

**COMENTARIO A LA S.T.S. DE 27 DE MARZO DE 1999 (PONENTE EL EXCMO. SR. DON JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ).**

**JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE**  
*Notario de A Coruña*

La sentencia comentada aborda un tema que ha sido para mi motivo de preocupación y objeto de un artículo publicado en La Ley hace unos tres años.

En él me planteaba la validez de la resolución unilateral del contrato de préstamo en el procedimiento ejecutivo. En concreto, la validez de la anticipación unilateral del vencimiento en caso de falta de pago de uno o varios plazos, **en los procedimientos ejecutivos**. Recalco ésto, porque mi tesis era que la anticipación unilateral del vencimiento implicaba una resolución unilateral de contrato que, en el procedimiento ejecutivo, chocaba con el art. 1124 del C.c., pues el análisis de si concurría o no causa de resolución exige un procedimiento plenario (un declarativo) y nunca podría hacerse en un procedimiento que presupone por esencia (pues lo contrario implicaría indefensión) la liquidez y el vencimiento.

Es decir, mi tesis es que el ejecutivo presupone cantidades ya vencidas y líquidas (las cuotas impagadas) y que si la entidad financiera lo que quiere es reclamar las todavía no vencidas tiene que acudir a un procedimiento plenario, acreditar en él que concurren las causas pactadas de vencimiento anticipado (o de resolución del préstamo) y luego, evidenciado ésto, cobrar las cantidades no vencidas.

Para acreditar mis asertos citaba los artículos 1457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que demuestra que ni siquiera por la ejecución vencen los plazos pendientes, pues sólo permite la acumulación excepcional de las nuevas demandas con un procedimiento especialmente acordado); el 1440 (que obliga al Juez, una vez examinada su competencia, a cerciorarse de oficio sobre el vencimiento), y el 135 de la Ley Hipotecaria en términos que se perfilarán después.

La tesis del Sr. Menéndez Hernández (pues al no ser todavía jurisprudencia no parece que pueda decirse que es la del T.S.) es todavía más radical que la mía: Sostiene que la cláusula de vencimiento anticipado es una condición contra ley y en consecuencia nula.

Dice la Sentencia: “Pero tal pacto decimoprimeramente constituye una condición contra ley. Según esta cláusula: “Aunque no haya concluido el período fijo del préstamo... 2º) El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos ... en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes (p.ej. el deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra... ) teniendo el Banco en estos casos derecho a exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude.”

Ante la generalización actual de este tipo de cláusulas, el Ponente entiende que tienen que ser analizadas pormenorizadamente y lo hace a seguido, diciendo “- ... Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del C.c. y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema (sic) del art. 6 C.c. «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas no nulos de pleno derecho ... ».

A juicio del Ponente “El art. 127 demuestra elocuentemente que la situación crediticia ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiese constreñido por la necesidad de respetar el plazo convenido hasta sus últimas estribaciones temporales, propiciaría en el art. 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las cosas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie-. Pero la ley lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfana expresiva a este respecto: Se deposita el dinero «para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugularla anticipadamente.- Hubiese sido más cómodo para todos (incluso para el acreedor al que se le respeta el montante de los intereses por todo el tiempo que ha de transcurrir) que la ley se decantase no hacia un depósito proxetabel en el tiempo, sino por la fórmula del pago por consignación, con eficacia momentánea.- Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el C.c. según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen contra legem y están teñidos de nulidad”.

Tras analizar el art. 127, pasa a examinar las consecuencias que se desprenden del art. 135 y tras evidenciar las consecuencias que produce la condición resolutoria del vencimiento (la posibilidad de reclamar la totalidad de la deuda) recalca “... El art. 135 LH preconiza todo lo contrario: Se transfiere la finca al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecha.- La resolución destruye retroactivamente el negocio previamente concluido (*opera ex tunc*) y es como si el préstamo se diluyese jurídicamente por el incumplimiento sobrevenido. El sistema legal protege al acreedor drásticamente, pero sin destruir el negocio jurídico. Fulmina cualquier incumplimiento temporal con la estrepitosa venta del inmueble, pero obligando al adquirente a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación.-”.

Los apuntados, junto con la presunción del art. 1127 del C.c. y las excepciones del art. 1129, son los argumentos que permiten defender la nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado, la casación de la sentencia de instancia y la condena al Banco Hipotecario S.A., a indemnizar al prestatario los daños y perjuicios que le irrogó el vencimiento unilateral anticipado.

¿Qué juicio merece la sentencia comentada?. Para hacerlo es necesario diferenciar por un lado los hechos objeto de enjuiciamiento y por otro, las palabras utilizadas para llegar al resultado.

