

MEMENTO

EXPERTO

FRANCIS LEFEBVRE

Compraventa Inmobiliaria

Actualizado a 1 de octubre de 2016



Esta obra ha sido realizada
a iniciativa y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 36,40 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-16612-83-3
Depósito legal: M-35820-2016
Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

nº
marginal

PARTE 1.- COMPRAVENTA DE INMUEBLE CONSTRUIDO

Capítulo 1. Consideraciones generales.....	10
Capítulo 2. Partes del contrato.....	50
Capítulo 3. Objeto del contrato.....	250
Capítulo 4. Precio.....	450
Capítulo 5. Preparación del contrato.....	550
Capítulo 6. Perfección del contrato.....	850
Capítulo 7. Forma del contrato.....	1000
Capítulo 8. Obligaciones del vendedor.....	1150
Capítulo 9. Obligaciones del comprador.....	1650
Capítulo 10. Rescisión.....	2150
Capítulo 11. Resolución.....	2300
Capítulo 12. Nulidad y anulabilidad.....	2600
Capítulo 13. Especialidades forales y autonómicas.....	2800

PARTE 2.- COMPRAVENTA DE INMUEBLE EN CONSTRUCCIÓN O SOBRE PLANO

Capítulo 14. Consideraciones generales.....	3000
Capítulo 15. Partes del contrato.....	3100
Capítulo 16. Objeto del contrato.....	3200
Capítulo 17. Protección del consumidor.....	3300
Capítulo 18. Cantidades anticipadas.....	3600
Capítulo 19. Obligaciones del comprador.....	3900
Capítulo 20. Obligaciones del promotor.....	4100
Capítulo 21. Cesión del contrato.....	4500
Capítulo 22. Resolución y rescisión del contrato.....	4700
Capítulo 23. Especialidades forales y autonómicas.....	4900
Anexos.....	6000

Tabla Alfabética

Índice Analítico

Abreviaturas

AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación
AJD	Actos jurídicos documentados
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades autónomas
CCC	Código Civil de Cataluña
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CTE	Código Técnico de la Edificación (RD 314/2006)
D	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
Dir	Directiva
DLeg	Decreto legislativo
EMVS	Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo
IBI	Impuesto sobre bienes inmuebles
IIVT	Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
IPC	Índice de precios al consumo
ISO	International Organization for Standardization
ITP	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
JPI	Juzgado Primera Instancia
L	Ley
LAU	Ley de arrendamientos urbanos (L 29/1994)
LAU/64	Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos (D 4104/1964)
LCS	Ley del contrato de seguro (L 50/1980)
LEC	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
LF	Ley Foral
LGDUCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (RDLeg 1/2007)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LHL	Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (RDLeg 2/2004)
LITP	Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (RDLeg 1/1993)
LIVA	Ley del Impuesto sobre el valor añadido (L 37/1992)
LO	Ley orgánica
LOE	Ley de ordenación de la edificación (L 38/1999)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LS/08	Texto refundido de la Ley de suelo (RDLeg 2/2008)
LS/15	Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (RDLeg 7/2015)
OM	Orden ministerial
RD	Real decreto
RDL	Real decreto ley
RDLeg	Real decreto legislativo
Resol	Resolución
RH	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
TPO	Transmisiones patrimoniales onerosas
TS	Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia
VPO Vivienda de Protección Oficial

PARTE 1

Compraventa de
inmueble
construido

CAPÍTULO 1

Consideraciones generales

Elementos esenciales.....	13	10
Carácter civil o mercantil.....	22	
Distinción con otras figuras afines.....	26	

La compraventa de inmueble es el contrato por el cual una de las partes (**vendedor**) se obliga a entregar una cosa determinada (inmueble) y la otra (**comprador**) se obliga a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (CC art.1445). **11**

El inmueble a tratar en esta parte es el construido ya sea nuevo o de segunda mano. Es un contrato de naturaleza (TS 3-6-02, EDJ 19723):

- **bilateral**, pues de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes.
- **oneroso**, por la correspondencia entre las prestaciones de las partes.
- **traslativo del dominio**, sirve de medio y título para adquirir el dominio del inmueble vendido (TS 9-6-10, EDJ 145105).

