso permite eludir un expediente que la Ley exige para las obras sin licencia y que es un procedimiento necesario previo a la demolición: el requerimiento de legalización.

Por otra parte, es evidente que lo construido cuando no es conforme con el Plan, siempre se encuentra en estado de fuera de ordenación (con o sin licencia) y esto sucederá lo diga una resolución administrativa o judicial o no, pudiéndose constatar en cualquier momento, pero ello no impide que al titular de una edificación que carece de licencia por declaración de nulidad o, mejor aún, por anulación, haya de privarse de la oportunidad de legalizarla en el momento en que se declara esa nulidad. A tal conclusión se llega porque, en primer lugar, puede que lo que en un momento no es legal posteriormente lo sea, pero también porque ni el ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia pueden ser insensibles a la evidencia de que hasta que la nulidad de la licencia se declara, ésta tiene la presunción o, al menos, la apariencia de legalidad que funda los actos del administrado y cuando la licencia se anula o declara nula lo que sucede es que se constata que la edificación se encuentra en el estado de la que fue construida sin licencia respecto de la que ese expediente es obligado. Por lo tanto, como el expediente puede quedar afectado por la caducidad legal, es posible que la finalización del expediente no se verifique con

una orden de demolición, sino, por ejemplo, con la mera declaración de que está fuera de ordenación.

Es natural oponer a esta consideración que como los procesos judiciales son muy largos así van a resultar consolidadas muchas edificaciones ilegales. Pero en cuanto a esta objeción, lo primero es afirmar que el verdadero problema es que duren tanto los procesos, anomalía que no debería influir en la decisión sobre los derechos restringiéndolos: lo que debe resolverse es la falta de agilidad en los procedimientos, poniendo el Estado los medios necesarios. En segundo lugar, como venimos sosteniendo en esta Revista desde Laso & Asociados, la medida cautelar y la anotación preventiva de los expedientes serán un paso esencial para preservar la efectividad de las decisiones en esta materia y finalmente, cabe sostener la posibilidad de la actuación aislada expropiando los derechos del titular afectado en ejecución del Plan para ejecutar la demolición, toda vez que la edificación es disconforme con la ordenación. En este caso, expropiada la finca, se podrá ejecutar la demolición o adaptación requerida, pero se habrá respetado el derecho del titular indemnizándole. La legislación lo debería contemplar normalmente como un supuesto específico de expropiación, aunque parece claro que, de todos modos, queda amparado en la facultad de intervención en las edificaciones para ejecutar el Plan que exige la acomodación de lo construido a su normativa.

Esta solución de alguna manera se contiene ya en algunas normas como la Ley de Urbanismo de Valencia, de 30 de diciembre de 2005, que en el artículo 228.4 prevé la que denomina expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad en caso de no atender una orden de demolición con motivo de una infracción urbanística muy grave. No obstante, la expropiación prevista en ese artículo no parece aplicable a todos los supuestos, a la vista de la definición de las infracciones muy graves del artículo 233.

Las reflexiones que se apuntan tratan de aportar una nueva perspectiva sobre las espinosas cuestiones que genera la colisión entre el interés público de depurar las infracciones urbanísticas y el interés (también público) de garantizar el cumplimiento de la Ley y el derecho y el estricto respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por ejemplo, son especialmente protegibles tanto el derecho a un proceso justo y con todas las garantías que no les ignore cuando va a tener consecuencias sobre su patrimonio e incluso sobre su domicilio (otro derecho fundamental), como el derecho a la seguridad jurídica y a la protección contra la arbitrariedad, de modo que no se les trate más expeditivamente cuando han actuado de buena fe y confiados en la presunción o apariencia de legalidad de los actos administrativos que en el caso de haber actuado clandestinamente o aprovechándose de actos manifiestamente ilegales. Finalmente, parece también necesario tener en cuenta, tanto a nivel legislativo como hermenéutico, el derecho de los titulares a no verse privados de sus derechos (por ejemplo, la propiedad o el domicilio) sin la justa y previa compensación por esa pérdida, que reviste carácter fundamental de acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio de los Derechos del Hombre y el Ciudadano o el artículo 18 de la Constitución Española.

RESUMEN

*CALIFICACIÓN. DOCUMENTOS
JUDICIALES
EJECUCIÓN SENTENCIA.
DISCIPLINA URBANÍSTICA*

Comentario a la RDGRN, de 16 de julio de 2010, que confirma la imposibilidad de inscribir una sentencia cuando no ha sido parte en el procedimiento el titular registral.

ABSTRACT

*REGISTRAR'S SCRUTINY.
COURT DOCUMENTS
ENFORCEMENT OF JUDGMENT.
DISCIPLINE IN URBAN PLANNING*

Commentary on the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decision of 16 July 2010, which confirms that a judgment cannot be registered if the registered owner has not been party to the proceedings.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 24-2-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 1/2011, de 11-2-2011, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

— Resolución de 10-3-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2011, de 18-2-2011, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 4/2011. 11-3-2011. Complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19-6-2002; de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3-5-2006, de Educación, y 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley 1/2011. 4-3-2011. Establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7-7-2003, de Seguridad Aérea.

— Ley 2/2011. 4-3-2011. Economía Sostenible.

— Ley 3/2011. 4-3-2011. Regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.

— Ley 4/2011. 24-3-2011. Modificación de la Ley 1/2000, de 7-7-2000, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

— Ley 5/2011. 29-3-2011. Economía Social.

— Ley 6/2011. 11-4-2011. Modifica la Ley 13/1985, de 25-5-1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28-6-1986, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

— Ley 7/2011. 11-4-2011. Modifica la Ley 41/1999, de 12-11-1999, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11-3-2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

— Ley 8/2011. 28-4-2011. Establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

— Real Decreto-ley 4/2011. 8-4-2011. Medidas urgentes de impulso a la internacionalización mediante la creación de la entidad pública empresarial «Instituto Español de Comercio Exterior» (ICEX).

— Instrumento de Ratificación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA), hecho en Bonn el 26-1-2009.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15-5-2003.

— Corrección de errores. Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15-5-2003.

— Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11-12-1967.

— Corrección de errores. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25-10-2007.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 187/2011. 18-2-2011. Establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

— Real Decreto 302/2011. 4-3-2011. Regula la venta de productos a liquidar por diferencia de precios por determinadas instalaciones de régimen especial y la adquisición por los comercializadores de último recurso del sector eléctrico.

— Real Decreto 303/2011. 4-3-2011. Modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21-11-2003, y el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2-3-1990, y se reduce el límite genérico de velocidad para turismos y motocicletas en autopistas y autovías.

— Real Decreto 422/2011. 25-3-2011. Aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales.

— Real Decreto 423/2011. 25-3-2011. Modifica el Real Decreto 157/1996, de 2-2-1996, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo.

— Real Decreto 424/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones locales y a las Asambleas de Ceuta y Melilla para el 22-5-2011.

— Real Decreto 557/2011. 20-4-2011. Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

— Orden 629/2011. 22-3-2011. Modifica los Anexos XI y XII del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23-12-1998.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Instrucción 1/2011. 31-3-2011. Funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes procesales.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 253/2011. 28-2-2011. Sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la DGRN.

— Orden 840/2011. 31-3-2011. Nombra Tribunal calificador de la oposición entre Notarios, convocada por Resolución de 22-11-2010.

— Orden 989/2011. 19-4-2011. Modifica la designación de miembros del Tribunal calificador de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado.

— Resolución de 24-2-2011. Resuelve el concurso ordinario número 281 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 22-12-2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 24-2-2011. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 19-11-2010, y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 28-2-2011. Publica la lista de opositores aprobados en la oposición para obtener el título de notario convocada por Resolución de 24-9-2009.

— Resolución de 28-2-2011. Modifica los modelos establecidos en la Orden 206/2009, de 28-1-2009, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, modifica la Resolución de 6-4-2010, de la DGRN, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden 206/2009, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma.

— Resolución de 2-3-2011. Aprueba con carácter definitivo la lista de admitidos para tomar parte en la oposición entre notarios, convocada por Resolución de 22-11-2010.

— Resolución de 11-4-2011. DGRN. Modelo de contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles y sus Anexos I y II para ser utilizado por la entidad «Bilbao Bizkaia Kutxa», con letras de identificación «L-SB0017».

— Resolución de 14-4-2011. Aprueba la relación provisional de admitidos y excluidos de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, convocadas por Orden 587/2011, de 11-3-2011, y se convoca para la realización del primer ejercicio de la fase de oposición.

— Resolución de 18-4-2011. Ordena la constitución del Tribunal para la oposición entre notarios, nombrado por Orden 840/2011, de 3-3-2011, con señalamiento del sorteo de opositores y fecha de celebración del primer ejercicio.