Y aunque los primeros no resultan enteramente asequibles<sup>1</sup>, parece que, esencialmente, consistían en que producida la resolución unilateral de un contrato de préstamo, en que se había subrogado una sociedad, ésta demanda en juicio ordinario al Banco Hipotecario la indemnización de los daños y perjuicios que tal resolución unilateral le causa.

El TS no entra, pues, en la cuestión de la validez de la resolución unilateral en el juicio ejecutivo anterior. Sino que directamente proclama la nulidad de la cláusula contractual que aparentemente la permite. Y lo hace citando dos preceptos de la Ley Hipotecaria que, a mi juicio, el Ponente no llega a comprender bien.

En efecto, el supuesto de hecho del artículo 127 no es que se ejecute una hipoteca en reclamación de una serie de plazos vencidos, liquidados y pendientes de pago de la misma. Y su consecuencia jurídica no es que la hipoteca subsista por el resto.

---

<sup>1</sup> Porque el TS, desde hace algunos años, incumple sistemáticamente la obligación legal que tiene, conforme al artículo 372, 2º de expresar, en párrafos separados, con claridad y con la concisión posible **“las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente, y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse”**. Al limitarse a consignar el petitum, sin argumentación de ninguna de las partes, el TS nos hurta los hechos y los colorea a gusto, para darles la orientación conveniente a sus razonamientos y conseguir así una mayor apariencia de convicción.

Lo que el art. 127 presupone es que en juicio ejecutivo de la LEC, instado no por el acreedor hipotecario, sino por otro, se persiguen y traban bienes hipotecados. Y, como no puede menos de ser, la hipoteca, ya existente, subsiste. Ahora bien, el adquirente de los bienes puede optar, bien por asumir la hipoteca y continuar pagándola, bien por consignar la parte pendiente de pago de la misma y sus intereses futuros. De ahí que la versión originaria de la LH hablase de que el importe de la hipoteca y sus intereses “se deducirá del precio”.

Evidentemente, al no presuponer la norma que se está ejecutando la hipoteca por parte de la deuda y no ordenar la subsistencia por la restante, el argumento del Ponente cae por su base y ronda la ignorancia inexcusable.

La cita del art. 135 (que utilicé yo en mi estudio citado) sí es pertinente; pero el Ponente olvida que su presupuesto es que se haya ejercitado la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario o por el extrajudicial. No en un juicio plenario previo.

O sea, que el 135 no argumenta en favor de la nulidad del pacto de resolución anticipada, sino únicamente contra su utilización unilateral en un procedimiento ejecutivo.

### *Sentencia do 27 de marzo de 1999*

*Relator: Menéndez Hernández*

El recurrente, como primera pretensión, solicita la resolución de los contratos reflejados en las escrituras de ratificación y subrogación de hipoteca concertadas entre “P.F., S.L.” y Banco H.

Esta primera petición no puede prosperar porque, con posterioridad a la negociación jurídica impugnada, el adquirente de los inmuebles (dicha Promotora) los transmitió a otra entidad, actualmente propietaria de ellos. Y en tal situación surge un obstáculo insalvable, que amortiza los drásticos resortes resolutorios del art. 1124 CC. Y es este mismo precepto el que, en su último par. establece que la acción resolutoria cede ante los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, conforme a las exigencias de la LH y como la causa de la posible resolución (el futuro incumplimiento del Banco H.) no constaba expresamente en el Registro es perfectamente aplicable el art. 34 LH.

La polémica escritura de ratificación y subrogación de hipoteca ha sido peculiarmente interpretada por el Banco H., sosteniendo que “P.F.,S.L.” “exclusivamente ha pasado a ocupar una posición de deudor hipotecario en relación al capital que de los susodichos préstamos había sido dispuesto por su antecesora”.

Esta inteligencia del convenio es jurídicamente inviable. No solo porque contradice los términos pacticios, sino también porque discrepa de los actos simultáneos y posteriores al contrato.

El documento notarial es claro: “P.F.,S.L.” se subroga en el importe del préstamo (y no solo en las cantidades ya dispuestas) y en las mismas condiciones que la primitiva hipotecante y en la inscripción de la hipoteca así consta.

Los actos coetáneos y posteriores al contrato (que deben tomarse en consideración para indagar la intención de los contratantes, según el CC) son altamente elocuentes. “P.F.,S.L.” se aviene a hipotecar unos bienes que había adquirido libres de cargas para así garantizar al banco, que había entregado importantes sumas a la hipotecante “P. S.A.”, esperando recibir en contraprestación las cantidades aun no dispuestas del préstamo inicial.