Capacidad Lo relevante del comprador y vendedor en el contrato de compraventa de inmueble construido es la exigencia de capacidad para contratar (ver capacidad de las partes nº 60 s.), no estar incurso en prohibiciones (ver prohibiciones a la capacidad nº 90 s.) y no estar afectados por limitaciones (ver limitaciones a la capacidad nº 160 s.). **12**

Elementos esenciales (CC art.1261) Los elementos esenciales del contrato son los siguientes: consentimiento, objeto y precio. **13**

Consentimiento en el contrato de compraventa El contrato de compraventa se perfecciona por el mero consentimiento de las partes acerca del **precio** y el **inmueble** objeto de compraventa. Desde ese momento el contrato es obligatorio para ambas partes, aunque el inmueble no se haya entregado al comprador ni se haya pagado el precio al vendedor (TS 17-3-11, EDJ 51410) (ver perfección del contrato nº 852 s.). **14**

Objeto del contrato de compraventa Los inmuebles objeto de la compraventa tienen que cumplir tres requisitos: **16**

- que **existan**, se trata de inmuebles ya construidos (para los inmuebles no construidos remitimos a objeto parte 2 nº 3202 s.);
- que sean de lícito comercio:
 - a- están excluidos de la compraventa los inmuebles demaniales. Son aquéllos que siendo titularidad de una persona jurídico pública se hallan afectos a un servicio o función (ministerios, colegios, hospitales públicos). La Administración puede enajenar sus bienes inmuebles desafectándolos del servicio al que se destinan.
 - b- estén afectados por alguna prohibición, bien por la parcela en sí misma, es el caso de las fincas determinadas como mínimas por la normativa urbanística. Bien por las prohibiciones que afecten a sus dueños (ver prohibiciones nº 90 s.).
- que estén **determinados** o sean susceptibles de determinación. No es necesario que el inmueble esté determinado en el momento de la celebración del contrato. Es suficiente con que sea fácilmente identificable sin necesidad de un nuevo contrato entre las partes (TS 22-5-15, EDJ 80701) (ver objeto del contrato nº 251 s.).

Precio del contrato de compraventa El precio es la **prestación del comprador**. Es aquella suma de dinero que el comprador está obligado a entregar a cambio del inmueble objeto del contrato. No puede existir un contrato de compraventa entre los **18**

litigantes respecto del inmueble litigioso si no existe un precio (TS 24-6-03, EDJ 35107) (ver precio nº 452 s.).

22 **Carácter civil o mercantil** La mayoría de la doctrina considera que la compraventa inmobiliaria **es** de carácter **civil**, al no existir una norma mercantil que contemple la compraventa de inmuebles.

La doctrina y parte de la jurisprudencia admite que la compraventa de inmuebles **puede** ser **mercantil** y pese a que el CCom habla de compraventa de cosas muebles, han de considerarse actos de comercio cualesquiera otros de naturaleza análoga (CCom art.2).

Es mercantil la compraventa de cosas muebles (por **analogía**, inmuebles) para **revenderlas**, con **ánimo de lucrarse** en la reventa. Es el caso, por ejemplo, de la compra que realizan las empresas dedicadas a la compraventa de terrenos para su reventa una vez urbanizados y construidos (tiene carácter mercantil la compraventa de inmuebles efectuada por empresas urbanizadoras que compran fincas rústicas urbanizables o urbanas para revenderlas divididas en parcelas con el afán de lucrarse TSJ Cataluña 20-11-95, EDJ 20531).

26 **Distinción con otras figuras afines** El contrato de compraventa puede diferenciarse de otros actos o contratos similares. Destacan los siguientes:

- promesa de compraventa (ver nº 27);
- cesión de derechos (ver nº 29);
- permuta (ver nº 31);
- dación en pago (ver nº 33);
- compraventa en garantía de deuda (ver nº 35);
- opción de compra (ver nº 37);
- leasing inmobiliario (ver nº 39);
- aportación a sociedad (ver nº 41);
- convenio expropiatorio (ver nº 43);
- adjudicación a cooperativas (ver nº 45); y
- cesión de posesión en VPO (ver nº 47)

27 **Promesa de compraventa** (CC art.1451) Es la promesa de comprar y vender recíprocamente aceptada por las partes. Se considera como un **contrato preliminar** o preparatorio que, aun cuando orientado a una compraventa, tiene un régimen distinto del de la compraventa misma (TS 20-4-01, EDJ 6418).