— Instrucción 1/2011. 31-3-2011. Funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes procesales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 585/2011. 8-3-2011. Aprueba el modelo de declaración del IRPF, ejercicio 2010, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación del mismo, se establecen los procedimientos de solicitud, remisión o puesta a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 586/2011. 9-3-2011. Aprueba el modelo 111 de autoliquidación de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta y se modifica otra normativa tributaria.

— Orden 592/2011. 23-2-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que declara el incumplimiento de condiciones de expedientes acogidos a la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 593/2011. 24-2-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que declara el incumplimiento de condiciones de expedientes acogidos a la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 602/2011. 24-2-2011. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que declara el incumplimiento de condiciones de expedientes acogidos a la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 732/2011. 29-3-2011. Modifica la Orden 1398/2003, de 27-5-2003, por la que se establecen los supuestos y condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos, y se extiende ésta expresamente a la presentación telemática de determinados modelos de declaración y otros documentos tributarios.

— Orden 940/2011. 13-4-2011. Modifica la Orden 3408/2009, de 17-12-2009, por la que se crean sedes electrónicas en el MEH.

— Orden 1033/2011. 18-4-2011. Modifica la Orden 3786/2008, de 29-12-2008, por la que se aprueban el modelo 303 IVA, autoliquidación, y el modelo 308 IVA, solicitud de devolución: Recargo de equivalencia, artículo 30 bis del Reglamento del IVA y sujetos pasivos ocasionales, y se modifican los Anexos I y II de la Orden 3434/2007, de 23-11-2007, por la que se aprueban los modelos 322 de autoliquidación mensual, modelo individual, y 353 de autoliquidación mensual, modelo agregado, así como otra normativa tributaria.

— Orden 1034/2011. 25-4-2011. Reduce para el periodo impositivo 2010 los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Resolución de 22-12-2010. Publica la Norma de Control de Calidad Interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.

— Resolución de 22-12-2010. Publica la Norma Técnica de Auditoría sobre «relación entre auditores».

— Resolución de 18-2-2011. Procede a cancelar la autorización número 325 para actuar como entidad colaboradora con el Tesoro en la gestión recaudatoria correspondiente a la Entidad Caixa Rural de Balears, Sociedad Cooperativa.

— Resolución de 22-2-2011. Regula el procedimiento de pagos en divisas.

— Resolución de 24-2-2011. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 1-3-2011. Actualización mensual y censo cerrado, resolución de reclamaciones y censo vigente para las elecciones de mayo de 2011.

— Resolución de 7-3-2011. Crea un Registro Electrónico y se establecen los requisitos generales para su aplicación a determinados procedimientos.

- Resolución de 9-3-2011. Publica la revocación de un NIF.
- Corrección de errores. Real Decreto 1159/2010, de 17-9-2010. Aprueba las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16-11-2007, y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16-11-2007.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

- Resolución de 25-2-2011. Publica la baja de la Agencia de Valores, SGAM Iberia, Agencia de Valores, S. A., en el correspondiente Registro.

BANCO DE ESPAÑA

- Resolución de 1-3-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.
- Resolución de 17-3-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.
- Resolución de 1-4-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.
- Resolución de 19-4-2011. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.
- Circular 2/2011. 4-3-2011. A entidades de crédito, sobre coeficiente de financiación mayorista.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

- Orden 490/2011. 9-3-2011. Establece un plazo especial de opción para la cobertura de las contingencias profesionales y el cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Orden 831/2011. 8-4-2011. Regula el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social.
- Resolución de 28-2-2011. Determina las condiciones de prestación de un servicio de apoyo para facilitar el cumplimiento de obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social.

— Resolución de 4-3-2011. Autoriza la utilización de tarjetas, tanto de débito como de crédito, como medio de pago de las deudas con la Seguridad Social en vía ejecutiva.

— Resolución de 23-3-2011. Publica el catálogo de organismos, entidades y empresas incluidos en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas.

— Resolución de 4-4-2011. Modifica la Resolución de 15-2-2011, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11-2-2011, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 190/2011. 18-2-2011. Modifica el Estatuto de la Gerencia del Sector de la Construcción Naval, aprobado por Real Decreto 3451/2000, de 22-12-2000.

— Real Decreto 264/2011. 28-2-2011. Aprueba la oferta de empleo público para el año 2011.

— Corrección de errores. Real Decreto 264/2011. 28-2-2011. Aprueba la oferta de empleo público para el año 2011.

— Real Decreto 353/2011. 11-3-2011. Aprueba los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

— Real Decreto 464/2011. 1-4-2011. Aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Administración Pública.

— Real Decreto 600/2011. 29-4-2011. Modifica el Reglamento de la Ley 23/1982, de 16-6-1982, reguladora del Patrimonio Nacional, aprobado por Real Decreto 496/1987, de 18-3-1987.

— Orden 953/2011. 12-4-2011. Aprueba la nueva imagen promocional de las actividades de administración electrónica y se establecen criterios para su utilización.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la República de Corea al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (publicado en el *BOE* núm. 203, de 25-8-1987), hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de IRPF e IP y su Protocolo, hecho en Madrid el 9-10-2009.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Albania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de IR y su Protocolo, hecho en Tirana el 2-7-2010.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) (*BOE* de 7-11-1989) adoptadas en la 40.^a Sesión (17.º ordinario) de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes el 1-10-2009.

— Corrección de errores a las Modificaciones del Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, adoptadas en la 34.^a Sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes, Ginebra, 5-10-2005.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 345/2011. 11-3-2011. Gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias en la Red de Carreteras del Estado.

— Orden 646/2011. 10-3-2011. Modifica la Orden 1290/2009, de 20-5-2009, y se fija el volumen máximo de préstamos convenidos a conceder en el periodo 2011 por las entidades de crédito colaboradoras en la financiación del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

— Orden 794/2011. 21-3-2011. Aprueba el modelo de declaración responsable, que habilita para la prestación de servicios postales no incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal.

— Orden 872/2011. 6-4-2011. Dicta normas sobre la colaboración del servicio de correos en las elecciones autonómicas, locales, a las Asambleas de Ceuta y Melilla y otros procesos electorales.

— Resolución de 15-3-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 23-12-2010, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2011 (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012).

— Resolución de 15-3-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4-3-2011, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados o convenidos concedidos en el marco del programa 1996 (Plan de Vivienda 1996-1999), del Plan de Vivienda 2002-2005 y del Plan de Vivienda 2005-2008.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 419/2011. 25-3-2011. Modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9-2-1996.

— Orden 662/2011. 23-3-2011. Modifican los Anexos del Real Decreto 605/1999, de 16-4-1999, de regulación complementaria de los procesos electorales.

— Corrección de errores. Orden 662/2011. 23-3-2011. Modifican los Anexos del Real Decreto 605/1999, de 16-4-1999, de regulación complementaria de los procesos electorales.

— Corrección de errores. Orden 314/2011. 1-2-2011. Sobre empresas de seguridad privada.

— Corrección de errores. Orden 315/2011. 1-2-2011. Regula las Comisiones Mixtas de Coordinación de la Seguridad Privada.

— Corrección de errores. Orden 318/2011. 1-2-2011. Sobre personal de seguridad privada.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 301/2011. 4-3-2011. Medidas de mitigación equivalentes a la participación en el régimen de comercio de derechos de emisión a efectos de la exclusión de instalaciones de pequeño tamaño.

— Real Decreto 347/2011. 11-3-2011. Regula la pesca marítima de recreo en aguas exteriores.

— Orden 568/2011. 10-3-2011. Modifica la Orden 1445/2006, de 9-5-2006, sobre tarifas del Registro Nacional de Derechos de Emisión.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 346/2011. 11-3-2011. Aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones.

— Corrección de errores. Real Decreto 1565/2010. 19-11-2010. Regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 456/2011. 1-4-2011. Aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Acuerdo 25-4-2011. Habilita, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral.

TRIBUNAL SUPREMO

— Acuerdo 8-3-2011, de la Presidencia del Tribunal Supremo y de la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitando los días 12, 13, 19 y 20-3-2011 de 8:00 horas a 15:00 horas.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 28-2-2011. Aprueba el Reglamento 1/2011 de asociaciones judiciales profesionales.

— Acuerdo 26-4-2011. Habilita el Registro General del Tribunal Supremo y la Secretaría de la Sala del artículo 61 de la LOPJ para la presentación y tramitación de los recursos contencioso-electorales que pudieran interponerse los días 27, 28, 29 y 30-4-2011.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Instrucción 5/2011. 7-4-2011. Distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública y delegación de competencias en las Juntas Electorales de las Comunidades Autónomas y Provinciales en relación con las elecciones de 22-5-2011.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 2/2011. 25-3-2011. Calidad agro-alimentaria y pesquera de Andalucía.

— Decreto 39/2011. 22-2-2011. Establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados.