Frente a esta actitud transparente resaltan las dilaciones y falacias de los apoderados del Banco que, una vez conseguida la garantía real, obstaculizan reiteradamente la ejecución del préstamo, contrariando la buena fe negocial.

A favor de la subrogación total, entendida en el sentido pleno del art. 1212 CC (la subrogación transfiere al subrogado el crédito) discurre toda la instrumentación de la operación financiera analizada. Porque, en verdad, el genuino mutuo (aparentemente pretendido al comienzo de la escritura) se mixtifica posteriormente en el propio documento, al obligar al presunto prestatario a ingresar los 46 millones prestados en una cuenta especial ante la propia entidad” para asegurar la suficiencia legal abierta y económica de la garantía establecida y la finalidad inversora convenida en esta escritura.

“Estas cantidades quedan en poder del banco y no podrán ser retiradas mientras no resulten cumplidas a satisfacción del banco las condiciones...”

Con estos pactos se desvirtúa totalmente el contrato de préstamo, que es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario, el cual puede disponer de él, ingresándolo en la cuenta que tenga por conveniente, invirtiéndolo....

La pretendida justificación para la apertura de la cuenta sería ingenua, sino fuese falsa: “para asegurar la suficiencia de la garantía.....” Lo que asegura y garantiza la efectiva restitución del dinero prestado es el gravamen que se constituye sobre los inmuebles, en tal caso, el controlar el dinero constituirá una segunda y abusiva garantía, al margen de los postulados jurídicos.

El segundo par. de esta cláusula patentiza una exorbitante y abusiva prerrogativa: es el banco el que, según su criterio a su satisfacción decidirá si entrega o no un dinero, que dejó de pertenecerle por la virtualidad traslativa del mutuo.

Se produce, por esa acumulación de ventajas bancarias, una metamorfosis en la figura jurídica elaborada. El préstamo inicial, con obligación unilateral del prestatario, se transmuta en un híbrido de obligaciones bilaterales: el prestatario tiene el deber de devolver lo que recibió, pero el prestamista, a su vez, está obligado a ir entregando sucesivamente las sumas acreditadas.

Por ello la subrogación a de revestir también un carácter bilateral, porque constituye un cambio meramente subjetivo en una preexistente relación bilateral: es decir que “P.F.,S.L.” no solo asumió la obligación de futura restitución de lo prestado, sino que asimismo sustituyó al original prestatario en el derecho a percibir las sumas pendientes de retirar de la cuenta acreditada.

Aquí está la clave de los perjuicios que se reclaman. La resistencia del Banco H. a reembolsar al recurrente las cantidades pendientes de retirar, le forzaron a solicitar nuevos créditos, con los gastos inherentes a su tramitación; por las presiones del acreedor también tuvo que cancelar anticipadamente las hipotecas, con los quebrantos económicos consiguientes.

1º) Muchos de los gastos que hubo de acometer “P.F.,S.L.” vinieron motivados por la puesta en práctica de la cláusula Decimoprimer (rescisión) de la escritura de préstamo hipotecario de 9/5/88, en cuyos derechos y obligaciones se subrogó dicha entidad; al ejercitarse la rescisión prevista en dicha cláusula, la sociedad tuvo que hacer frente a una elevada suma para evitar la enajenación de las fincas en pública subasta. De esa forma se descapitalizó y hubo de solicitar de “Banco E.” un nuevo préstamo, con todas las expensas que la nueva financiación acarrea.

Pero tal pacto decimoprimer constituye una condición contra ley. Según esta cláusula: “Aunque no haya concluido el período fijo del préstamo”.

2º) El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos... en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes (p. ej. el deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra...) teniendo el Banco en estos casos el derecho a exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude.

Conviene, por los perjuicios irrogados al actor con el ejercicio de esta cláusula y por la generalidad con que la vienen empleando las firmas crediticias, estudiar jurídicamente el alcance de estas estipulaciones, que visibilizan frecuentemente actitudes “contra legem”.

En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 CC consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes.

Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del CC y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 CC: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...”.

Los arts. 127 y 135 LH demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo.

Etronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado.

Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del

plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos arts. mencionados en la LH.

Solo conseguiría enervar esa obligada paciencia recaudatoria si consigue incluir en el contrato la mal denominada condición resolutoria del préstamo, por virtud de la cual puede precipitarse el impago hacia el vencimiento anticipado del contrato. Según las cláusulas habituales de las escrituras, el impago de un plazo del capital o de los intereses actúa como condición resolutoria del aplazamiento.