Actualmente se sostiene que la **diferencia** entre la compraventa y la promesa de comprar y vender reside en las **obligaciones** que contraen los otorgantes: en la promesa, los contratantes no se obligan a entregar la cosa y pagar el precio, sino a otorgar un contrato de compraventa. La distinción de estas figuras se centra por la doctrina y la jurisprudencia en la existencia o no de una voluntad negocial, dirigida a diferir para un momento posterior la entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el precontrato, y que consiste en «quedar obligado a obligarse» (TS 25-6-93, EDJ 6272) (ver promesa de compraventa nº 633).

29 **Cesión de derechos** (CC art.1526 s.) Es la operación por la que **se transmite el derecho** de crédito de una persona a otra, permaneciendo una y misma la obligación.

La **diferencia** entre la compraventa y la cesión reside en el **objeto de transmisión**: en la compraventa de inmueble la venta consumada crea una relación jurídica directa entre el comprador y el inmueble adquirido, mientras que mediante la cesión no se transmite directamente al cesionario la cosa corporal, sino el título o derecho de reclamarla a una tercera persona (TS 4-2-09, EDJ 11743).

31 **Permuta** (CC art.1538 a 1541 y 1446) Es un contrato por el que cada uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa para recibir otra.

La **diferencia** entre la compraventa y la permuta reside en las **obligaciones de las partes**: en el contrato de compraventa inmobiliaria, el vendedor entrega el inmueble y el comprador paga el precio, lo que implica el **cambio del inmueble por dinero**.

Mientras que en la permuta se **cambia un inmueble por otro**, es decir, las partes se intercambian inmuebles.

Debido a su semejanza con la compraventa, además de por sus normas propias, contenidas en el Código Civil, son de **aplicación supletoria** a la permuta las normas de la compraventa, cuando sean compatibles con la naturaleza de este contrato (no se aplican, por ejemplo, las normas referentes al precio).

Puede darse un **contrato mixto** de compraventa y permuta. Aquí, lo que se entrega a cambio del objeto consiste parte en dinero y parte en un inmueble. Se aplican a este supuesto los siguientes **criterios** para determinar si se trata de una permuta o una compraventa:

1. la **intención** manifiesta de los contratantes (TS 29-7-99, EDJ 25780).
2. el valor del inmueble dado como parte de la contraprestación. Si excede al del dinero se trata de permuta. En caso contrario, se considera una compraventa.

La permuta ha vuelto a tomar relevancia con la proliferación de los llamados contratos de aportación de solar, en los que se permuta un **solar por edificación** futura. Se trata de un contrato **atípico** conectado con el de compraventa, con el de permuta y el de arrendamiento de obra (TS 1-12-00, EDJ 39222) (ver permuta de solar por edificación nº 3016).

La permuta de solar por edificación futura se **caracteriza** por una doble prestación contrapuesta:

- la aportación del solar, que es un hecho **presente**;
- la de entrega de uno o más inmuebles, que es un hecho **futuro**.

Dación en pago (CC art.1157 y 1166) La dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para el cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos **bienes distintos** de aquellos en que la prestación consiste.

Para que la dación en pago pueda producirse, es necesario que tanto el deudor como el acreedor **consientan** el cambio de la prestación (AP Sevilla 15-1-13, EDJ 101020).

La **diferencia** entre la compraventa y la dación en pago reside en la **prestación** del contrato:

- en el contrato de compraventa el vendedor entrega el inmueble y la prestación del comprador es el **pago del precio acordado**.
- en la dación en pago el comprador en vez de dinero, le paga con una **prestación distinta**. Ésta puede ser la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho, la constitución de un derecho nuevo o la prestación personal de servicios al vendedor.

Precisiones Distinto a la dación en pago, es la **dación para pago** (CC art.1175). A diferencia de la dación en pago, no es asimilable a la compraventa. Supone la transmisión de un inmueble para pagar una deuda anterior.

La diferencia entre la dación en pago y para pago se refiere a los términos en que se produce la traslación de la titularidad:

- en la dación en pago se produce una transmisión con carácter **inmediato y definitivo**.
- en la dación para pago se requiere la **liquidación** del inmueble para cobrarse la deuda, es decir, la transmisión del inmueble no es definitiva ni inmediata (TS 6-11-06, EDJ 331111).