— Decreto 51/2011. 8-3-2011. Aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2011 para el Cuerpo de Maestros.

— Decreto 57/2011. 15-3-2011. Regula la Comisión Andaluza para la Dehesa.

— Decreto 65/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones a los órganos de Gobierno de las Entidades Locales Autónomas existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 66/2011. 29-3-2011. Asigna las funciones, medios y servicios traspasados por la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral.

— Decreto 67/2011. 5-4-2011. Regula el control de calidad de la construcción y obra pública.

— Decreto 102/2011. 19-4-2011. Modifica el Decreto 174/2009, de 19-5-2009, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

— Decreto 105/2011. 19-4-2011. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente.

— Orden 11-1-2011. Regula el Plan de Deporte en Edad Escolar de Andalucía, y se aprueban los programas que lo integran en el curso 2010-2011.

— Orden 15-4-2011. Modifica la Orden 15-9-2010, por la que se delegan competencias en diversas materias en órganos de la Consejería.

— Resolución de 25-3-2011. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Corrección de errores. Resolución de 16-12-2010. Determina las fiestas locales en el ámbito de Andalucía para el año 2011.

— Acuerdo 17-3-2011. Aprueban los modelos de actas a utilizar por las Mesas Electorales y por las Juntas Electorales en las elecciones a la Presidencia de las Entidades Locales Autónomas del ámbito territorial de Andalucía de 22-5-2011.

ARAGÓN

— Ley 1/2011. 10-2-2011. Convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 2/2011. 24-2-2011. Modificación de la Ley 4/1993, de 16-3-1993, del Deporte de Aragón de 10-3-2011.

— Ley 3/2011. 24-2-2011. Medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

— Ley 4/2011. 10-3-2011. Modificación de la Ley 2/2000, de 28-6-2000, del Juego de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Ley 5/2011. 10-3-2011. Patrimonio de Aragón.
- Ley 7/2011. 10-3-2011. Modificación de la Ley 11/2005, de 28-12-2005, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Ley 8/2011. 10-3-2011. Medidas para compatibilizar los proyectos de nieve con el desarrollo sostenible de los territorios de montaña.
- Ley 9/2011. 24-3-2011. Mediación familiar de Aragón.
- Ley 10/2011. 24-3-2011. Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.
- Decreto 28-3-2011. Convoca elecciones a las Cortes de Aragón.
- Decreto 54/2011. 22-3-2011. Aprueba la Norma Técnica de Planeamiento (NOTEPA).
- Decreto 74/2011. 22-3-2011. Modifica los Anexos de la Ley 7/2006, de 22-6-2006, de protección ambiental de Aragón.
- Decreto 81/2011. 5-4-2011. Modifica el Decreto 228/2006, de 21-11-2006, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, se regula la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos y se establecen otras medidas en materia de Administración Electrónica.
- Decreto 87/2011. 5-4-2011. Aprueba los Estatutos de la Academia de la Lengua Aragonesa.
- Decreto 88/2011. 5-4-2011. Aprueba las Normas de organización interna y de funcionamiento del Consejo Superior de las Lenguas de Aragón.
- Decreto 89/2011. 5-4-2011. Aprueba los Estatutos de la Academia Aragonesa del Catalán.

ASTURIAS

- Ley 1/2011. 11-3-2011. Modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6-3-2011, de Patrimonio Cultural.
- Ley 2/2011. 11-3-2011. Igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.
- Decreto 3/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones a la Junta General del Principado de Asturias.
- Decreto 5/2011. 16-2-2011. Aprueba el Reglamento de los Planes de evaluación de la función docente.
- Decreto 29/2011. 13-4-2011. Aprueba el Reglamento General de la Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28-10-2005, de Salario Social Básico.
- Acuerdo 16-3-2011. Se nombran notarios/as.

BALEARES

— Ley 1/2011. 24-2-2011. Transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias.

— Ley 2/2011. 22-3-2011. Regula la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Ley 3/2011. 25-3-2011. Delegación de competencias al Consejo Insular de Menorca de las facultades que, como administración gestora, ejerce ahora la Administración de la CAIB en relación con el Museo de Menorca y la Biblioteca Pública y el Archivo Histórico de Maó, instituciones culturales de titularidad estatal.

— Ley 4/2011. 31-3-2011. Buena administración y del buen Gobierno de las Illes Balears.

— Ley 5/2011. 31-3-2011. Modificación de la Ley 1/2003, de 20-3-2003, de cooperativas de las Illes Balears.

— Decreto 3/2011. 28-3-2011. Disolución y convocatoria de elecciones al Parlamento de las Illes Balears.

— Decreto 4/2011. 28-3-2011. Convocatoria elecciones a los Consejos Insulares de Mallorca, de Menorca y de Ibiza.

— Decreto 14/2011. 25-2-2011. Aprueba el Reglamento de intervenciones arqueológicas y paleontológicas de las Illes Balears.

— Decreto 16/2011. 25-2-2011. Evaluación y certificación de conocimientos de lengua catalana.

— Decreto 20/2011. 18-3-2011. Establece las disposiciones generales de clasificación de la categoría de los establecimientos de alojamiento turístico en hotel, hotel apartamento y apartamento turístico de las Illes Balears.

— Decreto 26/2011. 1-4-2011. Regula la prestación para personas que han estado sometidas a tutela administrativa.

— Decreto 29/2011. 1-4-2011. Medidas urgentes en materia de financiación de inversiones productivas y liquidez de las Pymes en las Islas Baleares.

CANARIAS

— Ley 3/2011. 18-2-2011. Modificación de la Ley 12/2003, de 4-3-2003, del Servicio Canario de Empleo y de regulación del Sistema de Empleo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Ley 4/2011. 18-2-2011. Fomento de la colombofilia canaria y protección de la paloma mensajera de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Ley 5/2011. 17-3-2011. Modificación del artículo 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3-6-2002, del Consejo Consultivo de Canarias.

— Ley 6/2011. 21-3-2011. Modificación de la Ley 13/2007, de 17-5-2007, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias.

— Ley 7/2011. 5-4-2011. Actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias.

— Ley 8/2011. 8-4-2011. Modifica la Ley 4/1994, de 25-4-1994, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias.

— Decreto 43/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones al Parlamento de Canarias.

— Decreto 70/2011. 11-3-2011. Crea la Red Canaria de Parques Nacionales.

— Decreto 87/2011. 15-4-2011. Modifica el Decreto 135/2009, de 20-10-2009, por el que se regulan las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias para el periodo 2009-2012; el Decreto 138/2007, de 24-5-2007, que establece el régimen de adjudicaciones de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda; el Decreto 152/2008, de 7-7-2008, por el que se aprueban los estatutos del Instituto Canario de la Vivienda, y el Decreto 1/2004, de 13-1-2004, por el que se establece el precio máximo de venta y la renta máxima inicial anual de las viviendas protegidas de promoción pública.

— Orden 23-3-2011. Nombra Registrador de la Propiedad de Las Palmas, número 5, a don Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO.

CANTABRIA

— Ley 1/2011. 28-3-2011. Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Ley 2/2011. 4-4-2011. Modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística.

— Ley 3/2011. 5-4-2011. Creación de la Entidad Pública Empresarial 112 de Cantabria.

— Decreto 6/2011. 28-3-2011. Convocatoria de elecciones al Parlamento de Cantabria.

— Decreto 23/2011. 24-3-2011. Aprueba el Reglamento orgánico de los conservatorios en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 4/2011. 10-3-2011. Empleo Público de Castilla-La Mancha.

- Corrección de errores. Ley 4/2011, de 10-3-2011, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2011. 10-3-2011. Declaración del Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalajara.
- Ley 6/2011. 10-3-2011. Declaración del Parque Natural del Valle de Alcudia y Sierra Madrona.
- Ley 7/2011. 21-3-2011. Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.
- Ley 8/2011. 21-3-2011. Consejo del Agua de Castilla-La Mancha.
- Ley 9/2011. 21-3-2011. Crean el canon eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha.
- Ley 10/2011. 21-3-2011. Modifica la Ley 3/1991, de 14-3-1991, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.
- Ley 11/2011. 21-3-2011. Modificación de la Ley 9/1999, de 26-5-1999, de Conservación de la Naturaleza.
- Decreto 14/2011. 28-03-2011. Convoca elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha.
- Decreto 18/2011. 29-3-2011. Modifica el Decreto 173/2009, de 10-11-2009, por el que se aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha, 2009-2012.
- Decreto 22/2011. 12-4-2011. Aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de Castilla-La Mancha.
- Decreto 23/2011. 12-4-2011. Aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de Castilla-La Mancha.
- Corrección de errores. Decreto 23/2011. 12-04-2011. Modifica el Decreto 292/2007, de 6-11-2007, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 1/2011. 1-3-2011. Evaluación del Impacto de Género en Castilla y León.
- Ley 2/2011. 4-3-2011. Modifica la Ley 1/1998, de 4-6-1998, de Régimen Local de Castilla y León y de Creación del Consejo de Cooperación Local de Castilla y León.
- Ley 3/2011. 22-3-2011. Reconoce como Universidad Privada a la «Universidad Privada Internacional de Burgos», con sede en Burgos.
- Ley 4/2011. 29-3-2011. Aprobación de las Directrices de Ordenación de Ámbito Subregional de la Montaña Cantábrica Central en Castilla y León.
- Decreto 1/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones a las Cortes de Castilla y León.