Por ello, como esta condición consigue adulterar las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios representa un pacto de gran trascendencia práctica, que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica. Es un añadido de gran importancia que modifica el curso normal de estos créditos y, por tanto, capaz de engendrar evidentes secuelas civiles y fiscales.

El art. 127 LH claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito. Dice este precepto. “Si el comprador no quiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes”.

La hipoteca vigente, el deudor-propietario ha defallecido en el pago de uno de los vencimientos semestrales o no ha atendido su obligación para saldar un período de intereses. El acreedor, impaciente, mueve los resortes para la oportuna enajenación forzosa del bien hipotecado. El mejor postor consigue la adjudicación de la finca, pero la hace suya con la carga de la hipoteca que garantiza los plazos todavía no devengados. Este es el desenlace preestablecido por la ley. Pero el art. 127 le concede una opción: o asume el bien y soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido o bien puede recibir la finca libre de cargas, cancelándose el gravamen, si previamente consigna la cantidad debida, que habrá descontado del precio de venta.

El art. 127 demuestra elocuentemente que la situación crediticia ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiese constreñido por la necesidad de respetar el plazo convenido hasta sus últimas estribaciones temporales, propiciaría en el art. 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las cosas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado todos los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie.

Pero la ley lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfana expresiva a este respecto: se deposita el dinero “para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugalarla anticipadamente.

Hubiese sido más cómodo para todos (incluso para el acreedor al que se le respeta el montante de los intereses por todo el tiempo que ha de transcurrir) que la ley se decantase no hacia un depósito proyectable en el tiempo, sino por la fórmula del pago por consignación, con eficacia momentánea.

Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el CC, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen contra legem y están teñidos de nulidad.

Si se considera que cumplen una finalidad lícita debieran derogarse los preceptos del CC que contradicen las anticipaciones resolutorias y los arts. 127 y 135 LH y los preceptos concordantes.

En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras.

El art. 135 LH con su literalidad beligerante versus condición resolutoria, viene a invalidarla totalmente. Veámoslo:

“Si para el pago de algunos de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho”.

La vertencia de la condición resolutoria implica (en el supuesto de conditio existit) la fulminante extinción del préstamo y de la hipoteca que lo garantiza. Impagado uno de los plazos de amortización del principal o de los intereses la condición descarga su furia exterminadora, y, subsiguientemente, se cancelará la hipoteca, puesto que el acreedor habrá percibido lo que se le adeudaba.

El art. 135 LH preconiza todo lo contrario: se transfiere la finca al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecho.

La resolución destruye retroactivamente el negocio previamente concluído (opera ex tunc) y es como si el préstamo se diluyese jurídicamente por el incumplimiento sobrevenido.

El sistema legal protege al acreedor drásticamente, pero sin destruir el negocio jurídico. Fulmina cualquier incumplimiento temporal con la estrepitosa venta del inmueble, pero obligando al adquirente a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación.

Tampoco el CC da margen para el juego de la condición resolutoria que nos ocupa. La principal obligación del mutuuario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el art. 1.125 CC las obligaciones a término solo son exigibles como el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el art. 1.129 CC establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Siempre que las deudas estén suficientemente garantizadas no serán exigibles hasta que el plazo venza. Y cuando se debilitan las garantías es cuando debe precipitarse el cumplimiento de la obligación para evitar posibles insolvencias del deudor. En congruencia con esta doctrina, el art. 1.915 CC establece que en los casos de concurso o quiebra vencen todas las deudas a plazo.

Como el término se presume (art. 1.127) establecido en beneficio del acreedor y del deudor, aquél no puede reclamar el pago antes del vencimiento y el deudor, frente a las impacencias de su prestamista, podrá rehusar el pago.

El establecimiento contractual de la condición resolutoria implica otorgar al acreedor un resorte muy vigoroso para conseguir la instantánea recuperación del total préstamo sin tener que esperar a que se cumplan los a veces dilatados plazos restitutorios. Consigue destruir el negocio jurídico alejando las zozobras cobratorias futuras y recupera las sumas prestadas para realizar otras operaciones.

La condición cumple cometidos similares a las que garantizan en las ventas el cobro del precio aplazado, contempladas en el art. 11 LH.

Uno de los motivos para la cancelación anticipada de la hipoteca (la que denominamos condición resolutoria del crédito hipotecario) era establecido en términos de imposible cumplimiento, porque se conectaba al hecho de que no se presentasen las certificaciones de obra en los plazos establecidos. El pacto decía lo siguiente: en tres meses deberá haberse realizado la cimentación; en seis meses deberá acreditarse haber realizado la mitad del presupuesto y en 18 meses deberán estar totalmente terminadas las construcciones.