Compraventa en garantía de deuda La jurisprudencia ha considerado la venta en garantía como un supuesto específico de **fiducia** para garantizar el pago de una deuda. En el caso de compraventa de inmueble, el objeto de la fiducia es garantizar el pago del precio. No se regula específicamente en el Código Civil, pero ha sido admitida como una modalidad de **garantía atípica** con base en la autonomía de la voluntad de las partes (CC art.1255).

La **diferencia** entre la compraventa y la compraventa como garantía de deuda es que mientras que en la compraventa el comprador entrega la propiedad del inmueble acordado a cambio del precio, en la compraventa en garantía de deuda no se transmite la propiedad del inmueble. El fiduciario no se hace propietario del objeto transmitido, sino que ha de **devolverlo** al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su

33

35

disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció (TS 26-7-04, EDJ 159637).

37 Opción de compraventa Es un convenio o contrato en virtud del cual una parte (concedente) concede a otra (optante) la facultad exclusiva de decidir la celebración de un contrato de compraventa.

La **diferencia** con la compraventa es que ésta es un contrato **bilateral** y la opción de compra es un contrato **unilateral**.

La opción no es una promesa de compraventa porque en ésta ambos contratantes pueden compelerse mutuamente al cumplimiento, mientras que en la opción solo el optante tiene esa facultad (ver opción de compra nº 660).

Precisiones Este contrato de opción puede ir incorporado a uno de arrendamiento de bienes inmuebles. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado (TS 15-12-97, EDJ 9779).

39 Leasing inmobiliario [L 10/2014 disp.adic.3ª] El leasing o arrendamiento financiero inmobiliario es un contrato que tiene por objeto la cesión del uso de bienes inmuebles por un determinado periodo de tiempo y destinados a un determinado destino. Los inmuebles son adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de una serie de cuotas.

El contrato contiene una **opción de compra** a favor del usuario a su término.

La **diferencia** de este contrato con la compraventa a plazos con reserva de dominio consiste en que sólo en el leasing tiene que existir una **opción de compra**, aunque el precio sea simbólico (TS 30-7-98, EDJ 18035). Además, no es consustancial en la compraventa a plazos con reserva de dominio la afección del inmueble a un determinado destino, como sí lo es en caso del leasing inmobiliario.

Precisiones La semejanza con la compraventa facilita la utilización del «leasing» para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquél, por lo que para la calificación jurídica del negocio celebrado por las partes, habrá de tener en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas sino también la real **intención** de los contratantes (AP Madrid 14-10-11, EDJ 299970).

41 Aportación a sociedad La aportación de un inmueble a una sociedad, en contraprestación a la participación accionarial que se recibe o a las acciones o participaciones recibidas, no es una transmisión dominical que pueda asimilarse al contrato de compraventa.

La **diferencia** de la compraventa con la aportación social es que la compraventa es un contrato **bilateral y oneroso**; mientras que el contrato constitutivo de sociedad y aportación social es **plurilateral** y persigue un fin distinto que el intercambio de prestaciones (TS 3-12-81, EDJ 1748); lo entregado por la sociedad no es dinero, sino **acciones** de la misma, que el retransmisor no podrá reembolsar por no estar en su patrimonio (TS 27-5-00, EDJ 10879).

43 Convenio expropiatorio La asimilación a la compraventa inmobiliaria se da en los casos de acuerdo entre la administración expropiante y el propietario expropiado en los que se transmite la propiedad a cambio de un justiprecio.

Con carácter general, la doctrina encuentra la **diferenciación** entre la transmisión de la propiedad operada en los procedimientos expropiatorios y la compraventa en el **carácter no voluntario** de la transmisión para el transmitente, ya que le viene impuesta, aun cuando se consiga llegar a un acuerdo respecto al inmueble a expropiar y el justiprecio a abonar.

45 Adjudicación a cooperativas La adjudicación de inmuebles a los socios de una cooperativa, así como la **aportación de las cantidades resultantes** de la distribución y derrama del costo de la construcción, no tienen la consideración de contrato de compraventa.

El contrato de adjudicación de vivienda no es un contrato de compraventa, sino un **título interno** de atribución al socio de una determinada vivienda de la promoción

para su posterior transmisión a través de cualquier título admitido en derecho (AP Las Palmas 7-9-12, EDJ 245199).

Cesión de posesión en VPO [D 2114/1968 art.33] Por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas de protección oficial se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, **conservando el cedente su dominio** hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado (TS 12-3-93, EDJ 2501). La **diferencia** del contrato de compraventa de inmueble con la cesión de posesión es que en este último la **titularidad dominical** del comprador no se produce **hasta la terminación del plazo** establecido por las partes para el abono del precio en los términos convenidos.