— Decreto 14/2011. 24-3-2011. Aprueba la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2011.

— Orden 185/2011. 21-2-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 276/2011. 14-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 301/2011. 3-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 305/2011. 7-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 322/2011. 22-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 323/2011. 22-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 324/2011. 17-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 325/2011. 17-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 361/2011. 21-3-2011. Nombran Notarios para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 373/2011. 4-4-2011. Regula la prestación de servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Comunidad de Castilla y León por las Entidades de Depósito.

— Orden 398/2011. 28-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 399/2011. 25-3-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 481/2011. 1-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 482/2011. 7-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Ley 13/2010. 9-12-2010. Contra la Violencia de Género en Castilla y León.

CATALUÑA

— Decreto Ley 1/2011. 15-2-2011. Modificación de la Ley 18/2002, de 5-7-2002, de cooperativas de Cataluña.

— Decreto 298/2011. 22-3-2011. Convocatoria de elecciones al Consejo General de Arán.

— Decreto 323/2011. 19-4-2011. Modifica el Decreto 21/1999, de 9-2-1999, de creación del Consejo Catalán de Formación Profesional.

— Resolución de 769/2011. 18-3-2011. Nombramiento de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

— Resolución de 840/2011. 11-3-2011. Delegan competencias para expedir copias auténticas de documentos y certificaciones.

EXTREMADURA

- Ley 4/2011. 7-3-2011. Educación de Extremadura.
- Ley 5/2011. 7-3-2011. Creación de órganos consultivos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en el ámbito agrario y agroalimentario.
- Ley 6/2011. 23-3-2011. Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Ley 7/2011. 23-3-2011. Salud Pública de Extremadura.
- Ley 8/2011. 23-3-2011. Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género en Extremadura.
- Ley 9/2011. 29-3-2011. Modificación de la Ley 15/2001, de 14-12-2001, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.
- Decreto 2/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones a la Asamblea de Extremadura.
- Decreto 29/2011. 18-3-2011. Modificación del Decreto 26/1996, de 19-2-1996, sobre órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 34/2011. 25-3-2011. Aprueba la Oferta de Empleo Público de la Junta de Extremadura para 2011.
- Decreto 37/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones de vocales de las Juntas Vecinales de las entidades locales menores de Extremadura.
- Decreto 38/2011. 1-4-2011. Modifica el Decreto 75/2007, de 24-4-2007, por el que se establece el régimen de ayudas del programa de apoyo a la innovación de las pequeñas y medianas empresas 2007-2013 (InnoEmpresa) en Extremadura.
- Orden 1-4-2011. Convoca ayudas al Programa de apoyo a la innovación de las pequeñas y medianas empresas 2007-2013 (InnoEmpresa) en Extremadura, establecidas en el Decreto 75/2007, de 24-4-2007, correspondientes al ejercicio 2011.
- Corrección de errores. Orden 21-3-2011. Nombra Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles para servir plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

- Ley 1/2011. 28-2-2011. Reguladora del Consejo Gallego de la Competencia.
- Decreto 42/2011. 3-3-2011. Establece el procedimiento para el depósito de las fianzas de los arrendamientos relativos a fincas urbanas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 44/2011. 10-3-2011. Regula las ayudas autonómicas para la terminación de fachadas y cubiertas, rehabilitación y reconstrucción de edificios y viviendas en el ámbito rural, histórico y de los caminos de Santiago.

— Decreto 45/2011. 10-3-2011. Regula el fomento de las agrupaciones de propietarios forestales, los requisitos y calificación de las sociedades de fomento forestal y la creación de su registro.

— Decreto 52/2011. 24-3-2011. Establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Corrección de errores. Decreto 52/2011. 24-3-2011. Establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 59/2011. 17-3-2011. Modifica el Decreto 307/2009, de 28-5-2009, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Hacienda.

— Orden 24-2-2011. Incorpora catorce nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 28-2-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Corrección de errores. Orden 28-2-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 14-3-2011. Incorpora nueve nuevos procedimientos al Registro Electrónico de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 15-3-2011. Incorpora dos nuevos procedimientos al Registro Electrónico de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 15-3-2011. Aprueba el procedimiento de comunicación electrónica del contenido de los contratos de trabajo y sus copias básicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 21-3-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Electrónico de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden de 6-4-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Electrónico de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

LA RIOJA

— Ley 2/2011. 1-3-2011. Autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Ley 3/2011. 1-3-2011. Prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

— Ley 4/2011. 1-3-2011. Aprueba y autoriza el convenio de colaboración entre Comunidades Autónomas en materia de protección civil y gestión de emergencias.

— Decreto 1/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones al Parlamento de La Rioja.

— Decreto 13/2011. 4-3-2011. Regula el funcionamiento del Registro de Industrias Agrarias y Alimentarias de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 14/2011. 4-3-2011. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31-5-2001, de Turismo de La Rioja.

— Decreto 15/2011. 4-3-2011. Modifica el Decreto 6/2000, de 4-2-2000, por el que se regula el Registro de Entidades, Centros y Servicios de Servicios Sociales.

— Decreto 16/2011. 4-3-2011. Regula el Registro de actividades, bienes patrimoniales e intereses de los miembros del Gobierno y de los titulares de los cargos sometidos al régimen de incompatibilidades de la Ley 8/2003, de 28-10-2003, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros.

MADRID

— Ley 8/2010. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2011.

— Ley 2/2011. 15-3-2011. Cañada Real Galiana.

— Ley 3/2011. 22-3-2011. Establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

— Decreto 3/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones a la Asamblea de Madrid.

MURCIA

— Ley 2/2011. 2-3-2011. Admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Región de Murcia.

— Decreto 6/2011. 28-3-2011. Convocatoria de elecciones a la Asamblea Regional de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 1/2011. 15-2-2011. Establece el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y se regula la organización, las

funciones y el régimen del personal que configura los equipos y el órgano de valoración de la situación de dependencia en Navarra.

— Ley Foral 2/2011. 17-3-2011. Establece un código de buen gobierno.

— Ley Foral 3/2011. 17-3-2011. Sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

— Ley Foral 4/2011. 17-3-2011. Modifica el título VII de la Ley Foral 6/1990, de 2-7-1990, de la Administración Local de Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 4/2011. 17-3-2011. Modifica el título VII de la Ley Foral 6/1990, de 2-7-1990, de la Administración Local de Navarra.

— Ley Foral 5/2011. 17-3-2011. Modifica la Ley Foral 1/2002, de 7-3-2002, de Infraestructuras Agrícolas.

— Ley Foral 7/2011. 24-3-2011. Modifica el TR del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Ley Foral 8/2011. 24-3-2011. Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

— Ley Foral 9/2011. 24-3-2011. Modificación de la Ley Foral 17/1998, de 19-11-1998, de la Cámara de Comercio e Industria de Navarra.

— Ley Foral 10/2011. 1-4-2011. Cuentas Generales de Navarra de 2009.

— Ley Foral 11/2011. 1-4-2011. Juventud.

— Ley Foral 12/2011. 1-4-2011. Modificación de la Ley Foral 17/2005, de 22-12-2005, de Caza y Pesca.

— Ley Foral 13/2011. 1-4-2011. Modificación de la Ley Foral 7/2009, de 5-6-2009, por la que se regula la asignación tributaria del 0,7 por 100 que los contribuyentes de la Comunidad Foral destinan a otros fines de interés social.

— Decreto Foral 1/2011. 28-3-2011. Convoca elecciones al Parlamento de Navarra.

— Decreto Foral 13/2011. 28-2-2011. Regula el Consejo de Seguridad Ciudadana de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 16/2011. 21-3-2011. Aprueba el Reglamento de Apuestas de Navarra.

— Decreto Foral 17/2011. 21-3-2011. Modifica la estructura orgánica del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra, aprobada por Decreto Foral 119/2007, de 3-9-2007.

— Decreto Foral 21/2011. 28-3-2011. Crea el Observatorio de Seguridad Pública de Navarra.

— Decreto Foral 22/2011. 28-3-2011. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999.

— Decreto Foral 25/2011. 28-3-2011. Regula el censo de solicitantes de vivienda protegida.

— Decreto Foral 28/2011. 4-4-2011. Crea el Consejo navarro de la discapacidad.

— Orden Foral 7/2011. 18-1-2011. Aprueba el II Plan de control e inspección en materia de vivienda para los años 2011 y 2012.

— Orden Foral 25/2011. 28-2-2011. Aprueban los modelos 715 y 745 de declaración de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades empresariales y profesionales, agrícolas, ganaderas y forestales, premios y determinadas imputaciones de renta.

— Orden Foral 44/2011. 29-3-2011. Dictan las normas para la presentación de las declaraciones del IRPF correspondientes al año 2010, se aprueba el modelo de declaración y se determinan las condiciones y procedimiento para su presentación por medios telemáticos.

PAÍS VASCO

— Ley 2/2011. 17-3-2011. De Caza.

— Norma Foral 5/2010. 23-12-2010. Aprueba determinadas modificaciones tributarias.

— Decreto Foral. Norma 6/2010. 21-12-2010. Se introducen modificaciones en el ITP y AJD y en la normativa reguladora de Impuestos Especiales.

— Orden 18-3-2011. Procede al nombramiento de Notarios en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 23-3-2011. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Resolución de 2-3-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto Foral. Norma 1/2011, de 1-2-2011, por el que se introducen modificaciones en el IRPF de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

VALENCIA

— Ley 1/2011. 22-3-2011. Aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana.

— Ley 2/2011. 22-3-2011. Deporte y la Actividad Física de la Comunitat Valenciana.

— Ley 3/2011. 23-3-2011. Comercio de la Comunitat Valenciana.

— Ley 4/2011. 23-3-2011. Bibliotecas de la Comunitat Valenciana.

— Ley 5/2011. 1-4-2011. Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

- Ley 6/2011. 1-4-2011. Movilidad de la Comunidad Valenciana.
- Ley 7/2011. 1-4-2011. Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunitat Valenciana.
- Ley 8/2011. 1-4-2011. Modificación de los artículos 86.3 y 104.2 de la Ley 8/2010, de 23-6-2010, de la Generalitat, de Régimen Local.
- Corrección de errores. Ley 8/2011. 1-4-2011. Modificación de los artículos 86.3 y 104.2 de la Ley 8/2010, de 23-6-2010, de la Generalitat, de Régimen Local.
- Decreto 2/2011. 28-3-2011. Disolución de Les Corts y convocatoria de elecciones a las mismas.
- Decreto 31/2011. 25-3-2011. Convocatoria de elecciones a entidades locales menores de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ALICANTE

Los días 25 de marzo y 1 de abril de 2011, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, la Cátedra Bienvenido Oliver celebró las *JORNADAS DERECHO DE FAMILIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD*.

Día 25

Inauguración de las Jornadas:

- «Últimas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de familia», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado de la DGRN.
- «Aspectos registrales de la ley valenciana de régimen económico-matrimonial», por don Mario CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valencia.

Día 1

- «Discapacidad y Registro de la Propiedad», por don Juan ROCA GUILLAMÓN, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Murcia.
- «Adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria», por don Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.
- «Insolvencia familiar en el concurso», por don Enrique GARCÍA CERVERA, Magistrado-Presidente del Tribunal de Marca Comunitario.

- «Publicidad registral del protocolo familiar», por don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Director del Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Clausura: don Alfonso CANDAU PÉREZ, Decano-Presidente. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MADRID

El día 17 de febrero de 2011, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *TEMAS CONSTITUCIONALES. HOMENAJE A DON FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE*.

Ponentes:

- Francisco RUBIO LLORENTE, Presidente del Consejo de Estado y Catedrático Emérito de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.
- Marta LLORENTE, Catedrática de Historia del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.
- Francisco LAPORTA, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.
- Elías DÍAZ, Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.
- Víctor FERRERES COMELLA, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra.

* * *

El día 8 de marzo de 2011 se celebró la *SESIÓN EXTRAORDINARIA FIDE: ANÁLISIS JURÍDICO DEL AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO*.

Ponentes:

- María José MOURE, Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Madrid, y Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito como letrado a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.

Moderador:

- Gregorio DE LA MORENA, Socio del Despacho De la Morena Abogados.

Resumen de la sesión:

El Auto 111/2010 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, desestima recurso de apelación interpuesto contra Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Estella, dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que una vez subastada y adjudicada la finca al acreedor hipotecario libera de toda responsabilidad a un prestatario cuyo préstamo, además de la garantía personal, garantizaba su devolución con hipoteca sobre un inmueble. Este fue el tema central de la sesión en FIDE. Este Auto se refería al recurso de apelación formulado por el banco, acreedor hipotecario, respecto a la resolución en los Autos de Ejecución de títulos judiciales número 1071/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella, de 13 de noviembre de 2009.

El caso concreto se trataba de que el BBVA, ante el impago de las cuotas de un préstamo hipotecario, dio por vencido anticipadamente el contrato de préstamo por falta de pago de varias cuotas y procedió a su ejecución. Como quiera que, tras quedar desierta la subasta del inmueble, el banco solicitó la adjudicación de la vivienda por importe mucho menor de la tasación originaria —de 42.895 euros frente a 71.255— solicitó proseguir la ejecución sobre el patrimonio de los deudores por la cantidad restante. La Audiencia Provincial consideró que no procedía continuar el procedimiento al entender que la deuda estaba extinguida con la adjudicación del inmueble al banco, lo que supone una dación en pago.

Sin embargo, pocos días después de este primer Auto, otra Sección de la misma Audiencia Provincial falló en otra resolución de modo opuesto, respecto a la misma entidad BBVA, resolviendo un recurso de la misma jueza de Estella: la adjudicación de la finca hipotecada, esta vez, no extingue la deuda. Pero no se quedaron ahí, sino que reprobaron a la magistrada-jueza titular, quien «vuelve a extralimitarse en la interpretación y contradecir la ley».

Con este ambiente formado, y en medio de una corriente de opinión posicionada a favor y en contra, en la primera quincena de febrero el Juzgado de lo Mercantil, número 11 de Madrid, admitió a trámite la demanda presentada por la Asociación de usuarios de bancos, cajas y seguros contra 45 bancos y cajas por la inclusión en más de cuatro millones de hipotecas de las llamadas «cláusulas suelo». Estas cláusulas establecen un límite a la bajada del tipo en las hipotecas, de modo que, aunque el euribor baje, el mínimo que el consumidor debe pagar es el 3,5 por 100, el 4 por 100 o el 5 por 100; a pesar de que el euribor se encuentre —como ahora— cerca del 1,5 por 100.

A ello se une que el titular del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad respecto a los artículos 695, 698 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refieren a la tutela judicial efectiva del implicado en un proceso de ejecución hipotecaria. El juez argumenta que, en el artículo 695, ninguno de los motivos de

oposición a la ejecución alude a las circunstancias en que se ha producido el impago o se suscribió la obligación o se pactaron determinadas cláusulas.

En la sesión *Análisis jurídico del Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010. Posibles consecuencias de la modificación del marco jurídico*, celebrada en FIDE el pasado 8 de marzo de 2011, el objetivo fue analizar las posibles interpretaciones de la ejecución hipotecaria a la vista de los criterios recogidos en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra y las posibles consecuencias de la modificación del marco jurídico.

Los ponentes que participaron en la sesión fueron María José MOURE, Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid, y Javier GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito como letrado a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Moderó la sesión, Gregorio DE LA MORENA, Socio del Despacho De la Morena Abogados.

Gregorio DE LA MORENA inició reflexionando que «desde un punto de vista filosófico, en principio, se podría compartir que si la entidad de crédito ha tasado el valor del inmueble, en la escritura de constitución de hipoteca, y ha realizado los correspondientes análisis de riesgos, de alguna manera debería aceptar la adjudicación del bien en pago de su crédito, en atención a la valoración efectuada y no en relación a las modificaciones del mercado inmobiliario», cuestión que apoyó María José MOURE y rebatió Javier GÓMEZ GÁLIGO y que provocó un intenso debate, en el turno correspondiente, entre los asistentes.

La piedra de choque se puso, por unos momentos, en el aspecto de la información que está o no en la práctica disposición de los consumidores, en el sentido de hasta qué punto quien suscribe un préstamo hipotecario es consciente, hasta el final, de las consecuencias del impago.

Se insistió tanto por parte de los ponentes como del moderador y los asistentes (de manera especial un Notario de Madrid, quien puso en común sus experiencias acerca de la complejidad que esconde el asumir e interiorizar todos los datos que se ofrecen al deudor hipotecario antes de firmar la escritura de constitución) en que es fundamental cubrir todas las obligaciones de información.

De hecho, y tal y como recordó Javier GÓMEZ GÁLIGO, el artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible incide en el deber de informar: «de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referen-

cia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago».

DE LA MORENA hizo una reseña a los asistentes de la regulación hipotecaria en España, así como diversas reflexiones acerca de las dinámicas bancarias en lo que respecta a las hipotecas; llegando a la conclusión de que todas las fuerzas del mercado han coadyuvado al apogeo de las hipotecas, en primer lugar, y al ocaso, tal y como estamos viviendo. En sus palabras iniciales asimismo planteó que quizá esta corriente de opinión que se está creando pueda derivar en un cambio legislativo que regule el sobreendeudamiento de la persona natural no contemplado en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, tal y como ocurrió en 1994 con la subrogación de hipotecas. Concretamente —recordaba— un artículo publicado en *La Vanguardia*, ayudó a un debate que desembocó, a la postre, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

En aquel momento, el descenso generalizado de los tipos de interés repercutía en los préstamos hipotecarios, y pareció digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos pudieran beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se veía agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del cambio de hipoteca: la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. La Ley vino además a cumplir con el mandato parlamentario que en su moción del 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, instaba al Gobierno a habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor.

Esta situación, históricamente reiterada, encontró por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1.211 del Código Civil, que la configura como un acto voluntario del deudor. No obstante, la concisa normativa de dicho precepto fue suficiente para resolver la problemática que plantea esta institución cuando el primer acreedor y el que se subroga son algunas de las entidades financieras a las que se refiere la Ley de Mercado Hipotecario. Resultó por ello necesario establecer una regulación específica del referido supuesto.

María José MOURE constató que su experiencia diaria en el juzgado es dura porque el deudor pierde su vivienda una vez ejecutada la hipoteca y en la mayoría de los casos, el importe de la subasta no cubre la deuda. «Hay situación de descontento cuando los deudores hipotecarios ven como después de ejecutar la hipoteca se persiguen los pocos bienes que les quedan para cubrir

la totalidad de la deuda». A pesar de ello, tanto María José MOURE como Javier GÓMEZ GÁLLIGO y el moderador, Gregorio DE LA MORENA, coincidieron en que el Auto de la Audiencia de Navarra, técnicamente deja mucho que desear, ya que de los artículos 1911 CC, 105 y 140 LH y 579 LEC se deriva que de la deuda hipotecaria se responde con todos los bienes, no únicamente con el bien sujeto a hipoteca, salvo que se haya pactado lo contrario en la escritura de constitución.

Coincidieron, igualmente, en que la Magistrada de Primera Instancia esgrimió el abuso de derecho de forma equivocada. Destacaron que si bien la Audiencia Provincial de Navarra confirmó lo dicho en Primera Instancia, no fue confirmado exactamente lo dicho en el Auto de Estella, sino por la vía de lo moralmente rechazable.

El Auto recuerda, además, que la Magistrada de Estella está sometida al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y que el valor dado a un inmueble en tasación no ha de identificarse necesariamente con el valor de mercado. Además que el precio resultante de la subasta no es imputable ni al banco ni al deudor hipotecario.

A María José MOURE le llamó la atención que habiendo resortes en la legislación para ayudar al deudor (por ejemplo, los contenidos en el art. 140 de la LH) no se acudiese a ellos. Siendo el argumento jurídico más defendible del Auto la aplicación del artículo 3 del Código Civil, aunque en este caso se aplicase de forma desviada.

La intervención de Javier GÓMEZ GÁLLIGO estuvo alineada con las anteriores, excepto en el consenso acerca del juicio positivo que les merecía a Gregorio DE LA MORENA y a María José MOURE el espíritu de la sentencia, ya que las resoluciones judiciales no deben basarse solo en la equidad (art. 3.2 del CC) y porque suponía un perjuicio para el sistema financiero e hipotecario en su conjunto. Javier GÓMEZ GÁLLIGO situó la génesis de la situación en la quiebra del sistema estadounidense, país donde —recordó Javier GÓMEZ GÁLLIGO— aunque la entrega del bien hipotecado sí extingue la deuda, el deudor pasa a engrosar una base de datos de morosos de la que no podrá salir fácilmente, sin posibilidad de obtener un nuevo crédito. Por lo que no debemos tener ahora como modelo —según GÓMEZ GÁLLIGO— el sistema hipotecario estadounidense, que no es un sistema de realización de valor sino de venta anticipada a favor del acreedor, donde no existe prohibición de pacto comisorio y el acreedor se puede quedar con toda la garantía por pequeña que sea la cantidad debida.

Profundizó en ello razonando que si bien la existencia de una acción personal sucesiva a la real puede verse como excesiva, también el propietario se lucra, en su caso, de un aumento del valor del inmueble, de manera que el acreedor debe poner a su disposición el sobrante de la ejecución. Además —matizó— en el Derecho español hay una batería de garantías a favor del

deudor hipotecario, que no existen en Estados Unidos. Por otra parte, aceptar la supresión de la acción personal pondría en entredicho el mercado secundario español de bonos, participaciones y cédulas hipotecarias.

A esto se une, tal y como expuso Javier GÓMEZ GÁLLIGO, que este estado legal de los préstamos hipotecarios permite intereses muy bajos, que serían implantarles si los bancos tuviesen que asumir el riesgo de daciones en pago masivas.

Tras las exposiciones de los ponentes y el moderador se inició un intenso debate.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *El procedimiento registral y su revisión judicial: Fundamentos y práctica.*

por

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Granada

La revisión judicial de la calificación registral, tanto en el juicio verbal directo contra las calificaciones negativas, como en el juicio verbal contra las Resoluciones de la DGRN, estimatorias de un recurso gubernativo, tiene una incompleta, asistemática y ambigua regulación en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, que genera un haz de dudas que pueden ser colmadas por interpretaciones de lo más dispar. Así lo está poniendo de manifiesto la práctica jurisdiccional, sobre todo en relación a la legitimación, al objeto y a los efectos de dichos procedimientos. Ello se ha debido a que este régimen, introducido *ex novo* de manera atropellada y deficiente por la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se ha ido conformando sin orden ni concierto por la sedimentación de materiales normativos de posteriores reformas (Ley 53/2003) y contrarreformas (Ley 24/2005).

La interpretación que propone en este libro el profesor GUILARTE respecto de los interrogantes que plantea la revisión judicial de la calificación no es una interpretación más que se justifique por el mero hecho de que las soluciones propuestas tengan cabida en la generosa ambigüedad de los campos semánticos definidos por la literalidad de los artículos 324 a 328 de la Ley Hipotecaria, sino que es una interpretación que hunde sus raíces en los propios fundamentos del procedimiento registral. Según GUILARTE, el sistema de revisión judicial de la calificación registral, entendido únicamente desde su literalidad normativa es inviable, puesto que en su ambigüedad cobija todo tipo de ocurrencias («el sol y la luna», «el haz y el envés»), por lo que cualquier interpretación coherente de los múltiples interrogantes que plantea debe trascender de la norma y rebuscar más profundamente en la funcionalidad del proceso registral. Desde luego que se podrá discrepar con muchas de las conclusiones de esta obra, pero el rigor intelectual exigirá que en el futuro cualquier interpretación contradictoria con la aquí expuesta, ya proceda la doctrina o de cualquier otro ámbito, esté fundada no solamente en la literalidad normativa de los preceptos citados, sino que busque su significado en los fundamentos, presupuestos y finalidades a los que el procedimiento registral sirve.

La obra trata todos los aspectos del régimen de la revisión judicial de la calificación registral tanto en el juicio verbal directo, como en el juicio verbal

contra las Resoluciones de la DGRN: la legitimación activa y pasiva, la intervención de terceros, el objeto de estos procedimientos, la eficacia de la sentencia que en ellos recaiga y su relación con el procedimiento ordinario sobre la validez y eficacia de los títulos del artículo 66 LH, el régimen de las costas, la naturaleza civil o procesal del plazo para interponer los recursos, el problema de la habitual caducidad del asiento de presentación en el momento que se interpone el recurso judicial directo contra la calificación, etc. Sin embargo, de los múltiples problemas que se abordan, dos son, a mi juicio, los más relevantes. El primero de ellos es el de la legitimación activa del Registrador en el juicio verbal contra las Resoluciones de la DGRN. El segundo y probablemente el más polémico, la caracterización de los procesos especiales de revisión judicial de la calificación registral, no como meros juicios revisorios de la calificación, sino como juicios plenarios que pueden producir efectos de cosa juzgada en relación a la validez del título que se pretende inscribir, cerrando la vía al ulterior procedimiento ordinario al que se refiere el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, cuando exista coincidencia subjetiva y objetiva con lo previamente juzgado en sede de revisión judicial de la calificación.

A lo largo de los Capítulos II y III expone el autor cuál es su consideración sobre la función registral como presupuesto sobre el que articulará en los capítulos siguientes su visión sobre las distintas vicisitudes que plantea la revisión judicial de la calificación. La metodología empleada me parece la más acertada, puesto que en buena medida las distintas propuestas interpretativas de los artículos 324 y siguientes LH, que se enfrentan en sede jurisdiccional, vienen determinadas por la consideración, más o menos elevada, que se tenga de la funcionalidad de la inscripción. En este sentido, su interpretación del régimen de revisión judicial de la calificación se asienta sobre ideas como el carácter triangular del procedimiento registral, en el que no solamente se enfrenta el interés del solicitante a la inscripción frente a la administración que debe proporcionárselo, sino también el interés de terceros que pueden verse perjudicados por la inscripción; el papel tutelar que el Registrador debe asumir a lo largo de todo el procedimiento registral, en sede administrativa y judicial, de los intereses de los posibles perjudicados y de otros intereses públicos; la autonomía del Registrador en sede de calificación y el carácter no vinculante de las Resoluciones de la DGRN, entre otras.

Centrándonos en el problema de la legitimación activa de los Registradores para recurrir las Resoluciones de la DGRN, entiende GUILARTE que el ambiguo artículo 328. IV de la LH, cuando condiciona dicha legitimación a que una Resolución «afecte a un derecho o interés del que sean titulares», no se está refiriendo a un interés personal del Registrador en la relación litigiosa objeto de calificación, sino que el interés que actúa su legitimación es un interés funcional o representativo de los perjudicados ausentes en el procedimiento registral. En la tesis de GUILARTE, el Registrador tiene encomendado en el procedimiento registral la tutela de derechos de terceros y de intereses públicos que se pueden ver perjudicados por la inscripción. Este deber de tutela es el que justifica que el Registrador tenga legitimación activa para recurrir las Resoluciones de la DGRN en representación de los terceros perjudicados, máxime si se tiene en cuenta que por «mor» de la desafortunada reforma introducida por la Ley 24/2005 se ha suprimido la legitimación activa de esos terceros afectados por la inscripción en el juicio especial contra las resoluciones estimatorias de la DGRN.

Por lo que respecta a la que, a mi juicio, es la otra gran tesis de esta obra, la naturaleza plenaria de los juicios verbales especiales de revisión de la califi-

cación judicial, GUILARTE parte de una crítica a la tesis ortodoxa que considera que dichos procedimientos son meros juicios revisorios de la calificación del Registrador, cuyo objeto se limitaría a las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con aquélla. Según esta misma tesis tradicional, no es posible presentar en este ámbito jurisdiccional pruebas distintas de los documentos que fueron tenidos en cuenta por el Registrador para efectuar la calificación y consecuentemente la sentencia recaída en estos juicios verbales especiales no prejuzga en ningún caso la validez del título a inscribir, cuestión ésta reservada al ulterior procedimiento ordinario al que se refiere el artículo 66 LH, que sería plenamente compatible con aquéllos.

En contra de esta tesis ortodoxa, considera GUILARTE que los juicios verbales especiales de revisión de los procedimientos tienen naturaleza plenaria, es decir, no tienen más limitación probatoria que la que se deriva de las normas procesales generales y lo que en ellos se decida en relación a la validez de los títulos sometidos a calificación puede producir efectos de cosa juzgada, que impida su revisión en un procedimiento ordinario posterior cuando exista coincidencia objetiva y subjetiva entre ambos procedimientos, ya que la tutela judicial efectiva nunca podría obtenerse si la inscripción decidida en un procedimiento jurisdiccional lo fuera con carácter meramente claudicante o provisional.

Según GUILARTE, la tesis que preconiza el carácter meramente revisorio, provisional o nomofiláctico de los juicios verbales de revisión de la calificación, no hace sino trasladar a estos procedimientos judiciales la precariedad propia de la actividad calificadora: ciertamente, el Registrador no es un juez, ni su decisión en sede de calificación puede prejuzgar la validez o nulidad del título (tal y como se desprende de los arts. 33 LH y 101 RH), puesto que en virtud del artículo 18 LH, los medios de calificación son muy limitados y nada tienen que ver con los de los juicios ordinarios basados en los principios de contradicción, audiencia y plenitud probatoria. Siendo así, resulta obvio que la inscripción practicada tras el control de legalidad del título efectuado por el Registrador, y en su caso por la DGRN, no impide en absoluto que los interesados puedan acudir en cualquier momento a la vía judicial para contender acerca de la validez o nulidad del título. Sin embargo, cuando la calificación registral ha sido objeto de revisión jurisdiccional y no solo gubernativa, este planteamiento necesariamente ha de alterarse, pues carece de sentido que lo que ha sido objeto de un procedimiento jurisdiccional con plenas garantías procesales para las partes pueda constituir el objeto de un procedimiento ulterior, cuando exista una coincidencia de partes procesales.

Conforme a ello, GUILARTE concluye que es preciso replantear la relación entre los juicios verbales de revisión de la calificación registral y el juicio ordinario sobre la eficacia de los títulos inscritos del artículo 66 LH, no ya en términos de absoluta compatibilidad, sino de exclusión: cuanto más amplio sea el objeto de los juicios verbales, menor campo de debate quedará para el ulterior procedimiento ordinario. GUILARTE considera que el objeto de estos juicios verbales viene determinado no solo por los defectos alegados en una calificación concreta para denegar la inscripción, sino por todo lo que sea calificable conforme al artículo 18 LH. Por lo tanto, se extiende a la validez de los actos dispositivos que se pretenden inscribir, en todo lo que pueda ser valorado por el Registrador en sede de calificación. En este sentido, puede constituir el objeto de los juicios verbales la vulneración de cualquier norma imperativa y algunas deficiencias de los elementos esenciales del contrato que deriven del mismo título, como por ejemplo, la falta de expresión de la causa contractual. Por el

contrario, quedan exclusivamente encuadradas en la órbita del procedimiento ordinario plenario al que se refiere el artículo 66 LH, las posibles deficiencias negociales que deriven de circunstancias fácticas que no pueden ser objeto de calificación registral, como son los vicios del consentimiento o la simulación contractual, así como las causas de rescisión o de ineficacia sobrevenida a la válida constitución de la relación contractual, como puede ser la revocación o la resolución.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el libro del profesor GUILARTE constituye el esfuerzo doctrinal más importante que se ha hecho por poner en orden la desordenada regulación de revisión judicial de la calificación registral y tiene el incuestionable mérito de aportar una interpretación a cada una de las distintas vicisitudes que plantea este régimen desde la coherencia con los fines y presupuestos de la función registral, trascendiendo el atrincheramiento doctrinal, cuando no corporativo, en una literalidad normativa capaz de dar cobertura a lo absurdo.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 49 (Diciembre 2010)

«La nueva distribución de competencias entre Jueces y Tribunales y los Secretarios Judiciales», por María Luisa CUENCA BURGOS, pág. 9 (sin sumario).

«Políticas públicas de empleo en Castilla-La Mancha», por M.^a Encarnación GIL PÉREZ, pág. 39.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: 2.1. UN EMPLEO DE CALIDAD. 2.2. FOMENTO DE LA CREACIÓN Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. 2.3. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. 2.4. EMPLEO BASADO EN LA FORMACIÓN Y CUALIFICACIÓN. 2.5. UN SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO Y CALIDAD. 2.6. POLÍTICAS BASADAS EN LA IGUALDAD Y LA CONCILIACIÓN. 2.7. CRECIMIENTO Y PRODUCTIVIDAD.—3. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE CHOQUE.—4. CONCLUSIONES.

«La nube de ceniza volcánica o la responsabilidad del transportista por retraso y cancelación de vuelo», por Karolina LYCHKOWSKA, pág. 69 (sin sumario).

«La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos y su incidencia en Castilla-La Mancha», por José Antonio MORENO MOLINA, pág. 97.

SUMARIO: 1. OBJETIVO Y PRINCIPALES PREVISIONES DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.—2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—3. EL CARÁCTER AHORA POTESTATIVO DEL RECURSO ESPECIAL.—4. EL CUESTIONABLE MANTENIMIENTO DEL LIMITADO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECURSO.—5. DECISIONES IMPUGNABLES Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.—6. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.—7. LA NECESIDAD DE CREACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA DE UN ÓRGANO INDEPENDIENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—8. EL RÉGIMEN SUPLETORIO PARA CASTILLA-LA MANCHA.—9. LA REGULACIÓN APLICABLE A LAS CORPORACIONES LOCALES.—10. LA ALTERACIÓN DEL CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 34/2010.

«Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía», por Luis PRIETO SANCHÍS, pág. 125.

SUMARIO: 1. LA VOCACIÓN IUSFUNDAMENTAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—2. LOS DERECHOS Y LA LEY.—3. LOS DERECHOS Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—4. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS.

«Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 julio —modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales— y su afectación a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —LCSP—», por Jesús PUNZÓN MORALEDA y Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 151.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO, A LA LCSP.—III. COMENTARIO AL ARTÍCULO 200.4 DE LA LCSP: 1. MODIFICACIONES EN LOS PLAZOS: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA LCSP.—IV. EL NUEVO ARTÍCULO 200 BIS LCSP (PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS DEUDAS DE LAS AA.PR).—V. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL (Número 1 de 2010)

«Los Estados fracasados y el Derecho internacional: el caso de Somalia», por Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, pág. 17.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS HECHOS: 2.1. SOMALIA, ARQUETIPO DE UN ESTADO FRACASADO. 2.2. ACTOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LAS AGUAS ADYACENTES A LA COSTA DE SOMALIA.—3. LA PRÁCTICA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE SOMALIA Y OTROS ESTADOS FRACASADOS: 3.1. EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA SOBERANÍA E INTEGRIDAD TERRITORIAL DEL ESTADO. 3.2. LA PRÁCTICA CONCORDANTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. 3.3. LA REGIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA EN ÁFRICA: EL PAPEL DE LA UA. 3.4. EL PAPEL DE LA UE Y DE LA OMI EN ESTE PROCESO DE REGIONALIZACIÓN.—4. LA NOCIÓN DE ESTADOS FRACASADOS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ANALIZADA.—5. CONCLUSIONES.

«El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo», por Alberto DO AMARAL JUNIOR, pág. 61.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL RIESGO DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.—3. TÉCNICAS DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: 3.1. LAS CLÁUSULAS DE ABROGACIÓN EXPRESA. 3.2. LAS DECLARACIONES DE COMPATIBILIDAD. 3.3. LAS CLÁUSULAS DE INCOMPATIBILIDAD. 3.4. LAS CLÁUSULAS QUE ADAPTAN

LOS PACTOS YA CONCLUIDOS A LOS NUEVOS TRATADOS.—4. EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES.—5. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COHERENCIA.—6. EL «DIÁLOGO» DE COORDINACIÓN Y ADAPTACIÓN.—7. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COMPLEMENTARIEDAD.—8. CONCLUSIÓN.

«La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», por Luis M. CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, pág. 89.

SUMARIO: 1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS ANTE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. EL ARTÍCULO 41 DEL CEDH: 2.1. LOS ORÍGENES DEL ARTÍCULO 41. 2.2. LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41. 2.3. OTROS FACTORES RELEVANTES A LA HORA DE APLICAR EL ARTÍCULO 41.—3. QUIÉN PUEDE SOLICITAR LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LAS VÍCTIMAS.—4. FORMAS DE SATISFACCIÓN EQUITATIVA.—5. MÁS ALLÁ DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.—6. EL PAPEL DEL COMITÉ DE MINISTROS EN LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS: 6.1. MEDIDAS INDIVIDUALES. 6.2. MEDIDAS GENERALES.—7. CONCLUSIONES.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA (2009)

«A Administração da Justiça no Estado de Direito Democrático: O Caso Português», por Antonio MOREIRA BARBOSA DE MELO, pág. 1.

«Direitos Reais. A Base Romanística dos Direitos Português e Brasileiro», por Antonio SANTOS JUSTO, pág. 29.

«A Primeira República e a Reforma dos Estudos Jurídicos na Faculdade de Direito de Coimbra», por Rui Manuel DE FIGUEIREDO MARCOS, pág. 57.

«Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas e Equiparadas», por Jónatas E. M. MACHADO, pág. 73.

«Imaginação Literária e *Justiça Poética*. Um Discurso da “Área Aberta”», por José Manuel AROSO LINHARES, pág. 111.

«Prometeu, Golem & Companhia. Bioconstituição e Corporeidade numa *Sociedade (Mundial) de Risco*», por Joao Carlos LOUREIRO, pág. 151.

«Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade. O Problema da Aplicação Imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às Acções Pendentes», por J. P. REMEDIO MARQUES, pág. 197.

«Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência no Mercado do Software», por Alexandre Libório DIAS PEREIRA, pág. 237.

«Um Olhar sobre Relações Laborais em Mudança na China», por Wei DAN, pág. 261.

- «Os Contratos de Intermediação Financeira», por José ENGRÁCIA ANTUNES, pág. 277.
- «Le Droit de ne pas s'Auto-Incriminer. Confrontation du Droit Pénal et du Droit Fiscal en Espagne et en Europe», por J. Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS, pág. 321.
- «Processo Constitucional Contemporâneo», por Ivan GUÉRIOS CURI, Dierle José COELHO NUNES y Alexandre Gustavo MELO FRANCO BAHIA, pág. 343.
- «O Princípio do Direito: uma Polémica Oitocentista», por A. Paulo DIAS OLIVEIRA, pág. 375.
- «A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade», por Mónica JARDIM, pág. 447.
- «Aspectos Contenciosos da Efectivação da Responsabilidade Ambiental. A Questão da Legitimidade, em Especial», por José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, pág. 531.
- «Regulação das Águas e Resíduos em Portugal», por Joao Nuno CALVAO DA SILVA, pág. 565.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 123 (Septiembre-Diciembre 2010)

- «La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional», por Julio JURADO FERNÁNDEZ, pág. 13.
- «La omega y el alfa del proceso penal juvenil en Costa Rica: la fase de ejecución», por Álvaro BURGOS, pág. 31.
- «Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 69.
- «Los tribunales administrativos en la materia de contratación pública», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 99.
- «La protección de los datos de prueba sobre químicos agrícolas en el TLC», por Jorge CABRERA MEDAGLIA, pág. 125.
- «La mujer *sui iuris*, de la mujer como objeto a la mujer como persona en el Derecho romano», por Henry CAMPOS VARGAS, pág. 141.

ANUARIO DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
(Número 36-37)

- «Contractualismo viejo y nuevo: J. J. Rousseau y John Rawls», por Rubén Darío RODRÍGUEZ PATIÑO, pág. 17.
- «Actos preparatorios, de trámite y definitivos», por Edgardo MOLINO MOLA, pág. 27.
- «La protección del ambiente en las cartas orgánicas de las etnias indígenas de Panamá», por Vanessa CAMPOS ALVARADO, pág. 43.
- «Porque la necesidad de tener una legislación notarial nueva», por Plinio F. VALDÉS, pág. 81.
- «Bases para la Constitución de un nuevo país», por Ábrego ABDIEL, pág. 91.
- «El constitucionalismo panameño», por Rigoberto GONZÁLEZ MONTENEGRO, pág. 105.
- «El establecimiento de las inversiones extranjeras en Panamá: algunas observaciones críticas sobre el tratado de promoción comercial concluido entre Panamá y los Estados Unidos de América», por Miguel MONTIEL BERNAL, pág. 123.
- «Sobre el régimen convencional de la libre circulación de laudos extranjeros y las causales de control no convencionales: *fraus omnia corrumpit* y desnaturalización del foro arbitral», por Gilberto BOUTÍN I., pág. 145.
- «La Doctrina *Forum Non Conveniens* a prueba: La nueva legislación panameña sobre resolución de conflictos internacionales», por Margie-Lys JAIME, pág. 169.
- «Delitos contra el sistema o por medios informáticos», por Virginia ARANGO DURLING, pág. 197.
- «El análisis extralingüístico de la calumnia y la injuria», por José Ángel GARRIDO PÉREZ, pág. 213.
- «El trabajo infantil en Panamá», por Anayansi TURNER, pág. 241.
- «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Constitución panameña», por Cecilio CEDALISE RIQUELME, pág. 265.
- «Dos ensayos para la promoción de los Convenios 107 y 169 de la OIT», por James E. BERNARD, pág. 285.
- «La pequeña empresa en el Derecho Laboral», por Óscar VARGAS VELARDE, pág. 305.

«Textos únicos: ¿No estamos abusando de ellos?», por Edgardo VILLALOBOS, pág. 337.

«La responsabilidad civil de las entidades estatales por prestación errónea o deficiente de servicios públicos: El caso del Registro Público y el Fallo de 11 de julio de 2007 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia», por Juan O. VAN EPS D., pág. 351.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:
 - I. ...
 - II. ...
 - III. ...
- Índice de las Sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: S.T.S. de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille. 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato. Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto editorial, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.*

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.*

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia (Parte general, Familia, Derechos reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará un único comentario según la distribución de autores y materias existentes. Estos comentarios de jurisprudencia serán artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial), por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatido en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.*

b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se*

elimina: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario* (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.*

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL
1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.

- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:

I.
II. 1.
III. 1. A.
IV. 1. A. a)
V. 1. A. a) a')

- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (S.T.S. de 22 de octubre de 2002).

- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas

del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR

PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. Los derechos reales son *numerus clausus*. 2. Los derechos reales son *numerus apertus*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. Los derechos reales son *numerus clausus*

.....

2. Los derechos reales son *numerus apertus*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.