Estas exigencias resultaron de imposible cumplimiento porque no se trataba de levantar un edificio de nueva planta, sino que de lo que se trataba era de rehabilitar unos edificios antiguos. Y resultó abusivo por parte del Banco el argumentar que no se realizaban las obras en los plazos previstos (que era imposible) y que no se aportaban unas certificaciones tectónicas para las que se precisaba del dinero que el banco obstaculizaba entregar. Todas estas arbitrariedades generaron desembolsos del actor, de cuyos perjuicios debe ser indemnizado.

Consecuentemente procede condenar al Banco a indemnizar a “P.F., S.L.” por los daños y perjuicios que se le han ocasionado y al abono de los intereses legales de dichas sumas y de las costas causadas, porque dichos perjuicios provienen del hecho de que el Banco H. incumplió la obligación contractual de poner a disposición del recurrente las sumas de las que no había dispuesto en su día la hipotecante y por cuanto (de conformidad con del art. 1269 CC) puede estimarse como dolosa la actuación de los representantes del banco al inducir a “P.F.,S.L.” a hipotecar las fincas que detentaba libres de cargas bajo la sugestión de que en el futuro podría, disponer de unas sumas cuya obtención luego se obstaculizó reiteradamente.

Es cierto (como invoca el actor en el motivo 2º del recurso) que se ha infringido el art. 1258 CC, al rehusar el Banco facilitar la disposición de las cantidades remanentes del crédito, contrariando a la subrogación convenida, ya que según dicho precepto los contratos,

una vez perfectos, obligan a cumplir todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

## COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MAYO DE 1999. (PONENTE EXCMO.SR.DON JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ)

JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE

*Notario de A Coruña*

La S.T.S. número 408/99 de diez de mayo de este año (en la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández, declara, por primera vez, la nulidad, por contravenir el artículo 396 del C.c., del 16 del Reglamento Hipotecario. Han hecho falta ¡cuarenta años! para que el T.S. percibiera que el artículo 16.2 (redactado conforme al Decreto 393/59 de 17 de marzo), es nulo al conculcar una norma imperativa de rango superior.

En efecto, en el caso que nos ocupa, el T.S. pudo limitarse, siguiendo la línea de una jurisprudencia consolidada, a declarar la nulidad de la concreta reserva del derecho de sobreelevación al haberse constituido por el promotor en exclusiva, cuando ya no era él sólo propietario del edificio<sup>1</sup>.

Esta parece ser la motivación subyacente de la Sentencia cuando en el primero de sus fundamentos de derecho proclama (y seré yo quien subraye) “En la constitución del derecho de vuelo ahora impugnado, **el constructor del edificio ha mostrado una actitud exorbitante y claramente abusiva**, como demuestra la cronología documental obrante en los autos: En efecto, en el contrato privado de compraventa de 12 de noviembre de 1985 el recurrente adquirió una de las viviendas, aduciéndose que lo hacía «con la parte proporcional de los elementos comunes». Y para desvanecer cualquier posible duda al respecto se subrayó que cuando estuviese concluido el edificio, éste se sujetaría a la normativa de la Ley de 21 de julio de 1960 (es decir al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal).

El 31 de julio de 1989 se otorga la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio bajo el régimen de propiedad horizontal; **sorprendentemente** el 25 de abril de

---

<sup>1</sup> Pueden citarse, entre otras, las STS de 25 de mayo de 1984 y 27 de febrero de 1987.-

1990, el vendedor otorga otro instrumento «aclaratorio» de dicha escritura, arguyendo que al otorgarse aquélla, por error, se había omitido consignar que se había reservado el derecho de vuelo sobre el edificio, restringiendo el uso de la azotea a favor del propietario de la vivienda núm. 6 y que, por ello, en este sentido se rectificaba aquélla escritura.”

Pues bien, aunque hubiera sido coherente y sencillo este planteamiento, el T.S. ha preferido, siguiendo la corriente claramente “hostil” hacia el derecho de vuelo que evidencian la Rs. de la D.G.R. y N. de 6 de noviembre de 1996<sup>2</sup> y la última reforma del R.H. (R.D. 1867198) entrar de lleno en la cuestión de su “legalidad” y afirmar, no sin cierta contradicción, por un lado que **“esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al art. 16 del Reglamento Hipotecario porque, este precepto se opone al Código Civil y a la Ley de Propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 396 CC y 3 y 11 LPH”** y por otro que “El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario; **su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificio constituidos en régimen de propiedad horizontal.**”

Basa el T.S. su aserto sobre la ilegalidad del 16.2 en que el art. 396 enumera entre los elementos comunes el suelo, vuelo, cimentaciones, fosos, cubiertas, y el “elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido, por accesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.”

“Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por accesión, lo que se construya subterráneamente ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.”

“El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, **dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.**”

---

<sup>2</sup> Que sienta por primera vez -al margen por completo de cualquier cobertura legal o reglamentaria- la regla de que la reserva del derecho de vuelo tiene que tener una limitación temporal y una concreción del número de plantas futuras- llegando a decir que en la reserva instrumentada lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el art. 16.2, 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.

Tras un análisis confuso del propio derecho de vuelo (afirmado que el R.H. **desdibuja** la característica de ser un derecho real en cosa ajena) y confundiendo la reserva del derecho con su ejercicio (para afirmar que, al hacerlo, el constructor “**dispone de lo que no es suyo**”), el T.S. rechaza el argumento de que el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal permite al constructor establecer cláusulas sobre el uso de los elementos comunes, pues tal precepto establece que “«El título podrá contener... disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso y destino del edificio ... instalaciones y servicios ... ».”

“Pero este artículo 5 de la Ley no avala sino que descalifica las afirmaciones del reservista del derecho de elevación.”

“El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios, y si éste, arrojándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la Ley y por lo tanto nulas.”

Continúa arguyendo el Ponente, Sr. Menéndez Hernández, **obiter dicta**, (y sin demasiada fortuna en cuanto a la exactitud del ejemplo elegido) sobre las normas prohibitivas, para recalcar nuevamente lo que constituye la esencia de su argumentación “El artículo 396 CC es rotundo y transparente: La propiedad separada de cada piso o local **lleva inherente** un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el vuelo, **cubiertas ...** Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados ...) son elementos comunes y el **vuelo** que está por encima de ellas, también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor (antiguo dueño) que carece de derechos actuales sobre el inmueble.”...

“Si las terrazas y el vuelo sobre ellas son anejo inseparable de los pisos, es evidente que quien no sea dueño de ellos no puede enajenarlas, ni grabarlas (sic), ni afectarles (sic) de ninguna forma.”

En el fundamento jurídico séptimo, el T.S. insiste otra vez sobre la indisponibilidad de los elementos comunes, recalcando que “el art. 396 CC establece de forma imperativa, que la propiedad de cada piso llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y por tanto, no está permitida una regulación que se oponga a esta estricta normativa.” Hasta aquí, la argumentación del Ponente es más o menos coherente. En forma silogística, podría resumirse de la siguiente manera: El art. 396 del C.c. es imperativo. Enumera entre los elementos comunes esenciales y no disponibles, el vuelo, el suelo y las cimentaciones. Sobre los elementos comunes no cabe propiedad separada. Luego el art. 16.2 del Reglamento Hipotecario, al permitir la inscripción, como derecho real generador

de una propiedad separada, del derecho de vuelo o de subedificación, está conculcando el 396 y en consecuencia, es nulo. Pero si el art. 16.2 es nulo, lo será siempre y en todo caso. Porque nada puede ser “un poquito nulo”. Y un poquito (o un muchito) válido.

Sin embargo, todo el edificio construido para defender semejante tesis, parece venirse abajo en el último de los fundamentos de derecho, el octavo, que concluye diciendo “El derecho de elevación al que se refiere el art. 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo.”

El Sr. Menéndez Hernández parece no caer en la cuenta que el constructor, mientras es de verdad propietario único (por no haber transmitido, ni en documento privado ni de ningún otro modo, ningún elemento de la propiedad horizontal) es propietario de todos los pisos y locales, luego podrá -de atenernos a su argumento- disponer con plena eficacia jurídica. Para tal viaje, sobran las alforjas. O sea, que el derecho está bien constituido, si no se ha vendido nada. Y mal, si habiéndose transmitido, (aunque no fehacientemente), el promotor lo constituye.

Si es esto lo que de verdad quiere decirse, sobra todo lo demás y hay que defender la validez del art. 16.2 del R.H. y la ineficacia de la concreta reserva del derecho de vuelo por la razón apuntada al principio de este comentario.

Si lo que de verdad subyace es que no resulta justo que el constructor-promotor pueda reservarse el derecho; pero que no hay ningún inconveniente en que sus adquirentes puedan hacerlo o transmitirlo a otro, entonces los argumentos jurídicos sobran. Cuando se hace acepción de personas, quiebra el Derecho.

Quizá, lo que el Ponente pretenda decir es que las reservas del derecho de vuelo o subedificación, son nulas; pero las transmisiones a otro de tal derecho no. Sin embargo, defender semejante cosa sí requeriría ser muy sutil.