47

CAPÍTULO 2

Partes del contrato

Sección 1. Capacidad de las partes	60	50
Sección 2. Prohibiciones a la capacidad	90	
1. Prohibiciones de comprar.....	95	
2. Prohibiciones de disponer.....	130	
Sección 3. Limitaciones a la capacidad	160	
1. Limitaciones por razón de matrimonio	165	
2. Limitaciones por razón de residencia del titular	195	
3. Limitaciones por motivo de defensa nacional	210	

La doctrina distingue entre, una capacidad jurídica propiamente dicha o potencial y una capacidad de obrar o de ejercicio.

La **capacidad jurídica** es la actitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código Civil a la condición misma de persona, en cuanto se establece que el nacimiento determina la personalidad (CC art.29). Pero la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones sólo se reconoce a quienes se estima que reúnen las cualidades necesarias para gobernarse por sí mismos (TS 10-2-86, EDJ 1121; 19-2-96, EDJ 1309).

La **capacidad de obrar** es la aptitud para producir libremente efectos jurídicos mediante actos propios, conscientes y voluntarios.

El contrato de compraventa **exige** para su validez:

– que los contratantes, comprador y vendedor, tengan capacidad para contratar, para contraer obligaciones (CC art.1457).

– que no exista ninguna prohibición o limitación a la capacidad de disposición.

La compraventa puede realizarse por medio de terceros a través del correspondiente **representante legal o voluntario**, cuando se trate de personas jurídicas adquirentes o transmitentes, o simplemente se trate de la comodidad, la conveniencia o el interés de actuar por medio de un representante designado al efecto (CC art.1259).

SECCIÓN 1

Capacidad de las partes

La capacidad de una persona es la aptitud para gobernarse por sí misma, para contratar, realizar actos con eficacia jurídica, actos que creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas (AP Granada 12-5-06, EDJ 347096).

Hay colectivos de personas que requieren una **especial protección** al carecer de aptitud para gobernarse por sí mismos (TS 29-4-09, EDJ 72792):

- **menores** de edad;
- personas que sufran **limitaciones parciales o totales de su capacidad** ya sean menores como mayores de edad (ver nº 72 s.);
- ausentes (ver nº 85).

Menor de edad La minoría de edad impide a la persona actuar de forma consciente y voluntaria.

Hay tres tipos de situaciones de los menores en los que puede valorarse su capacidad o no para enajenar inmuebles:

- menor no emancipado
- menor emancipado
- menor casado

Precisiones El menor de edad puede además ser declarado incapaz (ver incapacidad nº 72 s.).

- 63 Menor no emancipado** (CC art.162 y 166) El menor no emancipado no tiene capacidad para enajenar o gravar sus bienes inmuebles. Solo los padres pueden hacerlo pero bajo la autoridad del juez. Efectivamente el **juez** es quien, previa evaluación de la concurrencia de causas de utilidad o necesidad y con audiencia del Ministerio Fiscal, puede **autorizar** a los padres del menor o al tutor (si no hubiera padres) a enajenar o gravar sus bienes.
Entre los 16 y los 18 años, los padres pueden enajenar o gravar los inmuebles del menor sin la autorización judicial, siempre que se formalice el contrato en documento público. El **notario** como fedatario garantiza el consentimiento del menor.
- Precisiones** **1)** No es válido un consentimiento **general y anticipado** de los padres (TS 28-9-68).
2) La jurisprudencia no es unánime sobre el alcance de los actos que los padres han realizado **sin autorización judicial**.
– a) Algunas resoluciones los consideran **nulos** de pleno derecho (TS 17-2-95, EDJ 580; TS 21-1-00, EDJ 275).
– b) Otras consideran que los actos realizados sin autorización son **anulables** y pueden ser ratificados. La enajenación de bienes de menores realizada por los padres sin la autorización judicial es simplemente anulable, susceptible de **convalidación** (TS 9-5-94, EDJ 4124; TS 16-2-10, EDJ 11499; TS 3-2-06, EDJ 21313). El contrato no es nulo si no ineficaz hasta que el menor lo confirme (TS 30-3-87, EDJ 2492).
- 65 Menor emancipado** (CC art.164) El menor emancipado es aquél al que se le ha concedido judicialmente el beneficio de mayor de edad. El juez sólo puede conceder la emancipación a los menores entre los 16 y los 18 años y previa audiencia del Ministerio Fiscal.
El menor emancipado no tiene por sí solo capacidad para enajenar o gravar inmuebles. Éste **necesita el consentimiento** de sus padres o tutor (en el caso de que no tuviera padres o fuera incapaz) para poder celebrarlos.
Se remite a la curatela (ver nº 80) como institución que se encarga de asistir al menor emancipado en otras operaciones, distinta de la compraventa inmobiliaria, en que lo precisen.
- 68 Menor casado** (CC art.324) El menor casado no tiene por sí sólo capacidad para enajenar o gravar inmuebles. Éste **necesita consentimiento** de una persona mayor de edad que es:
– el cónyuge, en el caso de que éste sea mayor de edad;
– los padres del menor y los del cónyuge, en el caso de que éste también sea menor de edad.
- 72 Incapacidad** (CC art.200) La incapacidad es una **negación** de la capacidad de obrar o aptitud para realizar con plena eficacia y validez actos jurídicos, ejercitar derechos y cumplir obligaciones.
Según el **principio general**, a partir de los 18 años, se es titular de la plena capacidad de obrar, esto es, de la aptitud para ejercitar con eficacia actos jurídicos, mientras no se pruebe lo contrario. La capacidad **se presume** siempre, mientras no se destruya por una **prueba concluyente en contrario**, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (TS 10-2-86, EDJ 1121; TS 28-6-90, EDJ 6923; TS 20-5-02, EDJ 16906).
- Precisiones** El **menor de edad** puede ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.
- 73 El régimen jurídico de la incapacitación** exige una doble garantía a favor de la persona (CC art.199):
– la necesidad de una **sentencia** que culmine un proceso judicial declarativo (TS 11-6-01, EDJ 11062); y
– la constatación de la existencia de **causas** de incapacitación debidamente **acreditadas**.

Precisiones 1) Son válidos los actos ejecutados por incapaz **antes de que su incapacidad** sea judicialmente declarada o incluso, aunque no lo sea nunca, a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate (TS 19-11-04, EDJ 174122).

2) La **prueba de la incapacidad**, es preciso que sea **completa** para desvirtuar la prueba de la capacidad. Se produce la nulidad del contrato de compraventa cuando las pruebas médicas aportadas, constaten la alteración de conducta y deterioro de facultades cognoscitivas y volitivas padecidas en período anterior y posterior e incluso el día en que otorga la escritura (AP Rioja 28-5-98, EDJ 11212).

3) Una persona que padece una enfermedad de carácter psíquico irreversible e incurable no ha de ser sometida al régimen de guarda, y por tanto ser incapacitada, si se prueba que las alteraciones mentales **no repercuten en su capacidad** de obrar, ostentando entendimiento y voluntad suficiente para gobernar su persona (TS 17-10-08, EDJ 190064).

Causas de incapacidad (CC art.199 y 200) Como estado civil limitativo de derechos, la incapacitación está sometida, en cuanto a las causas que la determinan al **principio de legalidad** y en cuanto a sus efectos a la previa constitución por resolución firme de los órganos jurisdiccionales. Su **restricción y control** queda sujeto a las siguientes exigencias:

1. Que la persona respecto de la cual se solicita padezca una **enfermedad o deficiencia** de carácter físico o psíquico, que debe referirse en términos generales a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo, que merma la personalidad y la deteriora (AP Salamanca 20-3-06, EDJ 269001).

2. Que la enfermedad o la deficiencia sea **persistente**.

3. Que la enfermedad o deficiencia **impidan** a la persona gobernarse por sí misma, pues no basta con la existencia de éstas, aun cuando sean permanentes. Este criterio se refiere a la falta de idoneidad para gobernar sus propios intereses por dichas causas concretas (AP Vizcaya 14-2-00, EDJ 113450).

Precisiones 1) La falta de estimulación en el desarrollo lingüístico de una **sordomuda** produce su incapacidad para el autogobierno, estimando la sentencia que lo decisivo es que el **grado de incapacidad** acreditado en el procedimiento es notable y se extiende tanto al cuidado de su persona como al de sus bienes (AP A Coruña 7-6-06, EDJ 103288).

2) Por otra parte, el hecho aislado de la **sordomudez** no implica necesariamente la incapacitación, si se considera que a pesar de ella, el presunto incapaz **es capaz** de gobernar su persona y sus bienes, precisando únicamente ayuda de personas allegadas, sin necesidad de declararla incapaz cuando el informe médico forense concluye diciendo no sólo que la informada es capaz de autogobernarse sino además de gobernar sus bienes (AP Las Palmas 23-4-04, EDJ 60486).

3) En esta misma línea, se considera que la **ceguera o falta de visión** por sí misma no produce la incapacitación, si no se acompaña de la pérdida de facultades mentales, intelectivas y volitivas, pues de lo contrario implicaría que cualquier minusválido visual tuviera que ser obligatoriamente declarado incapaz (AP Málaga 15-9-05, EDJ 235252).

4) En cuanto a enfermedades o deficiencias físicas de carácter permanente e irreversible, pese a que el enfermo conserve facultades volitivas y cognitivas, puede declararse la incapacidad si la enfermedad o deficiencia física **le impide gobernarse** por sí mismo (TS 14-7-04, EDJ 86791; AP Barcelona 11-5-06, EDJ 301326).

Procedimiento de incapacidad (CC art.228, 230) La incapacitación se declara a través del procedimiento judicial de incapacidad.

Tiene que declararse obligatoriamente por sentencia judicial y en virtud de causas tasadas establecidas.

El proceso se **promueve** por el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, es decir, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. Si no existen los familiares citados o no promueven el procedimiento de incapacidad, el Ministerio Fiscal lo promoverá de oficio o a petición de cualquier otra persona. Las autoridades y funcionarios públicos (p.e notarios, jueces y secretarios judiciales) tienen obligación de comunicar, por razón de sus cargos, los casos que conozcan de posible incapacitación.

La incapacidad tiene que declararse por **sentencia** judicial.

74

76

La actuación del juez para apreciar **la causa de incapacitación** debe centrarse en **dos extremos**:

- que la enfermedad o deficiencia efectivamente **incida en la conducta** del presunto incapaz; y
- que esa incidencia sea de entidad suficiente para **impedirle** un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos (AP Salamanca 20-3-06, EDJ 269001).

La nota de la **persistencia** concurre no sólo cuando la enfermedad o deficiencia es irreversible sino también cuando, aun siendo probablemente curable, no pueda preverse el tiempo de curación. Tampoco es preciso que la anomalía se manifieste de manera permanente, como ocurre en el caso de las enfermedades mentales cíclicas.

Es indiferente también que la causa de la incapacitación consista en alteraciones o deficiencias físicas o psíquicas, siempre que éstas **perturben el entendimiento y la voluntad** y ocasionen en la persona la imposibilidad del propio gobierno, es decir atender a su propio cuidado o al de sus bienes.

78 Clases La incapacitación puede ser **total o parcial**. Siempre se considera **reversible**, por lo que puede modificarse por una nueva sentencia, si cambian las circunstancias. En la práctica tratándose de discapacitados psíquicos no es habitual.

Precisiones **1)** La conjunción de la gran invalidez física y enfermedad mental provoca la **incapacidad total** (AP A Coruña 20-2-06, EDJ 22144).

2) El consumo de **drogas** por cuyos brotes críticos precisa la presunta incapaz de internamiento, aconseja la incapacidad total (AP Baleares 7-5-04, EDJ 52295).

3) La incapacidad que se declare debe **ajustarse perfectamente** a la persona afectada, y sólo exclusivamente a ella, cada incapaz necesita su especial medida de protección (JPI Gijón 19-12-08, EDJ 48563).

80 Sentencia de incapacidad La sentencia que declare la incapacidad debe determinar:

a. La **extensión y límites** de la incapacidad. Puede decretarse la incapacidad plena o establecerse determinadas limitaciones de la capacidad. En este último caso la sentencia ha de concretar los **actos a los que alcanza** la limitación.

b. El **régimen** al que debe quedar sometido el discapacitado. La guarda y protección de la persona y sus bienes se realiza a través de la tutela, curatela o defensor judicial (CC art.215).

– La **tutela** (CC art.222 s) se utiliza para los casos en los que la restricción de la capacidad de obrar es más grave (incapacidad plena).

El tutor es aquella persona física o jurídica que, nombrada por la autoridad judicial y bajo la vigilancia y control de ésta y del Ministerio Fiscal, tiene como misión el cuidado y educación de los menores o incapacitados sometidos a tutela, su representación en todos aquellos actos que no puedan realizar por sí solos, y la administración de su patrimonio, o sólo esta última administración. Es una institución permanente, de actuación habitual o continua y de ámbito general.

– La **curatela** (CC art.286 s.) El curador es aquella persona física o jurídica que también bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, tiene como misión la asistencia a menores emancipados, a los incapacitados y a los pródigos, en todos aquellos actos o negocios que, por determinación de la Ley o de la correspondiente sentencia judicial, no puedan realizar por sí solos. Es una función permanente pero, a diferencia de la tutela, la curatela es de ejercicio intermitente, sólo supone asistencia para determinados actos y carece de efectos personales.

– El **defensor judicial** (CC art.299 s.) El defensor judicial es la persona física o jurídica, distinta del tutor y del curador, que es nombrada por la autoridad judicial para que, bajo su control, y la vigilancia del Ministerio Fiscal, represente y ampare, en ciertos casos y con el ejercicio de las facultades que se le hayan conferido, los intereses de los menores o incapacitados. Es una función supletoria de la tutela o la curatela, por lo que tiene carácter temporal y/o supletorio.

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela han de **inscribirse** en el Registro Civil.

Ausentes (CC art.181 a 192) La ausencia es la situación jurídica especial de una persona que no se encuentra en su domicilio o en el lugar de su última residencia, y de la que no se tienen noticias durante cierto tiempo, dudándose de su existencia.

En cuanto a la **naturaleza jurídica**, ha sido considerada como una causa modificativa de la capacidad de obrar, como una incapacidad de hecho.

La declaración de ausencia ha de ser **decretada judicialmente**.

El procedimiento de declaración de ausencia se **promueve** por el cónyuge del ausente o los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Si no existen los familiares citados o no promueven el procedimiento, el Ministerio Fiscal lo promoverá de oficio o a petición de cualquier otra persona que estime tener sobre los bienes del ausente algún derecho ejercitable.

El secretario judicial nombra **defensor judicial** a alguno de los parientes antes citados, para aquéllos asuntos que no admitan demora y hasta que se nombre un **representante** del ausente.

El representante es alguno de los parientes indicados o, en su defecto, persona solvente y de buenos antecedentes, que será nombrada previa audiencia del Ministerio Fiscal.

El representante del ausente ostenta la **posesión temporal** de los bienes del ausente y no puede enajenarlos o gravarlos, sino en caso de necesidad reconocida y declarada por el secretario judicial. La **autorización** de la venta incluirá la declaración del secretario judicial sobre el destino de los ingresos obtenidos.

85

SECCIÓN 2

Prohibiciones a la capacidad

(CC art.1457,1459)

La Ley parte del reconocimiento con carácter general a toda persona para otorgar contrato de compraventa y posteriormente señala una salvedad prohibitiva «salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes».

Se trata de prohibiciones que vienen determinadas en atención a la **posición** que ocupa una de las partes y que la incapacita, parcialmente, para la celebración de esta clase de negocio jurídico.

Existen dos tipos de prohibiciones legales para ser parte en un contrato. Son las prohibiciones de **comprar** y las de **disponer**.

Las prohibiciones no impiden la **ejecución judicial** de los bienes del deudor afectado por la restricción, pues el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros (CC art.1911). Tampoco impiden la constitución de una **nueva hipoteca** en cuanto no constituye un acto de transmisión del dominio ni de cesión del uso de la vivienda (DGRN Resol 26-2-08).

90

1. Prohibiciones de comprar

(CC 1459)

Las personas que desempeñan algún cargo tutelar **no pueden adquirir** los bienes de la persona que está bajo su guarda o protección. No pueden hacerlo ni por sí **ni a través de intermediario**.

La finalidad de la norma es **impedir** posibles **abusos** de quienes desempeñan algún cargo de protección sobre una persona.

La prohibición se refiere a la compraventa, si bien, doctrinalmente se admite que alcanza a cualquier tipo de **disposición a título oneroso**, aun cuando sea a través de subasta pública o judicial (AP Burgos 8-5-09, EDJ 120871).

La compraventa realizada **incumpliendo** una prohibición legal tiene como consecuencia su nulidad (TS 7-10-87, EDJ 7103).

95