Pues ¿qué derecho se estaría transmitiendo? ¿No sería el de construir y hacer suyo (el adquirente) las nuevas plantas? ¿Y ello no obligaría a apoyar sobre los elementos comunes y a “separar” un derecho de vuelo que se ha defendido que es elemento común e “inseparable”? Confieso que no alcanzo a entender la diferencia entre la reserva del derecho de vuelo y la transmisión del mismo.

El constructor no podría reservarse el derecho. Pero le bastaría transmitirlo (una vez declarada la obra nueva y antes de las ventas) a una sociedad de la que él fuese dueño, para que el derecho estuviese bien constituido.

La argumentación (toda argumentación), como evidenció Parménides hace mas de dos mil quinientos años en su poema sobre el ser, se basa en el principio de no contradicción:

El ser es, el no-ser no es. El Art. 16.2 o es nulo, o no lo es. Lo que no cabe es que sea nulo en este caso y no en otros. Y si es nulo, no cabrá inscribir ni reservas de derecho de vuelo ni transmisiones del mismo, las otorguen el propietario original o los sobrevenidos. Pues tan propietario y tan pleno titular es uno como los otros.

Por todo ello, la fuerza de convicción de la Sentencia comentada es más bien pequeña. ¿Prosperará su tesis y se convertirá en jurisprudencia?. Muy probablemente sí. Las reservas de derechos de los promotores son cada vez peor vistas. Repugna que quien ya no tiene ninguna obligación sobre un edificio pueda continuar manteniendo alguna posición de poder sobre el mismo. Por ello las orientaciones jurisprudenciales del T.S. (y las de la DGRN) tienden a ser muy restrictivas. Lo hemos visto con las que contemplan las facultades de segregación, agrupación, etc. La imperatividad de la Ley de P.H. en este punto se ha sentado ya por al menos tres sentencias. Sin embargo, tales facultades siguen siendo inscritas y funcionan en la práctica. Y ello nos obligaría a plantearnos una interesante pregunta: ¿Qué es Derecho? ¿Lo que se vive pacífica y mayoritariamente? ¿O bien su patología, lo que llega, porque alguien lo controvierte, al Tribunal Supremo?

### **Sentencia de 10 de mayo de 1999**

*Relator: Sr. Menéndez Hernández*

El único motivo de casación opone a la S. impugnada la infracción explícita del art. 396 CC y de los preceptos concordantes de la LPH.

En la constitución del derecho de vuelo ahora impugnado, el constructor del edificio ha mostrado una actitud exorbitante y claramente abusiva, como demuestra la cronología documental obrante en los autos. En efecto, en el contrato privado de compraventa de 12/12/85 el recurrente adquirió una de las viviendas, aduciendo que lo hacía “con la parte proporcional de los elementos comunes”. Y para desvanecer cualquier posible duda al respecto se subrayó que cuando estuviere concluido el edificio, éste se sujetaría a la normativa de la Ley de 21/7/60 (es decir, al régimen de la LPH).

El 31/7/89 se otorga la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio bajo el régimen de la propiedad horizontal; sorprendentemente el 25/4/90, el vendedor otorga otro instrumento “aclaratorio” de dicha escritura, arguyendo que al otorgarse aquella, por error, se había omitido consignar que se había reservado el derecho de vuelo sobre el edificio, restringiendo el uso de la azotea a favor del propietario de la vivienda nº 6 y que, por ello, en este sentido se rectificaba aquella escritura.

El art. 6 LOPJ y otras normas básicas coincidentes ordenan a los Jueces y Tribunales que se abstengan de aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición que se oponga a las leyes y al principio de jerarquía normativa. Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al art. 16 RH porque, este precepto se opone al CC y a la LPH, en su concreta confrontación con los arts. 3, 6, 9 CC y 3 y 11 LPH.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española, y está consagrado en el art. 16 RH; su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Este derecho, tal como se programa en el art. 16 RH, es incompatible con el CC y con la LPH, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar el principio de jerarquía normativa.

Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del art. 396 CC y del art. 16 RH.

- El art. 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, fosos, cubiertas.

- El art. 16 RH proclama la inscribibilidad del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio, o el de realizar construcciones bajo subsuelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del art. 396 CC se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios; sino, lo construido por accesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen con propiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por accesión, lo que se construya subterráneamente ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos, no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

El art. 16 RH, con su literalidad desdibuja la característica de ser un derecho real en cosa ajena. Según este precepto, el propietario de un edificio puede reservarse el derecho de elevar una o más plantas sobre él “en caso de enajenación de todo o parte de la finca”.

Efectivamente, si no se enajena la totalidad del inmueble (si se transmitiese todo el bien este pasaría a pertenecer a terceros y por tanto el derecho de elevación se constituiría sobre un bien de otro, siendo un auténtico derecho real en cosa ajena) si por ej., el constructor transmite 2 de los pisos de la casa y se reserva 10, es evidente que el derecho reservado en una gran proporción no es un derecho real en cosa ajena, sino un derecho real sobre cosa propia.

El art. 16 RH configura legalmente el derecho de vuelo como el derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio existente o el de profundizar sobre un subsuelo mediante cons-

trucciones antes inexistentes. El propio RH le confiere carácter real y lo declara inscribible. Y lo diferencia del derecho de superficie, al que se refiere el mismo precepto.

El único motivo del recurso se basa en la vulneración del art. 396 CC por parte de la S. recurrida. Indudablemente un reconocimiento del derecho de vuelo que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto, y por ello es preciso casar la S. recurrida.

Con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos, constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercerá cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho a levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el “*ius aedificandi*” o facultad de construir “*usque ad caelos et ad inferos*” que caracterizó tradicionalmente a la “*proprietas plena*”. Pero este derecho reservado se ejercerá normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico “*ius in re aliena*” o propio derecho real en cosa ajena.

El examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pesar de que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso.

Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una “*conditio iuris*”. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ej., si se utilizara ésa o parecida fórmula: “si vendo el ático del inmueble, me reservo el derecho de levantar un nuevo piso...”.

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

Lo que ocurre es que la condicionalidad suya subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una “*conditio iuris*” que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

Las decisiones adversas al recurrente se han basado en el art. 5 LPH que, según interpreta el juzgado juzgador “*a quo*” permite al constructor establecer cláusulas sobre el uso de los elementos comunes.

Que esto no es así, lo patentiza la redacción literal del precepto: “el título podrá contener... disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso y destino del edificio... instalaciones y servicios...”.

Pero este art. 5 de la Ley no avala sino que descalifica las afirmaciones del reservista del derecho de elevación.

El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios y si este, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la Ley y por lo tanto nulas.

Los actos proscritos por una Ley pueden ser de dos clases, o con prohibición directa o con prohibición indirecta. Los primeros son los que resultan de los términos explícitos de la norma, que vedan, con amenaza de nulidad, las actitudes que se opongan a ella las otras prohibiciones resultan circunlocutoriamente de un mandato de una orden positiva: se manda una determinada conducta, de forma imperativa, con lo que, por contraste, se está prohibiendo cualquier actitud opuesta al mandato legal. Esto es claro. Si el legislador ordena que los bienes gananciales deben distribuirse a partes iguales entre los cónyuges al disolverse la sociedad conyugal, es evidente que será contrario a la normativa oficial un reparto de similar, en el que el marido percibe el 70% del activo matrimonial y la mujer el 30%. Este reparto será ineficaz por opuesto a la Ley.

Lo mismo ocurre con el régimen de la propiedad horizontal. Según el art. 1 LPH esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y en lo que las mismas permitan por la voluntad de los interesados. De ahí que la voluntad de los particulares no tenga ningún juego si las normas no permiten ciertas desviaciones en la regulación legal.

El art. 396 CC es rotundo y transparente: la propiedad separada de cada piso o local lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el vuelo, cubiertas... Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados...) son elementos comunes y el vuelo que está por encima de ellas, también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor (antiguo dueño) que carece de derechos actuales sobre el inmueble.

Al edificar dos áticos en alguna forma se está parcelando la azotea, violentando otra de las normas imperativas del art. 396: "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas junto con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable".

Si las terrazas y el vuelo sobre ellas son anejo inseparable de los pisos, es evidente que quien no sea dueño de ellos no puede enajenarlas, ni grabarlas, ni afectarles de ninguna forma.

Lo que hemos afirmado con respecto a los actos contrarios a las Leyes, podemos sostenerlo también con respecto a los actos permitidos. Las Leyes pueden permitir de dos formas: o bien facultando expresamente a los interesados para realizar determinados actos o bien si no son afectados por la presión de normas imperativas: de esa forma se permite lo que no se ordena, lo que no se prescribe. El resultado es el mismo que cuando analizába-

mos la situación desde la óptica de las normas prohibitivas. Porque el art. 396 CC establece de forma imperativa, que la propiedad de cada piso llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y por tanto, no está permitida una regulación que se oponga a esta estricta normativa. Si los elementos comunes son inherentes (por cuotas proporcionales) a todos y cada uno de los pisos y/o sólo a algunos, es evidente que la disponibilidad sobre el uso de los mismos no se puede sustraer al conjunto de los copropietarios.

El derecho de elevación al que se refiere el art. 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo.