

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCVIII • Septiembre-October • Núm. 793

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 XCVIII • Septiembre-Octubre 2022 • Núm. 793

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-177/2022
Fecha de certificación: 4ª Convocatoria (2014)
Válido hasta: 22 de julio de 2023

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

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 013296281

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gáligo
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

María Emilia Adán García
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Francisco Javier Gómez Gáligo
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

José Poveda Díaz
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera
del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Juana Pulgar Ezquerria
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional
de la UCM y Letrada de las Cortes
Generales

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

María José de la Fuente y de la Calle
Letrada y Ex Presidenta del Tribunal
de Cuentas

María José García Valdecasas
Abogada del Estado y letrada del Tribunal
Constitucional

Esther Muñoz Espada
Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- CRESPO MORA, María Carmen: «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil» / *Collective actions for the compensation of consumers' individual damages: a review from the civil law perspective* 2485
- MANZANO FERNÁNDEZ, M^a del Mar: «Las condiciones relativas al matrimonio en la institución de heredero» / *The conditions related to marriage in the institution of an heir* 2531
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El fundamento del dominio público arqueológico con especial atención a los bienes inmuebles: una propuesta alternativa a la dominialidad» / *Fundamental of the archaeological public domain with special attention to real estate: an alternative proposal to deminiality* 2561

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- MESA TORRES, María Pilar: «Actos realizados por el curador representativo que precisan autorización judicial» / *Acts performed by the representative curator requiring judicial authorization*..... 2619

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 2655

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— El *sharenting*, una cuestión de patria potestad (¿y de protección de datos?) / *Sharenting, a question of custody, (and data protection)?*, por Alejandro ZORNOZA SOMOLINOS 2769

1.2. Derecho de familia:

— Reclamación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado de la pareja y luego esposa de la madre por naturaleza / *Claim of extramarital filiation by possession of state of the couple and then wife of the mother by nature*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 2785

1.3. Derechos reales:

— Repaso jurisprudencial a la acción reivindicatoria / *Jurisprudential review of the reivindicatory action*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2820

1.4. Sucesiones:

— Consideraciones sobre el fenómeno sucesorio en los títulos nobiliarios: análisis y estudio jurisprudencial / *Considerations on the successory phenomenon in titles of nobility: analysis and jurisprudential study*, por María Luisa DOMÍNGUEZ BARRAGAN..... 2833

1.5. Obligaciones:

- Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social / *Doctrine on the termination of a lease contract for late payment of rent or other amounts due and social reality*, por Alejandro FUENTES-LOJO RIUS 2853

1.6. Responsabilidad civil:

- Adaptar o reformular la directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial. Últimas novedades / *Adapt or rethinking directive 85/374 on liability for damage caused by defective products to artificial intelligence. latest news*, por Carmen MUÑOZ GARCÍA 2886

1.7. Concursal:

- La venta extrajudicial de finca hipotecada (II). Cuestiones procedimentales. Especial referencia a la vivienda habitual / *The extrajudicial sale of a mortgaged property. Special reference to habitual residence*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2909

2. MERCANTIL:

- Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión) / *Shareholders agreements y contract relativity (some notes for reflection)*, por Francisco REDONDO TRIGO 2929

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

- Modificaciones de entidades hipotecarias de fincas de origen por parte de un proyecto de reparcelación / *Land addition, grouping, division and segregation made by plot-redivision projects*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 2942

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 2957

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el UNDÉCIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de diciembre de 2023, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2024. No podrán optar al premio los autores que formen parte del Consejo de Redacción de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el presidente del Consejo de Redacción y los consejeros integrados en el Comité Ejecutivo. El secretario de la RCDI, actuará como secretario del Jurado. Será presidente del Jurado el presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

ESTUDIOS

Las acciones colectivas para
el resarcimiento de los perjuicios
individuales de los consumidores:
una relectura desde el Derecho civil

*Collective actions
for the compensation of consumers'
individual damages: a review
from the civil law perspective*

por

MARÍA CARMEN CRESPO MORA
*Profesora de Derecho civil-Investigadora
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN: Tras explicar ciertos conceptos procesales elementales cuyo entendimiento resulta imprescindible para comprender la regulación de la materia, el presente trabajo se centra en el estudio de las peculiaridades normativas de uno de los principales tipos de acciones colectivas: las denominadas acciones colectivas para la reclamación de daños y perjuicios. El estudio compara las diferencias entre las acciones indemnizatorias colectivas y las acciones de cesación, concreta el ámbito en el que ha de producirse el evento lesivo para la viabilidad de una acción colectiva de daños, identifica y analiza los diferentes legitimados activamente para su interposición, estudia el desarrollo del proceso cuando se ejercita este tipo de acciones y plantea los numerosos

interrogantes derivados de la ejecución de la sentencia recaída en un proceso colectivo de daños. Además de la principal doctrina y jurisprudencia recaída sobre el tema, el estudio destaca y examina las novedades que ha introducido en la materia la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

ABSTRACT: After explaining some elementary procedural concepts, essential to understand the regulation of the matter, this paper focuses on the study of the regulatory peculiarities of one of the main types of collective actions: the so-called class actions for damages. The study compares the differences between the class actions for damages and the injunction actions, specifies the scope in which the event must occur for the viability of the class actions for damages, identifies and analyzes the different active legitimated to sue, studies the development of the process when this type of actions are exercised and the many questions that arise from the execution of the sentence in a collective process of damages. In addition to the main doctrine and jurisprudence on the subject, the study highlights and examines the new developments introduced in this area by the Directive 2020/1828 of the European Parliament and of the Council on November 25, 2020, related to representative actions for the protection of the collective interests of consumers.

PALABRAS CLAVE: Consumidores y usuarios. Acciones colectivas. Acciones colectivas indemnizatorias. Acciones de cesación. Intereses supraindividuales. Intereses individuales homogéneos. Intereses colectivos y difusos de los consumidores.

KEY WORDS: Consumers and users. Collective action. Class actions for damages. Injunctions. Supraindividual interests. Homogeneous individual interests. Collective and diffuse consumers' interests.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: EL LLAMADO «CASO DE LA COLZA».—II. CONCEPTOS PRELIMINARES. INTERESES SUPRAINDIVIDUALES E INTERESES PLURIINDIVIDUALES. INTERESES COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS.—III. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: ACCIONES INDIVIDUALES *VERSUS* ACCIONES COLECTIVAS.—IV. LAS ACCIONES COLECTIVAS INDEMNIZATORIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS COLECTIVAS: A) *Legitimación procesal para la defensa de intereses colectivos.* B) *Legitimación procesal para la defensa de intereses difusos.*—V. DESARROLLO DEL PROCESO CIVIL CUANDO SE EJERCITAN ACCIONES COLECTIVAS INDEMNIZATORIAS.—VI. EL CONTENIDO Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN UN PROCESO COLECTIVO DE DAÑOS. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA COSA JUZGADA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: EL LLAMADO «CASO DE LA COLZA»

La necesidad de una regulación completa y moderna de las denominadas acciones colectivas indemnizatorias se puso de manifiesto por primera vez en el sistema jurídico español con el caso de la colza, la mayor intoxicación alimentaria de nuestra historia reciente. En 1981 se desvió para el consumo humano aceite de colza desnaturalizado que contenía anilina, una sustancia tóxica que ocasionó un envenenamiento masivo. Este producto, que se vendía al consumidor como aceite de oliva, circuló de manera fraudulenta y sin control por parte de las autoridades de la época, a través de puestos ambulantes en diferentes lugares de la geografía española. Más de 25.000 personas desarrollaron una enfermedad completamente desconocida, a la que se designó «síndrome tóxico», que provocó más de 4000 fallecidos.

En 1987 se celebró el primer macrojuicio penal contra treinta y ocho empresarios relacionados con esta intoxicación alimentaria. Dos años después, en 1989, el Tribunal Supremo consideró probada la relación de causalidad entre la ingesta de aceite de colza desnaturalizado y el desarrollo de la enfermedad¹, condenando a los directivos responsables de la distribución y comercialización de ese aceite.

En octubre de 1995 se inició un segundo juicio contra cargos de la Administración. En la sentencia de 26 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997,6366), el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) atribuyó responsabilidad penal a título de imprudencia temeraria a dos funcionarios públicos, estableció las indemnizaciones definitivas que correspondían a cada afectado² y condenó al Estado como responsable civil subsidiario, por no llevar a cabo protocolos de actuación que hubieran evitado el desvío de este aceite desnaturalizado al consumo humano.

En dicho proceso penal la Organización de Consumidores y Usuarios (la única asociación de consumidores que participó en el procedimiento) intervino en representación de un considerable número de consumidores afectados (actuó en representación de sus asociados). Sin embargo, el Alto Tribunal no se limitó a reconocer una indemnización de daños y perjuicios

a las víctimas representadas por la asociación en el proceso, sino que acogió en casación el recurso formulado por la OCU y extendió la indemnización a todos los perjudicados que, como tales, constaban en el proceso «*aunque no estén amparados por la postulación, es decir, aunque no aparezcan directamente representados en el proceso*» (epígrafe XI de la sentencia). En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo terminó reconociendo la correspondiente indemnización a aquellos perjudicados cuya identidad estaba acreditada en ciertas listas de víctimas obrantes en autos, pero que no eran representados por la OCU —pues no habían confiado a esta asociación el ejercicio de la acción indemnizatoria— y tampoco habían intervenido en el proceso penal a título individual solicitando una indemnización³.

Pese a que hasta años después, con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no se produjo el cambio normativo indispensable para acomodar las estructuras procesales existentes a las nuevas situaciones supraindividuales y, por tanto, el planteamiento de este tipo de procesos colectivos por parte de asociaciones de consumidores y usuarios en ese momento no era procedimentalmente viable⁴, el Tribunal Supremo trató el caso de la colza como si se hubiera interpuesto una acción colectiva indemnizatoria, con los correspondientes efectos expansivos de la sentencia. Ahora bien, no considero que con este novedoso pronunciamiento judicial el Alto Tribunal, anticipándose a la ley, estuviera admitiendo, siquiera implícitamente, la viabilidad procesal de las acciones colectivas de daños en el sistema jurídico español, ya que, debido a la singularidad y gran trascendencia en la opinión pública del caso, tal solución no resultaba extrapolable a asuntos similares.

De hecho, poco tiempo antes, en la sentencia de 8 de abril de 1994 (*RJ* 1994,2733), el Tribunal Supremo rechazó tal posibilidad⁵, lo que demuestra el carácter absolutamente excepcional y aislado de la tesis mantenida en la sentencia del caso de la colza, a la que llegó el Tribunal por razones prácticas y movido, sin duda, por un propósito de justicia material.

El recuerdo del caso de la colza fue lo que llevó a la reforma del sistema procesal para permitir la interposición de acciones colectivas y explica la especial atención que, como veremos en las próximas páginas, el legislador español dedica a las acciones objeto del presente estudio: las acciones colectivas de daños.

II. CONCEPTOS PRELIMINARES. INTERESES SUPRAINDIVIDUALES E INTERESES PLURIINDIVIDUALES. INTERESES COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS

Antes de comenzar el estudio de las acciones colectivas indemnizatorias, han de explicarse ciertos conceptos generales utilizados por la doctrina

procesalista. En un afán sistematizador y ante el «anarquismo conceptual» imperante en la materia⁶, se han escogido, de cara a su explicación, aquellos conceptos a los que se refiere expresamente la ley (intereses colectivos e intereses difusos), y aquellos otros cuyo conocimiento, pese al silencio legal, resulta indispensable para entender la verdadera esencia o naturaleza jurídica de las acciones colectivas. Veámoslos a continuación.

La economía contemporánea, cada vez más globalizada y digitalizada, ha traído consigo la aparición de los denominados derechos e intereses supraindividuales y los intereses pluriindividuales. La protección de estas dos tipologías de intereses es susceptible de encauzarse a través de acciones colectivas, como se verá posteriormente.

En el actual escenario socioeconómico, un elevado número de actividades no solo produce efectos sobre el individuo aisladamente considerado, sino que pueden llegar a verse potencialmente afectados los consumidores de productos o servicios de forma plural o incluso masiva. En efecto, como la producción, el intercambio y el consumo son masivos, se multiplican las probabilidades de que revistan tal carácter las lesiones causadas a los consumidores por la contravención de la normativa que les protege. Esto es lo que sucedió, entre otros muchos ejemplos con repercusión mediática, con el supuesto examinado en el epígrafe anterior del envenenamiento derivado del consumo de aceite de colza, con los cortes de servicios de ciertas compañías telefónicas, o, más recientemente, con el escándalo *Dieselgate* de Volkswagen, casos todos ellos que provocaron daños de diferente tipología y consideración a una multitud de consumidores.

En un gran número de estos supuestos de fraudes colectivos al consumo, es escaso el perjuicio ocasionado a cada concreto consumidor de modo aislado (ello sucede, por ejemplo, con los recargos tarifarios indebidamente realizados por parte de compañías telefónicas o eléctricas); sin embargo, evaluada la lesión en su conjunto en relación con la totalidad de los consumidores afectados, puede alcanzar una notable trascendencia económica y social, lo que aconseja que se persiga judicialmente su reparación. Ahora bien, en este escenario, el planteamiento de una multiplicidad de demandas individuales ha de valorarse como una opción altamente ineficiente. Ello explica que este tipo de conductas empresariales ilícitas, en un porcentaje elevadísimo de los casos, no terminen siendo perseguidas judicialmente, en atención a la escasa cuantía patrimonial del daño sufrido, que no compensa el esfuerzo procesal. Pero tal impunidad se traduce en la práctica en la reiteración de dichas conductas, por los desorbitados beneficios que obtienen las empresas que las llevan a cabo⁷. Justo en este contexto es donde más útiles resultan las denominadas acciones colectivas, un nuevo instrumento procesal con fuerte influencia disuasoria que ha alcanzado gran relevancia práctica y auge en los últimos años, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria.

Dentro de esta amplia categoría de las acciones colectivas, se incluyen fundamentalmente dos tipos de acciones que se hallan expresamente reguladas por el legislador español, como es el caso de las acciones de cesación en defensa de intereses generales y de las acciones de indemnización de daños y perjuicios individuales pero plurales —a cuyo estudio está dedicado el presente trabajo—, a las que algunos autores prefieren denominar acciones de reparación, para no limitarlas a la solicitud de una condena dineraria⁸.

Ahora bien, como ya advertimos al principio de este epígrafe, antes de entrar a analizar la materia, hay que diferenciar y conceptuar ciertas categorías de las que parte la doctrina procesalista española, ya que, como veremos, algunos de estos conceptos son utilizados por nuestro legislador, por lo que su conocimiento previo constituye un presupuesto para entender la ley.

La doctrina realiza una primera clasificación, al distinguir los intereses supraindividuales, de los intereses individuales homogéneos o conexos, a los que, por meras razones pedagógicas y para evitar confusiones —esta denominación, con una referencia expresa al «interés individual» podría despistarnos y hacernos pensar que no nos movemos en el terreno de las acciones colectivas—, calificamos en el presente trabajo como intereses pluriindividuales⁹. Comenzando por el interés supraindividual (o interés propiamente grupal), podríamos definirlo como aquel que no puede ser atribuido a un sujeto en exclusiva porque no existe un titular definido del bien jurídico lesionado por la conducta del empresario, sino que es compartido por una categoría o conjunto de sujetos¹⁰. El interés supraindividual es, pues, indivisible y pertenece al grupo (el titular de este interés es la colectividad considerada en su conjunto), por lo que no es posible que se incoen procesos individuales para su defensa¹¹. Precisamente es el carácter indivisible, esto es, la imposibilidad de dividir el derecho en cuotas atribuibles a cada uno de los miembros del grupo, lo que justifica la necesidad de su tutela conjunta. Este es el caso, tomando un ejemplo ajeno al derecho de consumo, aunque muy descriptivo, de la protección del medio ambiente, cuya titularidad corresponde a todos los ciudadanos *ex* artículo 45 de la Constitución española¹². En el ámbito del Derecho de consumo, pueden catalogarse como intereses supraindividuales la defensa de los destinatarios de una publicidad engañosa o la solicitud del cese total en la utilización de una concreta cláusula abusiva incorporada automáticamente a un determinado tipo contractual.

No hay que confundir el interés supraindividual al que acabamos de hacer referencia en el párrafo anterior, con una categoría dogmática distinta, los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos, esto es, el conjunto de derechos individuales de los que son titulares una pluralidad determinada o indeterminada de individuos que han resultado afectados

por una misma actuación ilícita. Tratándose de intereses pluriindividuales lo que existe es una suma o pluralidad de intereses individuales homogéneos conexos o con un origen común; es decir, concurren una pluralidad de consumidores que se han visto afectados por uno o varios acontecimientos fácticos dañosos o contratos ilegales sustancialmente idénticos. Los intereses pluriindividuales son, en realidad, meros derechos individuales, aunque el conflicto adquiere un alcance plural por verse involucrados en él numerosas personas¹³. Ello explica que en estos casos la litigación colectiva no sea imprescindible —aunque si la infracción tiene una gran trascendencia social resulta aconsejable por razones de economía procesal—, pues resultarían viables una pluralidad de procesos individuales en los que cada afectado por el hecho dañoso reclamase lo que le correspondiera. Si se unen es, en realidad, para fortalecer su débil posición procesal individual y reducir costes procesales.

La mayoría de la doctrina procesalista rechaza que los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos constituyan una categoría autónoma, pues se entiende que, en realidad, integran una categoría puramente procesal¹⁴. Estos intereses no dejan de ser una suma de derechos subjetivos individuales, lo que explica que cada uno de los miembros del grupo afectado pueda optar por la defensa individual de su derecho. Ahora bien, en aquellos casos en los que el daño alcance una gran relevancia o incidencia social por el elevado número de afectados, la tutela colectiva probablemente constituya el mejor instrumento para obtener la defensa de los intereses lesionados, pues, en tal caso, la acumulación de acciones no resulta viable debido al número de afectados. Por el contrario, la acción colectiva permitirá al legitimado extraordinariamente actuar como representante de la totalidad de los perjudicados por el hecho dañoso¹⁵.

No obstante, pese a las notables diferencias conceptuales entre unos intereses y otros, esta distinción entre intereses supraindividuales y pluriindividuales es inoperante desde un punto de vista normativo, pues no es tenida en cuenta en ningún momento por el legislador procesal español¹⁶. Los principales cuerpos normativos que han de ser tomados en consideración en esta materia (a saber, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —LEC— y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —TRLGDCU, en adelante—) consideran que en ambos casos nos encontramos en el terreno de lo colectivo, sin que ninguno de ellos realice ulteriores precisiones ni contemple especificidades procesales para la defensa de unos o de otros¹⁷. Esta falta de trascendencia normativa de la distinción es una cuestión, entre otras, que la doctrina propone que se modifique de *lege ferenda*¹⁸. En cualquier caso, ya puede anticiparse que el ámbito propio de actuación de las

acciones de cesación es la defensa de los intereses supraindividuales, mientras que las acciones indemnizatorias colectivas persiguen principalmente la protección de los intereses pluriindividuales¹⁹. De ahí que la doctrina considere que estas últimas no son auténticas acciones colectivas o que no lo son en sentido estricto.

Además de la distinción anterior, la doctrina procesalista recurre a otra clasificación dogmática: aquella que diferencia entre los intereses difusos y los intereses colectivos. En ocasiones, el grupo de individuos afectados por la conducta del empresario es extraordinariamente amplio o resulta imposible concretarlo; se habla entonces de intereses difusos (categoría que, como reconoce MARÍN LÓPEZ [2015, 367], «es de la cosecha propia del legislador español»). Otras veces el colectivo afectado es un grupo determinado o determinable de consumidores; en tal caso, estaremos ante intereses colectivos. Ahora bien, como ha puntualizado BUJOSA BADELL (2016, 2591), la facilidad en la determinación característica de los intereses colectivos no implica necesariamente que haya de tratarse de grupos pequeños.

La anterior definición y distinción entre los intereses colectivos y difusos sí que tiene repercusión normativa, pues se encuentra consagrada en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como se verá más adelante, el mencionado precepto regula en sus apartados segundo y tercero los sujetos y entidades legitimados activamente para interponer las acciones colectivas objeto del presente trabajo: las denominadas acciones indemnizatorias o de daños²⁰. También es tenida en cuenta, como comprobaremos posteriormente, por el artículo 24 TRLGDCU, precepto que regula específicamente la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios. No obstante, la reciente Directiva 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, Directiva 2020/1828), se refiere genérica y exclusivamente a los «intereses colectivos de los consumidores», sin subdividirlos, como lo hace la normativa española, entre intereses colectivos e intereses difusos (véase art. 3 Directiva 2020/1828).

Pese a los esfuerzos doctrinales en tal dirección, resulta complejo coordinar y compaginar las dos clases de categorías a las que acabamos de hacer referencia: aquella que distingue entre intereses supraindividuales y pluriindividuales, por un lado, y la que diferencia los intereses colectivos de los difusos, por otro. Ello ha desencadenado cierta confusión conceptual propiciada, sin duda, por el empleo por parte de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de la expresión «intereses colectivos y difusos» para referirse tanto a los intereses supraindividuales como a los pluriindividuales. Pues bien, aunque no se trata de una cuestión pacífica, si atendemos a la definición de interés supraindividual o interés grupal, que es indivisible y pertenece al grupo, resulta desacertado subclasificarlo en colectivo y difuso,

ya que el interés supraindividual solo puede ser difuso (por definición, el colectivo afectado resulta de imposible determinación²¹). Como acertadamente denuncia SANDE MAYO (2019, 65), nuestro ordenamiento incurre en un error cuando subdivide los intereses supraindividuales en intereses colectivos e intereses difusos (como sucede, por ejemplo, con el art. 54.3 TRLGDCU), «*pues el carácter indivisible de los intereses supraindividuales impide que puedan ser clasificados en razón del grado de agregación de los afectados. La tutela de estos intereses será necesariamente conjunta, con independencia de que la comunidad social afectada se encuentre integrada por sujetos indeterminados o fácilmente determinables*». Por esta razón la sentencia que pone fin al proceso colectivo en estos casos no requiere una individualización posterior.

Por el contrario, los intereses pluriindividuales, por regla general, serán colectivos, salvo cuando el grupo afectado resulte tan extraordinariamente amplio que, aunque hayan sido dañados meros derechos individuales, resulte inviable concretar el número de sujetos perjudicados. En este caso, lo que puede llegar a convertir al interés pluriindividual en un interés difuso, es que, en atención a las circunstancias concurrentes, solo puede señalarse una «clase» abstracta de individuos potencialmente afectados, pues el cálculo de su número y su individualización resultan irrealizables *a priori*²². Cuando, debido a la relevancia social y magnitud de la infracción (*v. gr.*, en los supuestos de daños masivos), sea impracticable el cálculo de los consumidores afectados, resulta conveniente que estos intereses sean tutelados por un cauce procesal conjunto como el que proporciona la acción colectiva²³. Ello sucederá cuando no exista entre los sujetos afectados vínculo jurídico alguno y la afectación derive solo de circunstancias fácticas contingentes²⁴, como ser consumidores de un mismo producto (por ejemplo, en caso de distribución o comercialización masiva de un producto defectuoso o nocivo para la salud, el rastreo para calcular los sujetos definitivamente afectados es irrealizable), ser usuarios de una famosa red social que utilizó sus datos personales sin informarles de ello ni haberles solicitado la preceptiva autorización expresa, haber circulado por una misma autopista de peaje cuando se produjo una nevada —inevitable, pero previsible— que provocó la retención durante toda la noche de aquellos vehículos a los que se les había permitido el acceso cuando ya se encontraba bloqueada (en este caso, solo podrían ser identificados los usuarios de la autopista que pagaron el peaje, pero no el resto de sujetos perjudicados por ocupar también vehículos afectados y reunir igualmente la cualidad de consumidores —*v. gr.*, los pasajeros de los autobuses—) o haber repostado combustible en ciertas gasolineras, cuyos surtidores fueron manipulados para servir menos gasolina de la que se cobraba a los clientes.

Los ejemplos enumerados demuestran que, en caso de daños masivos a los consumidores, en ocasiones el perjuicio de los intereses homogéneos

afectados es de escasa entidad, mientras que, otras veces, debido a la entidad del perjuicio, les corresponderá compensaciones más sustanciosas. Cuando se trate de perjuicios de escaso alcance económico, como sucedió con el caso de retención de vehículos en una autopista debido a una intensa nevada —al que nos referiremos en varias ocasiones a lo largo de este trabajo—, la acción colectiva constituye el único mecanismo eficaz para disuadir a las empresas de realizar estas prácticas, pues es improbable que el consumidor individual incoe un proceso en estos casos²⁵, ya que el esfuerzo procesal no resulta eficiente económicamente (en lenguaje coloquial, le «valdría más el collar que el perro»).

Por su parte, la defensa de un interés pluriindividual colectivo —cuando el grupo de consumidores afectados esté determinado o sea fácilmente determinable— suele derivar de la falta de una prestación contractualmente pactada por múltiples —aunque determinados— consumidores, lo que facilita la identificación de los sujetos afectados²⁶: *v. gr.*, la situación de los pasajeros de un determinado vuelo que sufre un importante retraso, la de los consumidores que vieron cancelado su viaje en tren por la caída de una viga sobre las vías²⁷, la de los turistas que en un viaje organizado son albergados en un hotel de categoría notoriamente inferior a la contratada, la de los usuarios abonados a una determinada compañía telefónica que han sufrido un prolongado corte de suministro²⁸ o la de los asistentes a un concierto o evento deportivo, que terminan siendo cancelados. El interés en todos estos casos es colectivo porque los afectados pueden ser fácilmente identificados o determinados, ya sea mediante el billete de transporte aéreo o tarjeta de embarque, el billete de tren, el contrato de viaje combinado, el contrato de prestación de servicios telefónicos o la entrada al concierto o evento deportivo²⁹.

Pese a la rotundidad con la que distingue nuestra normativa procesal, en la práctica, no siempre va a ser tarea fácil determinar cuándo nos encontramos con un interés colectivo o cuándo se trata, en realidad, de un interés difuso³⁰, cuestión que, como comprobaremos después, resulta importante a determinados efectos (por ejemplo, cuando se trate de un interés colectivo, a cada perjudicado ha de notificársele la intención de interponer la demanda colectiva, exigencia prevista en el art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no resulta extrapolable a la defensa de los intereses difusos).

III. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: ACCIONES INDIVIDUALES *VERSUS* ACCIONES COLECTIVAS

Aunque en todos estos casos en los que resultan afectados una pluralidad más o menos amplia de consumidores la lesión, evaluada en su conjunto,

puede llegar a alcanzar una importante cuantía económica, no es frecuente que el consumidor individual tome la iniciativa procesal, salvo en aquellos casos en que el concreto perjuicio económico que sufra termine compensando el esfuerzo y los costes del proceso. Ello es debido a las dificultades que ha de superar durante la sustanciación de los procesos de consumo, pues, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, lejos de contemplar los litigios de consumo como procedimientos especiales y de prever medidas procesales favorables al consumidor individual, los considera procedimientos ordinarios, aunque con ciertas especialidades en materia de legitimación (art. 11 LEC), contenido de la sentencia (art. 221 LEC), efectos del proceso y alcance de la ejecución de la sentencia dictada (art. 222.3 LEC).

Una vez que termina el proceso, las dificultades para el consumidor individual continúan durante la ejecución de la sentencia firme obtenida a su favor en la defensa de sus derechos individuales en su calidad de consumidor. Ello es debido a que las reclamaciones individuales de los consumidores tampoco reciben por parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil trato especial en lo que se refiere a la ejecución de la sentencia, pues rige el principio de ejecución a instancia de parte. Como el órgano judicial no puede proceder de oficio a la ejecución de la sentencia firme —lo que, como es sabido, sucede con la ejecución en el orden social o penal—, será el consumidor individual quien tendrá que instar la ejecución a través de los complejos mecanismos que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, por ejemplo, el auto despachando ejecución exige la designación de bienes del demandado para su embargo y tales bienes pueden ser desconocidos por el consumidor o puede resultar más costosa su búsqueda a través de registros públicos que el propio importe de lo reclamado; de igual forma, son a cargo del ejecutante los costes que se vayan desarrollando en la ejecución —peritaciones, publicaciones—.

No hay que olvidar, además, que el consumidor, persona física que habitualmente cuenta con recursos económicos y conocimientos jurídicos limitados, ha de enfrentarse en una situación de indiscutible desigualdad al empresario o profesional, una persona jurídica con mayores recursos económicos y, con frecuencia, con servicios jurídicos propios³¹. Ello provoca que los derechos y garantías que las normas sustantivas reconocen a los consumidores a menudo queden privadas de una verdadera efectividad práctica.

Para evitar este indeseable resultado es necesario articular sistemas de tutela que permitan un acceso eficaz de los consumidores a la justicia en caso de lesión de sus derechos e intereses, más allá de los mecanismos extrajudiciales para la solución de controversias de consumo especialmente impulsados desde instancias europeas. De ahí la importancia de las acciones colectivas y del reconocimiento de legitimación activa a ciertas entidades, como es el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios, que en la

actualidad juegan un papel fundamental en el sistema jurídico español en la defensa procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios³².

El proceso colectivo puede ser definido como aquel mecanismo procesal que permite la tutela conjunta en un mismo procedimiento de los derechos e intereses generales de los consumidores, tanto de los denominados intereses supraindividuales, como de los derechos individuales plurales. Este proceso evita la multiplicación de procedimientos por pretensiones derivadas de una misma infracción y asegura soluciones homogéneas para situaciones fácticas que también lo son. Tal efecto práctico no solo aporta ventajas a los consumidores, sino también al propio demandado, que solo deberá afrontar un único proceso y no una sucesión interminable de procesos por una causa común. Como contrapartida, este demandado ya no gozará de una posición ventajosa procesalmente, como sucede cuando participa en procesos incoados por consumidores particulares.

Ahora bien, advierte un sector doctrinal que, cuando la acción sea interpuesta para la defensa de intereses pluriindividuales (como sucede en el caso de las acciones indemnizatorias colectivas), solo se puede hablar de acción colectiva de modo impropio³³. La repercusión pluriindividual derivada de la estimación de estas demandas —aunque sea conveniente para evitar pronunciamientos judiciales contradictorios o la reiteración de pretensiones homogéneas—, no comporta necesariamente su configuración como una auténtica acción colectiva, pues no se ejercita una única pretensión sino una pluralidad de pretensiones de forma cumulativa. Más que tratarse de una auténtica acción colectiva —dirigida a la protección de los intereses supraindividuales o grupales—, la acción indemnizatoria tutela de forma colectiva a una pluralidad de damnificados, es decir, se trata, en realidad, de una petición colectiva de tutelas individuales. Esta idea encuentra su apoyo en el considerando 3 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 —derogada recientemente por la Directiva 2020/1828—, según la cual, «*por intereses colectivos se entienden los intereses que no sean una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción*»³⁴. Por ello, entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ (2018, 79) defiende que, aunque la ley española no lo establezca de forma expresa, solo la acción de cesación ha de ser considerada propiamente una acción colectiva o una acción colectiva *stricto sensu*, por no implicar una mera acumulación de intereses o derechos individuales homogéneos o colectivizados.

Por el contrario, las acciones individuales de consumo —las interpuestas por un consumidor o varios de ellos actuando conjuntamente para su individual protección—, pese a estar contempladas y reguladas por las normas procesales españolas, alcanzan un protagonismo secundario como mecanismo de defensa procesal de los derechos e intereses de los consumi-

dores y usuarios. En otras palabras, como ya se advirtió, no es frecuente que el consumidor individual tome la iniciativa procesal en este ámbito debido fundamentalmente a los elevados costes y a la larga duración de los procesos (así lo reconoce, entre otras, la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]), salvo que se trate de asuntos de tal envergadura económica que compense el valor de lo que se puede obtener en el supuesto de vencer procesalmente.

En cualquier caso, aunque no hay duda de que nuestra legislación reconoce al consumidor aptitud para actuar procesalmente en defensa de sus pretensiones individuales, la doctrina le niega unánimemente legitimación para interponer acciones en defensa de intereses supraindividuales, ya que el bien jurídico lesionado pertenece al conjunto de los consumidores o un subsector³⁵. Ello explica que el artículo 54 TRLGDCU —precepto general que enumera los legitimados activamente para la interposición de la acción de cesación— omita cualquier referencia al consumidor individual como sujeto legitimado para la interposición de acciones colectivas de cesación, pues, como se dijo, el campo propio de actuación de las acciones de cesación es el de la protección de los intereses supraindividuales o grupales. En otras palabras, como las acciones de cesación persiguen la protección de los intereses supraindividuales o grupales —pues no existe un titular definido del bien jurídico lesionado—, el ordenamiento jurídico español rechaza, como regla general, las acciones individuales de cesación³⁶. Esta solución ha sido confirmada por diversos pronunciamientos de la denominada jurisprudencia menor³⁷.

Asimismo, el artículo 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite a los consumidores y usuarios a título individual intervenir en el proceso incoado tras la interposición de una acción colectiva de cesación. La razón de que no se permita la intervención del consumidor particular en estos procesos reside de nuevo en que, a través de la acción colectiva de cesación, se pretende la tutela de los intereses supraindividuales de los consumidores y no los que resulten de una mera acumulación de intereses particulares, como sucede en el caso de las acciones colectivas de daños, en las que tal personación, esta vez sí, se encuentra prevista legalmente³⁸.

Por el contrario, las acciones indemnizatorias no solo existen en su vertiente colectiva, sino que también pueden ser incoadas por cada concreto afectado por el hecho dañoso o varios de ellos actuando conjuntamente³⁹, aunque, en tal caso, la sentencia solo se pronunciará sobre las pretensiones de esos concretos consumidores, debido a la imposibilidad de que el consumidor individual interponga acciones indemnizatorias de carácter colectivo. Esto es, el consumidor individual carece de legitimación procesal para actuar en defensa de intereses pluriindividuales difusos o, tratándose de intereses

pluriindividuales colectivos, para actuar procesalmente en representación del grupo de afectados⁴⁰.

Por ello, cuando la acción sea interpuesta para la defensa de una serie de derechos individualizados y homogéneos, hay que ser cautelosos para no confundir la acción colectiva indemnizatoria con una mera acción agrupada del mismo tipo (la actuación conjunta de una pluralidad de individuos, todos ellos igualmente perjudicados por una misma conducta empresarial, a través del mecanismo de la acumulación de pretensiones/acciones)⁴¹. En esta última nos encontramos con un único procedimiento que sirve de cauce para que el tribunal competente conozca una pluralidad de pretensiones completamente individualizadas. La Ley de Enjuiciamiento Civil exige para este tipo de acumulación, además de otros requisitos, que entre las pretensiones acumuladas exista una conexión por razón del título o causa de pedir (art. 72.1 LEC), requisito que se entiende cumplido cuando las pretensiones se fundan en los mismos hechos. Esta conexión justifica el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas en un mismo procedimiento y evita la existencia de sentencias discordantes. Los diversos demandantes que deciden acumular las pretensiones procesales en el mismo procedimiento pueden actuar con su respectiva representación y defensa, o pueden optar por actuar con una única defensa o representación, que pueden encomendarla a una asociación de consumidores o a una entidad creada para la defensa de un interés específico. Pero en tal caso, como la asociación de consumidores no actúa con la legitimación propia para el ejercicio de una acción colectiva, solo podrán beneficiarse de la sentencia aquellos concretos sujetos que hayan interpuesto la acción.

Aunque, en principio, la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece un límite cuantitativo de pretensiones, no parece adecuado sobrecargar un procedimiento diseñado para conocer de una sola pretensión procesal, por lo que, como ya se ha señalado, cuando sean numerosos los sujetos necesitados de tutela o resulte compleja la determinación de los afectados, es más conveniente acudir al mecanismo procesal de la acción colectiva. A diferencia de lo que sucede en un procedimiento en el que se hayan acumulado pretensiones, cuando se interpone una acción colectiva de daños se formula una única pretensión procesal, aunque la sentencia estimatoria beneficiará a otros muchos consumidores y usuarios que se encuentren en las mismas circunstancias (sobre el contenido y la ejecución de la sentencia recaída en un proceso colectivo de daños véase el apartado IV de este trabajo). Como admite ARMENGOT VILAPLANA, tratándose de una acción colectiva, aunque pueda llegar a afectar a una pluralidad de personas, la parte actora «será la entidad *supraindividual* y no los sujetos individuales a los que alcanzará la tutela solicitada con esa pretensión»⁴².

En definitiva, pues, la doctrina rechaza mayoritariamente que un particular afectado pueda ejercitar una acción —tanto la de cesación como la indemnizatoria de daños y perjuicios— que luego despliegue eficacia de cosa juzgada sobre todo el grupo de afectados⁴³. Ello sin perjuicio de que, como ya se ha dicho, si la lesión de ese interés general —colectivo o difuso— afectara directamente, a su vez, al concreto consumidor, este contaría con legitimación individual para la defensa de sus derechos (por ejemplo, defendiendo su derecho individual a la indemnización o solicitando la no incorporación a su contrato de una cláusula no transparente o la nulidad de una cláusula abusiva), pero, en tal caso, no habría posibilidad de que la sentencia dictada a su favor pudiera extenderse a otros afectados, por tratarse de una acción individual.

IV. LAS ACCIONES COLECTIVAS INDEMNIZATORIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya se ha señalado, dentro del término de acciones colectivas se incluyen fundamentalmente las acciones de cesación en defensa de intereses generales y las acciones de indemnización de daños y perjuicios individuales pero plurales. Sin duda, estas dos son las pretensiones colectivas que gozan de mayor relevancia e implantación en la práctica judicial⁴⁴.

Ahora bien, como acertadamente ha apuntado la doctrina, en ocasiones, el daño causado a los intereses de los consumidores no puede repararse satisfactoriamente con la acción de cesación (que otorga una tutela preventiva) o con la condena dineraria que proporcionan las acciones indemnizatorias. Esta necesidad de una tutela judicial con más contenido resulta patente, entre otras, en materia de garantía en la venta de los bienes de consumo, donde el daño solo podrá corregirse a través de la realización por parte del empresario de determinadas pretensiones en positivo, como la reparación o la sustitución (piénsese, por ejemplo, en el *Dieseltgate* y los vehículos afectados). Por eso hay autores que consideran que la actual regulación de las acciones colectivas no tiene una finalidad excluyente y admiten pretensiones colectivas atípicas⁴⁵, cuyo contenido no se encuentra definido por ningún precepto específico, por no limitarse a solicitar la cesación en la conducta infractora o la indemnización de daños.

La admisibilidad de estos tipos de acciones colectivas diferentes a las tradicionales acciones de cesación y de indemnización, resulta ya indiscutible tras la entrada en vigor de la Directiva 2020/1828, que sustituye

el término de acción de indemnización por el más amplio de «acción de representación para obtener medidas resarcitorias», que incluyen, como expresamente reconoce el artículo 3, «*la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado*».

Debido a los límites del presente estudio, no vamos a analizar ni esas otras pretensiones colectivas atípicas a las que acabamos de hacer referencia, ni tampoco las acciones de cesación, —sin duda, la más importante categoría de acciones colectivas típicas—, cuya utilización por parte de asociaciones de consumidores y usuarios ha reportado relevantes y muy positivos resultados, como demuestra la práctica judicial española, sobre todo en el ámbito de los pequeños inversores y clientes bancarios. Solo señalaremos que, a diferencia de la acción de indemnización —que, como veremos, básicamente proporciona una tutela reparadora, ya que entra en funcionamiento cuando ya se han producido los daños— la acción de cesación tiene una innegable eficacia preventiva, pues intenta anticiparse y evitar los efectos lesivos de la actuación ilícita y, en el caso de que estos ya hayan empezado a producirse, trata de evitar que se agraven. En última instancia, la acción de cesación tiene como objeto poner fin a una conducta, actividad o práctica imputable a un empresario o profesional que sea contraria a la normativa protectora de los consumidores y usuarios y resulte potencialmente lesiva de los derechos o intereses legítimos de aquellos.

En cuanto a las acciones indemnizatorias colectivas (que la Ley de Enjuiciamiento Civil no denomina como tal en ningún momento) persiguen fundamentalmente la reparación económica, esto es, la obtención de una sentencia de condena al pago de una cantidad de dinero para tratar de reparar los daños masivos o perjuicios causados a un grupo más o menos numeroso de consumidores o usuarios derivados de un mismo hecho dañoso. Este sería el caso, por ejemplo, de las acciones interpuestas solicitando la indemnización por los daños derivados del consumo de un producto adulterado (el caso de los afectados por la intoxicación masiva derivada del consumo de aceite de colza desnaturalizado) o por la interrupción del servicio eléctrico o telefónico debido a un corte temporal en la prestación del servicio (a través de un descuento en la facturación del servicio o mediante abono en efectivo, como sucedió en el supuesto resuelto por la SAP de Madrid de 30 de enero de 2007 [AC 2007, 356]) o para la reparación de los daños materiales y morales sufridos por los usuarios de una autopista de peaje como consecuencia de haber quedado atrapados en la misma tras una fuerte nevada (caso de la STS de 15 de julio de 2010 [RJ 2010, 6049]).

Llegados a este punto, hay que advertir que el ordenamiento jurídico español exige para la viabilidad de una acción colectiva de daños que el

evento lesivo pluriindividual se produzca en el ámbito del Derecho del consumo (la protección del art. 11 LEC —como se verá, principal precepto que regula estas acciones— queda expresamente limitada a los consumidores y usuarios)⁴⁶. En definitiva, pues, la acción colectiva indemnizatoria prevista en nuestra legislación procesal se encamina a reparar el daño ocasionado a una pluralidad de consumidores. En estos casos, se admite el ejercicio de la acción colectiva cuando la responsabilidad surja de un mismo proceso productivo o de distribución de bienes o servicios, aunque la adquisición del bien o disfrute del servicio responda a relaciones jurídicas diferenciadas (por ejemplo, acción colectiva por daños masivos ocasionados por un producto defectuoso, que cada consumidor afectado adquirió de forma independiente).

Pero, además de en el ámbito del Derecho de consumo, existen otros campos en los que podrían producirse daños potencialmente masivos que, de momento, carecen de respuesta legal, tanto a nivel interno español como en el ámbito europeo, pues la reciente Directiva 2020/1828 sigue acogiendo únicamente acciones colectivas indemnizatorias para la protección de los consumidores (véase, entre otros, art. 9.1). Por ejemplo, en el caso de daños medioambientales (*v. gr.*, daños derivados de un vertido incontrolado), la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, otorga legitimación a la Administración española para requerir directamente al «operador» causante del daño la reparación o rehabilitación de los bienes naturales afectados, pero no contempla la posibilidad de interposición de una acción indemnizatoria colectiva, para la tutela de los intereses pluriindividuales perjudicados.

En definitiva, pues, la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (o, mejor dicho, la ausencia de regulación al respecto) parece excluir la posibilidad de acciones indemnizatorias colectivas en los supuestos en que la responsabilidad tenga un carácter extracontractual y más aún si el daño no resulta encuadrable en el ámbito de una relación de consumo. Ello explica que en el supuesto resuelto por la STS de 3 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 135), en un caso de responsabilidad extracontractual por lesiones causadas por contacto con el amianto, se optara por una acumulación de acciones de los afectados y se descartara la acción colectiva.

Pues bien, tras ocuparnos en páginas precedentes de ciertas nociones generales sobre la tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios y conceptuar las acciones colectivas indemnizatorias o de daños, a continuación analizaremos aspectos más procesales, como la enumeración de los diferentes legitimados activamente para la interposición de este tipo concreto de acciones colectivas, el desarrollo del proceso cuando se incoan estas acciones y, por último, la controvertida extensión subjetiva de la cosa juzgada.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS COLECTIVAS

El reconocimiento de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas a determinadas entidades y sujetos supone la atribución *ex lege* de legitimación representativa o por sustitución —la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de «singular legitimación»—, pues implica que se hagan valer en el proceso derechos e intereses cuya titularidad no pertenece al sujeto o entidad que solicita la tutela procesal, sino a los consumidores individuales personalmente afectados por la actividad lesiva (intereses pluriindividuales) o a la colectividad (intereses supraindividuales). Puesto que se trata de una excepción a la regla general, esta legitimación —que, como veremos, recae principalmente sobre determinadas organizaciones o entidades públicas que ostentan cierta representatividad— ha de ser expresamente atribuida por la ley.

La legitimación colectiva supone la superación de la doctrina del litisconsorcio activo necesario, pues cuando se pretenda la tutela en juicio de estos intereses colectivos, podrán actuar aquellos a los que las normas otorgan esta legitimación sin que se precise la concurrencia de todas las personas interesadas en la relación jurídica⁴⁷. Además, los legitimados para interponer acciones colectivas para la tutela o protección judicial de los intereses generales de los consumidores y usuarios podrán ejercitarlas sin necesidad de que medie el consentimiento o apoderamiento expreso de los afectados, que, en el ámbito del derecho de consumo, en algunos casos podría resultar imposible recabar.

En relación con esta cuestión, la principal característica del sistema español de acciones colectivas es la heterogeneidad o variedad de sujetos legitimados activamente, en función de los diversos textos legales que las contemplan (Ley de Enjuiciamiento Civil o Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y del tipo de acción colectiva de que se trate. Esto es, los legitimados para interponer acciones colectivas encaminadas a obtener la cesación de una determinada conducta (cuestión regulada fundamentalmente por el art. 54 TRLGDCU) solo coinciden parcialmente con los legitimados para interponer acciones colectivas de indemnización de los daños causados (materia regulada básicamente por el art. 11 LEC).

En esta materia, desempeña un papel fundamental el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, como intencionadamente indica su rúbrica, regula de forma genérica la «*legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*». Por ello, los párrafos primero, tercero y quinto enumeran tres tipos de legitimados que podrán interponer todo tipo de acciones colectivas (tanto acciones colectivas de daños, como

de cesación o de cualquier otro tipo): las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea habilitadas mediante su inclusión en la lista establecida con tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)⁴⁸ y el Ministerio Fiscal⁴⁹. Ahora bien, pronto comprobaremos que, mientras que las entidades de otros Estados miembros y el Ministerio Fiscal⁵⁰ gozan de legitimación para la defensa de intereses tanto colectivos como difusos, la definitiva legitimación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios dependerá de si se cumplen o no los requisitos suplementarios que exige para estas entidades el artículo 24 TRLGDCU. Dejo planteada de momento esta cuestión, que desarrollaré en las próximas páginas.

Pese a los generosos y extensivos términos con los que se pronuncia el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina ha señalado que los apartados segundo y tercero del mencionado precepto regulan exclusivamente la legitimación activa para la interposición de acciones indemnizatorias colectivas⁵¹. En el mismo sentido, la STC (Sala Segunda), 148/2016, de 19 de septiembre (RTC 2016\148), ha admitido expresamente que «*los apartados 2 y 3 del mismo artículo 11 de la Ley Enjuiciamiento Civil regulan el ejercicio de acciones colectivas para la reclamación de daños y perjuicios causados a una pluralidad de consumidores y usuarios*». Confirman esta doctrina jurisprudencial las posteriores SSTC 3/2017 (RTC 2017\3) y 4/2017 (RTC 4\2017), ambas de 16 de enero. El mencionado artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en cuya redacción influyó el recuerdo del «asunto de la colza»⁵²— dio carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a las acciones indemnizatorias colectivas en el ámbito del consumo que, hasta su promulgación, tenían un difícil encaje en el sistema jurídico, como lo demuestran los pronunciamientos judiciales contradictorios sobre su admisión con anterioridad a la entrada en vigor de la ley procesal⁵³.

Resulta llamativo que el legislador español iniciara la reglamentación de las acciones colectivas comenzando con la regulación de la tutela colectiva de los daños en masa, cuando este supuesto fue el último para el que se admitieron las *class actions* norteamericanas⁵⁴. De igual forma, a nivel de la Unión Europea, con anterioridad a la reciente Directiva 2020/1828 no fueron objeto de regulación las acciones colectivas indemnizatorias, lo que llevó a algunos autores a afirmar que se trataba de la asignatura pendiente del legislador comunitario⁵⁵.

No cabe duda tampoco de que los apartados segundo y tercero del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no regulan la defensa de intereses supraindividuales sino la de los denominados intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos, que en este caso están conectados por el perjuicio común experimentado por los afectados. En definitiva, lo que efectúa la norma es un tratamiento colectivo de derechos e intereses individuales.

Pasando a analizar estos apartados que —como se ha indicado, son los que recogen previsiones específicas en materia de legitimación procesal para la interposición de acciones colectivas indemnizatorias— hay que señalar que los párrafos segundo y tercero del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumeran un doble listado de legitimados para interponer acciones colectivas de daños, según que los perjudicados estén determinados o resulten fácilmente determinables (art. 11.2 LEC) o, por el contrario, sean una pluralidad indeterminada de consumidores o usuarios (art. 11.3 LEC). Veamos estos dos supuestos a continuación.

A) Legitimación procesal para la defensa de intereses colectivos

En el caso de que se trate de intereses colectivos en sentido estricto —esto es, cuando los perjudicados estén determinados o resulten fácilmente determinables—, el artículo 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede legitimación para la interposición de acciones colectivas de daños a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (exigencia que se deduce del primer párrafo del art. 11 LEC), a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados, es decir, a los simples grupos de personas que no se hayan constituido bajo la forma de una persona jurídica.

Comenzando por los grupos, aunque nada impide que puedan tener cierta vocación de permanencia, por lo regular se conformarán cuando se produzca el hecho dañoso, desapareciendo en cuanto hayan podido resarcirse⁵⁶. La exigencia de que se trate de afectados determinados o fácilmente determinables (reiterada por el art. 6.1.7.º LEC) restringe el ámbito de actuación de estos grupos a supuestos de limitado efecto colectivo. Aunque el legislador español no exige ningún requisito numérico para la constitución del grupo, requiere para demandar en grupo, que el grupo de consumidores y usuarios se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6.1.7.º LEC). Pesa sobre el grupo la carga de acreditar que se ha constituido con esa mayoría⁵⁷. Lo que no aclara la norma es qué se entiende por mayoría a estos efectos. Esta previsión, que trata de evitar el surgimiento de varios grupos menores que pleiteen en procesos distintos con idénticas causas de pedir (con el evidente peligro de que recaigan sentencias contradictorias), provocará inevitables complicaciones si el grupo de afectados es muy extenso⁵⁸. Asimismo, del tenor literal del precepto parece deducirse que los grupos de afectados podrán demandar, pero no ser demandados⁵⁹. La doctrina ha lamentado que el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuya legitimación únicamente a grupos de consumidores y usuarios, dejando fuera otros grupos igualmente nece-

sitados de protección (por ejemplo, en caso de daños masivos por roturas de presas o por vertidos contaminantes)⁶⁰.

Respecto a las entidades legalmente constituidas que tengan como fin la defensa de los intereses de los consumidores, parece que no han de ser asimiladas ni a las asociaciones de consumidores ni a los grupos de afectados, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia claramente estas tres categorías. El principal problema de este término es que no se sabe realmente a qué tipo de realidad se refiere el legislador. Debido a los contornos difusos de dicha expresión y ante la ausencia de concreción normativa, la doctrina y la jurisprudencia han asumido la ardua tarea de perfilar a qué entidades alude la norma. Para algunos, se trata esta de una expresión que carece de significado y, a lo sumo, podrían quedar incluidas las entidades europeas habilitadas de otros Estados miembros constituidas para la defensa de los consumidores y usuarios y que se encuentren incluidas en el listado publicado en el DOUE⁶¹. Para otros, la norma procesal alude a las entidades legalmente constituidas conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación (en adelante, LODA), cuyo objeto social no se circunscribe únicamente a la protección de los consumidores, como sucede, por ejemplo, con las asociaciones de vecinos⁶². MARÍN LÓPEZ (2001,8) considera que lo más verosímil es que el precepto se refiera a las cooperativas de consumidores y usuarios, que legalmente se asimilan a las asociaciones de esta clase. Por su parte, para LLAMAS POMBO (2009, 14, según pdf) el texto de la norma se refiere a entidades creadas conforme a la LODA *ad hoc* para el ejercicio de la acción, por quienes ya han sufrido un determinado daño. Esto fue lo que sucedió en el famoso caso de la talidomida, en el que AVITE (Asociación de Víctimas de la Talidomida) optó por un proceso representando a sus asociados (concretamente, a los que dispusieran de un informe médico que les reconociera como afectados), en un supuesto en el que los daños se insertaban en el ámbito del Derecho de consumo, pues derivaron de la comercialización de un medicamento recetado a embarazadas, que provocó el nacimiento de bebés enfermos. Ahora bien, el problema que suscita la interpretación propuesta por LLAMAS POMBO es que, en tal caso, no nos encontraríamos ante una auténtica acción colectiva, pues la eventual sentencia estimatoria que pudiera recaer solo afectará a aquellos asociados que resultaron afectados, que fueron representados procesalmente por la asociación.

Por último, quedaría por estudiar la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios «legalmente constituidas» para interponer acciones colectivas de daños sufridos por perjudicados determinados o fácilmente determinables (art. 11.2 LEC), aunque este supuesto lo analizaré después, al examinar los sujetos legitimados del apartado tercero (art. 11.3

LEC), pues, como veremos, el mencionado apartado enumera igualmente a las asociaciones de consumidores y usuarios entre las entidades legitimadas activamente para interponer las concretas acciones colectivas indemnizatorias a las que se refiere (como comprobaremos después, en defensa de intereses difusos).

B) *Legitimación procesal para la defensa de intereses difusos*

En el segundo caso, esto es, si los perjudicados fueran una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación, el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga legitimación para la interposición de acciones indemnizatorias colectivas en defensa de estos intereses difusos a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas, lo que implica, como veremos posteriormente, que no solo han de estar constituidas legalmente (como exige el art. 11.2 LEC para atribuirles legitimación procesal para la defensa de intereses colectivos), sino que, además, han de formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios (órgano de representación de las asociaciones de consumidores y usuarios ante la Administración estatal de consumo⁶³).

Las genéricas previsiones del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han de ser completadas con el artículo 24 TRLGDCU (precepto rubricado «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios»), *lex posterior* respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta especial atención que dedica el legislador a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios se explica por el gran protagonismo procesal que han alcanzado estas entidades, pues basta revisar los repertorios jurisprudenciales para constatar que la mayoría de las acciones colectivas son interpuestas en la práctica por las mismas. Ello justifica un análisis más pormenorizado y detallado de su legitimación activa.

Pues bien, el complejísimo artículo 24 TRLGDCU⁶⁴ clasifica las asociaciones de consumidores y usuarios en tres categorías distintas, a efectos de atribuirles diferente capacidad procesal para el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los consumidores y usuarios.

En primer lugar, el artículo 24 TRLGDCU condiciona la legitimación de estas asociaciones para la interposición de acciones en defensa de los intereses colectivos de los consumidores —esto es, cuando los perjudicados estén determinados o resulten fácilmente determinables— a que hayan sido constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones y, además, cumplan los requisitos específicos previstos en el Título II TRLGDCU (arts. 23 a 37) o en la normativa autonómica correspondiente, en el caso de una asociación de consumidores o usuarios de carácter intraautonómico. Tratándose

de una asociación de consumidores de ámbito estatal estos requisitos son: constitución legal, finalidad de defensa de los intereses de los consumidores, carecer de ánimo de lucro, cumplimiento de otros deberes (fundamentalmente, independencia y transparencia respecto de los operadores del mercado) e inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (o en el Registro autonómico correspondiente si la asociación se limita a desarrollar sus funciones en el ámbito territorial de una comunidad autónoma).

Se llega a esta solución tras realizar una interpretación *a contrario* del segundo párrafo del artículo 24 TRLGDCU, pues el primer párrafo conduce a la errónea conclusión de que las asociaciones que cumplan los requisitos específicos del Texto Refundido o de la normativa autonómica equivalente se encuentran legitimadas para defender todos los intereses generales de los consumidores y usuarios (tanto los colectivos como los difusos). La lectura conjunta de ambos párrafos (el primer y segundo párrafo del art. 24 TRLGDCU) demuestra que, pese a los amplios términos del primer párrafo del mencionado precepto, las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones y que, además, cumplan los requisitos específicos previstos en el título II TRLGDCU, no están legitimadas para la interposición de acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores (luego comprobaremos que, para ello, el precepto exige otro requisito complementario). Se presumirá *iuris tantum* que una asociación de consumidores cumple con los requisitos exigidos por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios si demuestra su inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios o el registro autonómico correspondiente, pues la inscripción en este Registro está supeditada a la verificación de que la asociación cumple con tales requisitos. Carece de consecuencias que después, una vez iniciado el proceso colectivo, pierdan de forma sobrevenida tal condición por cualquier circunstancia, pues, según un amplio sector doctrinal, opera la *perpetuatio legitimacionis* (así lo reconocen, entre otras, las SSTs de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088] y de 13 de octubre de 2014 [RJ 2014, 5594])⁶⁵.

Por tanto, la referencia del artículo 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores «legalmente constituidas» como legitimadas para la interposición de acciones colectivas de daños «colectivos», hay que entenderla en los términos del artículo 24 TRLGDCU, esto es, que se trate de asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos específicos del artículo 24 TRLGDCU. Evidentemente, aunque el precepto no lo especifique, estas asociaciones no solo están legitimadas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, sino que podrán igualmente defender los intereses de la propia asociación (legitimación ordinaria) y los de sus asociados (legitimación por sustitución o representación).

En el caso de que lo que se persiga sea actuar judicialmente en defensa de intereses difusos —es decir, si los perjudicados fueran una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación—, el artículo 24.2 TRLGDCU exige a las asociaciones de consumidores y usuarios para reconocerles legitimación procesal que, además de reunir los requisitos citados en el párrafo anterior, sean representativas a los efectos de lo prevenido en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, que cuando el conflicto «afecte fundamentalmente» (expresión utilizada por el art. 24.2 TRLGDCU) a más de una Comunidad Autónoma, formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios —regulado en el artículo 38 TRLGDCU— al tiempo de formular la demanda.

La razón que justifica que tanto el artículo 24 TRLGDCU como el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exijan este requisito complementario (que la asociación sea representativa) para que se otorgue legitimación a las asociaciones de consumidores que defiendan intereses difusos es, como veremos posteriormente, la mayor dificultad de personación al proceso con la que cuentan los consumidores individuales en estos casos, pues finalizado el plazo para ello desde la publicación de la admisión de la demanda, ya no puede volver a producirse hasta el momento de la sentencia *ex* artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recordemos que la posibilidad de personación de los consumidores individuales solo es contemplada por la ley procesal en los procedimientos derivados de la interposición de acciones indemnizatorias colectivas, pero no es admitida cuando se hubiera interpuesto una acción (colectiva) de cesación. Tampoco hay que olvidar los extraordinarios efectos que se atribuyen a la sentencia que pone fin a un procedimiento de estas características, —que serán analizados en el último apartado del presente trabajo—, que justifica igualmente la exigencia a las asociaciones de consumidores y usuarios de requisitos de legitimación activa suplementarios en estos casos.

Ahora bien, junto a las asociaciones de consumidores constituidas siguiendo las exigencias del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la práctica operan igualmente otras que han adquirido personalidad jurídica *ex* artículo 38 del Código Civil de acuerdo con la normativa general de asociaciones y cooperativas, cuyo objeto es la defensa y protección en exclusiva de los consumidores y usuarios y que, en consecuencia, han de reputarse igualmente asociaciones de consumidores y usuarios, pero a las que se les atribuye una legitimación procesal más limitada por no cumplir los requisitos complementarios exigidos por el título II del Texto Refundido (*v.gr.*, falta de transparencia o de independencia respecto de los operadores del mercado). De hecho, como expresamente admite el segundo párrafo del artículo 24.1 TRLGDCU, «*las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título*

o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, solo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores». Por tanto, de acuerdo con el artículo 24.1 TRLGDCU, las asociaciones de consumidores que no cumplan los específicos requisitos de constitución y funcionamiento del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tendrán limitada su legitimación procesal a la representación de sus asociados (grupos de afectados) y a la defensa de los intereses de la propia asociación (legitimación ordinaria que deriva de su calificación de persona jurídica) y no podrán ejercitar acciones colectivas⁶⁶.

Para que estas últimas asociaciones puedan ejercitar acciones en defensa de los intereses y derechos de sus asociados —esto es, de intereses y derechos de los que no es titular la asociación— será necesario que alguno de ellos se encuentre entre los afectados, pues, de lo contrario, no tendría sentido concederle esta legitimación por sustitución o representación. Además, deberán identificar en la demanda los asociados a los que se está representando. Aunque la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (el precedente normativo del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) exigía para ello que las asociaciones recabaran el consentimiento de sus asociados, el actual Texto Refundido parece otorgarles esta facultad sin más requisitos, afirmándose que se trata de una legitimación extraordinaria o indirecta representativa basada en la ausencia de desautorización expresa⁶⁷. De todas formas, en la práctica resultará difícil que la asociación de consumidores y usuarios pueda interponer acciones al margen de la voluntad de los consumidores, pues necesitará su colaboración a efectos de prueba y alegaciones fácticas⁶⁸. Ejemplo de esta legitimación por sustitución prevista en el artículo 24.1 TRLGDCU es, entre otros, el caso resuelto por la SAP de Asturias de 12 de junio de 2006 (AC 2006, 1031), que admitió la legitimación de la Unión Cívica de Consumidores del Principado de Asturias para actuar en nombre de ocho de sus asociados ante el incumplimiento de un contrato de viaje combinado. A diferencia de lo que hubiera sucedido si se tratara de una auténtica acción colectiva, la solución de la sentencia no afectó a todos aquellos consumidores o usuarios que contrataron el viaje combinado, sino únicamente a los asociados que resultaron perjudicados.

V. DESARROLLO DEL PROCESO CIVIL CUANDO SE EJERCITAN ACCIONES COLECTIVAS INDEMNIZATORIAS

Pese a los avances en la materia que implicó la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este cuerpo normativo sigue contemplando un proceso

individual que no resulta adecuado para la defensa de los intereses supra-individuales y/o pluriindividuales. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no regula los procesos colectivos de forma sistemática a través de un proceso autónomo y especial para ventilar este tipo de acciones, sino que optó por adaptar la normativa procesal existente añadiendo disposiciones y reglas específicas que regularan las materias procesales más afectadas por el carácter colectivo de las acciones —legitimación, la extensión y límites subjetivos de la cosa juzgada, etc.—, que se encuentran diseminadas en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello ha dado lugar al surgimiento en este ámbito a lo que se conoce como «procesos ordinarios con especialidades». En consecuencia, los procesos colectivos se tramitarán por el cauce del procedimiento declarativo que corresponda en virtud de su cuantía (juicio ordinario —si la cuantía es mayor a 6000 euros— o juicio verbal —si la cuantía es inferior a la mencionada cantidad—). Tratándose de acciones indemnizatorias colectivas, como por regla general la cuantía de los daños experimentados por el colectivo de consumidores y usuarios superará los 6000 euros, serán tramitadas habitualmente por los cauces del juicio ordinario. En cuanto a la competencia objetiva, la competencia para conocer de las acciones colectivas corresponde al juzgado de primera instancia, salvo que la ley establezca específicamente lo contrario (art. 45 LEC).

En otro orden de consideraciones, como los procesos colectivos promovidos en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios pueden terminar afectando a numerosos sujetos, el legislador ha previsto en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil unos mecanismos procesales para otorgar una publicidad inicial al proceso, con el objeto de que los posibles consumidores afectados tengan conocimiento de la existencia y pendencia de aquel. De esta forma, podrán decidir si intervienen o no como demandantes a título individual para que se solventen sus propios intereses legítimos y directos, obteniendo una sentencia con un pronunciamiento individualizado sobre su posición jurídica (consiguiendo, por ejemplo, una cuantía indemnizatoria más elevada al realizar otras alegaciones o proponer otras pruebas). Como se indicó con anterioridad, esta posibilidad solo es factible en las demandas indemnizatorias colectivas⁶⁹, pero no cuando se trate de acciones de cesación, lo que explica que el artículo 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluya para estas últimas acciones el trámite de publicidad que se explicará a continuación y que tiene como finalidad realizar un llamamiento público masivo a los eventuales perjudicados individuales.

Este llamamiento deja patente el deseo del legislador de que, iniciado un proceso por el ejercicio de una acción indemnizatoria colectiva, se ventilen en él todas las reclamaciones relacionadas con ese hecho dañoso, pues el consumidor individual está legitimado para interponer una demanda en solicitud de una indemnización al margen del proceso colectivo.

En concreto, el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un llamamiento colectivo al proceso a quienes reúnan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al litigio, mediante la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos e intereses de los consumidores. El demandante será el que asuma los costes de esta publicación. Pero, además, cuando se trate de un proceso colectivo en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso (esto es, cuando se trate de intereses colectivos en sentido estricto), el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige igualmente que el demandante o demandantes comuniquen previamente la intención de interponer la demanda a todos los interesados, antes de su presentación. Esta exigencia de comunicación previa individualizada de la demanda demuestra, según la doctrina, que el legislador piensa en grupos determinados o determinables pequeños, que son los que plantean menos problemas procesales⁷⁰; en grupos muy numerosos, se trata de un requisito que puede llegar a obstaculizar el acceso a la justicia de los afectados⁷¹. Tras este llamamiento colectivo, añade el mencionado artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los consumidores individuales que lo deseen podrán incorporarse al proceso en cualquier momento, pero solo podrán realizar los actos procesales que no hubieran precluido. Por tanto, cuanto más tarden en comparecer, más actos procesales habrán precluido sin posibilidad de volver atrás en el procedimiento. En el supuesto de que el consumidor individual finalmente se persone, lo hará en ejercicio de una pretensión individual de los daños que haya padecido, ventilándose en un mismo procedimiento ambas acciones indemnizatorias, la colectiva y la individual. No se puede ignorar que, en el caso de que la intervención de consumidores individuales fuera masiva, ello ralentizará y dificultará la tramitación del proceso colectivo.

En el caso de intereses difusos (es decir, cuando el grupo de individuos afectados por la conducta del empresario sea extraordinariamente amplio o resulte imposible concretar), como no ha existido aviso previo a los consumidores afectados de la intención de iniciar el proceso, la publicación de la admisión de la demanda en los medios de comunicación suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses. El plazo de suspensión se modulará en función de la dificultad en determinar y localizar a los perjudicados. Durante este periodo de tiempo los consumidores que lo deseen deberán solicitar al tribunal su intervención. Agotado el mencionado plazo de suspensión, el proceso se reanudará con la intervención de todos los consumidores que hayan acudido al llamamiento, sin que se admita la personación individual de consumidores en un momento posterior. De acuerdo con el artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad

de personación queda limitada con posterioridad exclusivamente a la fase de ejecución de la sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que analizaremos en el último apartado del presente trabajo.

En las pretensiones (colectivas) de cesación, que, como ya se ha indicado, constituyen pretensiones prototípicas en defensa de los intereses supraindividuales de los consumidores, el dato sobre la determinación o indeterminación de los afectados no influye en absoluto en la tramitación del procedimiento. Como acabamos de ver, la situación es muy diferente con las acciones colectivas de daños (pretensiones específicamente destinadas para la defensa de intereses pluriindividuales), en las que se hace depender del grado de determinación de los afectados tanto el elenco de legitimados para instar su tutela, como el sistema de publicidad e intervención e, igualmente, la delimitación del contenido de la sentencia y su ejecución⁷².

También hay que señalar que, en los procesos civiles en los que se ejercitan acciones colectivas, resultan necesarias o muy convenientes la adopción de medidas cautelares, para evitar que las actuaciones del demandado durante la sustanciación del proceso pongan en peligro la sentencia estimatoria que eventualmente pudiera dictarse. El contenido de la medida cautelar dependerá del tipo de tutela colectiva solicitada (véase art. 727 LEC).

VI. EL CONTENIDO Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN UN PROCESO COLECTIVO DE DAÑOS. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA COSA JUZGADA

Resulta incontestable que el alcance de la cosa juzgada constituye uno de los aspectos cruciales sobre el que se asienta cualquier sistema de acciones colectivas. En el sistema jurídico español, la determinación del alcance de la sentencia recaída en un proceso colectivo es una de las cuestiones que más debate y controversia doctrinal ha suscitado, ya que la legislación procesal ha optado por un modelo híbrido o *sui generis*, que no encuentra fácil acomodo en el llamado modelo *opt-in* ni en el modelo *opt-out*⁷³.

En el primero, propio del sistema de acciones colectivas de la Unión Europea, la sentencia recaída en el proceso únicamente afectará a aquellos que hayan decidido formar parte de este mediante consentimiento expreso (*ab initio* o mediante adhesión posterior). *A contrario sensu*, todos los perjudicados que no se hayan pronunciado de modo explícito sobre su adhesión podrán iniciar con posterioridad un proceso individual en defensa de su derecho particular. Por el contrario, en el modelo *opt-out* (propio de las *class actions* norteamericanas), la sentencia tendrá una eficacia *erga omnes*, excepto respecto a aquellos que hayan manifestado su voluntad expresa de

reservar su pretensión para una tutela individual posterior. Tan solo estos últimos podrán promover un proceso individual sin verse vinculados por los efectos de la cosa juzgada.

En nuestro ordenamiento jurídico, los efectos de la sentencia dictada en un procedimiento derivado de una acción colectiva se encuentran regulados por los artículos 221 y 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos cuyo tenor literal resulta difícil conciliar y coordinar⁷⁴, por lo que se ha llegado a apuntar que entre ambos existe una patente antinomia normativa⁷⁵. De hecho, para algunos autores, estos preceptos son los más controvertidos de los pocos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a esta materia⁷⁶.

Por lo que respecta al artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, surge la cuestión sobre si el precepto se circunscribe únicamente a las sentencias recaídas en procesos colectivos incoados por asociaciones de consumidores y usuarios —pues su tenor literal se refiere expresamente a las mismas— o también cabe la aplicación a las restantes entidades legitimadas y a los grupos de afectados. Aunque la doctrina está dividida, ha de rechazarse la interpretación literal del precepto, pues todo parece indicar que la ausencia de mención se debe a un olvido injustificado, aunque involuntario del legislador⁷⁷. De lo que no cabe duda es de que la mencionada norma no tiene aplicación si la asociación de consumidores se limita a actuar como representante de sus asociados afectados y no en la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores o si litiga en defensa de sus propios intereses o derechos corporativos.

Hecha la aclaración anterior, hay que señalar que el mencionado precepto plantea diferentes efectos según el tipo de acción ejercitada y el objeto del proceso. En primer lugar, la norma distingue entre las sentencias de condena de cualquier tipo (de carácter dinerario, de hacer, de no hacer o de dar cosa específica o genérica) y las que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, declaren la ilicitud de una actividad o conducta.

Si la acción colectiva tuviera naturaleza condenatoria existen dos alternativas. Es posible, en primer lugar, que la condena sea abstracta o genérica —esto es, desvinculada de los daños específicos que los concretos consumidores o usuarios hayan podido sufrir como consecuencia de la conducta ilícita— sin que resulte necesario realizar más precisiones (por ejemplo, cesar en una campaña publicitaria ilegal o rectificar una publicidad ilícita mediante la difusión de publicidad correctora). En este caso lo único que se pretende es depurar el mercado de las conductas ilícitas que lesionan los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. En estos supuestos, como lo que se tutelan son intereses supraindividuales, si el ente legitimado (*v. gr.*, el Ministerio Fiscal) ejercita la pretensión de cese y, tomando el ejemplo antes citado, la publicidad declarada engañosa deja de emitirse,

reconoce SANDE MAYO (2019, 57) que no cabrá el ejercicio de pretensiones ulteriores en relación con el mismo objeto, pues su ejercicio por uno de los legitimados agota el ejercicio de la acción.

Pero, además, también puede suceder, que la sentencia deba beneficiar de modo directo a consumidores y usuarios concretos, como sucede con las acciones colectivas objeto del presente estudio, esto es, las acciones colectivas indemnizatorias o de daños. Pues bien, en este supuesto, tratándose de una sentencia de condena recaída en procesos sobre intereses colectivos *stricto sensu* (esto es, cuando resulte factible la determinación individual de todos los afectados o perjudicados mediante una lista exhaustiva), la resolución judicial deberá determinar e identificar individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiarios de la condena (art. 221.1.1.^a LEC). Pero, además, deberá concretarse con la mayor precisión posible el perjuicio de cada uno de los afectados en función de las pruebas practicadas en las actuaciones. Estos consumidores determinados individualmente podrán incoar el procedimiento de ejecución forzosa siguiendo los trámites ordinarios (procedimiento previsto en los arts. 538 y sigs. LEC). En este caso, en realidad, la sentencia solo tiene efectos frente al listado de perjudicados que ya estaba determinado antes de la interposición de la demanda, sin que se plantee problema alguno de extensión de efectos, pues la sentencia ya abarca a todos los posibles sujetos afectados.

Cuando la determinación individual de los afectados no sea posible (en el supuesto de que se hayan interpuesto acciones para la defensa de intereses difusos, como sucedió en el caso resuelto por la STS de 15 de julio de 2010 [RJ 2010, 6049], en el que una asociación representativa solicitó una indemnización para aquellos consumidores que habían sufrido retenciones en la autopista por las fuertes nevadas), indica el precepto que «*la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella*». Por tanto, se procederá a fijar las bases de cálculo o ejecución en la propia sentencia y en fase de ejecución se concretará el alcance de la condena para cada afectado. La norma, pues, prevé ejecuciones masivas en las que podrá participar todo consumidor que se considere incluido en la categoría definida por la sentencia. A diferencia del caso anterior, esta acción de daños alcanza una dimensión colectiva por su transcendencia social, ya que son incontables los consumidores que han resultado afectados por el hecho dañoso. De esta forma, aquel consumidor que se considere incluido en la categoría definida por la sentencia tendrá derecho a obtener la prestación del empresario condenado, aunque no haya sido parte del procedimiento, siempre que solicite la correspondiente ejecución en su favor de la sentencia condenatoria. Para ello, deberá acreditar previamente que reúne los requisitos exigidos por la sentencia para poder ser beneficiario de la misma. El mecanismo procesal

previsto para que el tribunal pueda comprobar, de forma personalizada, si un sujeto concreto es beneficiario de la sentencia se encuentra regulado por el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La finalidad del incidente de rápida tramitación previsto en el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la obtención de un título ejecutivo que concrete e individualice cada uno de los consumidores afectados, reconociéndoles el derecho a instar la ejecución frente al demandado condenado.

Por ejemplo, en el mencionado caso de retención de vehículos en una autopista debido a las fuertes nevadas, para beneficiarse de la condena tuvieron que personarse en fase de liquidación todos los consumidores y usuarios acreditando estar en posesión de los datos, títulos y documentos que probaran su presencia en la autopista en cuestión el día 27 de febrero entre las 16 horas y el momento de su cierre oficial (mediante la aportación de los billetes de autobús, la tarjeta de peaje o justificante de pago, etc.). Tal beneficio no resultó extensible a otros posibles afectados no consumidores, que si pretendían el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos se vieron abocados a entablar otro proceso declarativo⁷⁸.

En definitiva, pues, los artículos 221.1.1.^a y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen los mecanismos necesarios para concretar e individualizar ese colectivo inicialmente indeterminado de personas. De acuerdo con los preceptos citados, se puede afirmar que, salvo que la demandada opte por restituir las cantidades voluntariamente, resultará necesario incoar una pluralidad de procesos de ejecución, por lo que, como reconoce GAS-CÓN INCHAUSTI (2011, cita en epígrafe 4), *«las ventajas que la litigación colectiva ofrece en vía declarativa se desvanecen (...) en ejecución forzosa»*.

La doctrina critica también que la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevea un mecanismo de publicidad suplementario de las sentencias recaídas en estos procesos para que los beneficiados por la condena y que no hayan comparecido en el proceso puedan solicitar el reconocimiento de su condición de interesado⁷⁹. No se estima suficiente el recogido en el anteriormente mencionado artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no es lo mismo ofrecer la participación en un proceso que no se sabe cómo va a finalizar, a que se informe en fase de ejecución de la posibilidad de intervenir beneficiándose del fallo favorable ya recaído. Tampoco lo es la previsión al respecto del artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que condena a la publicación de la sentencia, pues el precepto solo prevé esta medida cuando la sentencia sea estimatoria de una acción de cesación, sin que resulte extrapolable a las condenas resarcitorias.

Llegados a este punto hay que recordar que, como ya se indicó, si en el proceso colectivo se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia deberá pronunciarse específicamente sobre sus pretensiones (art. 221.1.3.^a LEC). Esta regla no supone ningún tipo de especialidad,

puesto que, en cualquier caso de intervención, la entrada del tercero hasta entonces ajeno al proceso le va a convertir en parte y, en consecuencia, la sentencia habrá de contener pronunciamientos relativos a sus pretensiones. Por ejemplo, en el mencionado caso de la retención de vehículos por una nevada de la STS de 15 de julio de 2010 (*RJ* 2010,6049), en la que no se produjo la personación de consumidores concretos, podría haber obtenido una indemnización superior quien se hubiera personado y hubiera acreditado un mayor daño moral, como sería el caso de quien, por ejemplo, llegó tarde a su boda o no logró llegar al entierro de un familiar cercano.

Cuando la identificación de los consumidores afectados beneficiarios de la condena resulte absolutamente inviable (como sucedió, por ejemplo, con el conocido caso norteamericano de los abusos en los cobros realizados por las gasolineras), no existe la posibilidad reconocida en otros ordenamientos de ejercer pretensiones de condena dineraria genérica (solicitudes de condena que no tengan sujetos particulares detrás), esto es, de establecer un fondo en el que ingresar las cantidades obtenidas por la condena y no entregadas finalmente a los consumidores, dirigido a sufragar proyectos dedicados a la protección de los consumidores y usuarios. Para algunos autores, estamos en presencia de una relevante laguna que debería suplirse de *lege ferenda*⁸⁰.

Si, por el contrario, la acción colectiva fuera declarativa de ilicitud (art. 221.1.2.^a LEC) (por ejemplo, en el supuesto de una publicidad ilícita), tanto en el caso de una acción accesoria acumulada como de una acción principal, la sentencia deberá concretar si repercute solo sobre los afectados representados por los actores —quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente— o si alcanza a todos los afectados, lo que puede suponer extender los efectos de la cosa juzgada a personas que no hayan sido parte en el proceso. Por tanto, el precepto que, en su primer apartado (art. 221.1.1.^a LEC), se encarga de determinar los consumidores que están legitimados para ejecutar en su favor la sentencia condenatoria derivada de la interposición de una acción colectiva indemnizatoria, pasa en este segundo apartado (art. 221.1.2.^a LEC) a pronunciarse sobre un tema diferente y del que se ocupa el posterior artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, este apartado aborda la extensión de efectos de ciertas resoluciones: las sentencias estimatorias recaídas como consecuencia de una acción declarativa de ilicitud. En estos casos, el rechazo a admitir efectos extensivos automáticos de la sentencia declarativa de nulidad, más que por causas procesales, se debe a razones puramente sustantivas, pues cualquier declaración de ilicitud exige ineludiblemente el análisis de las circunstancias concretas del caso, lo que impide la automática extrapolación del fallo judicial a otros supuestos. Por ello, algunos autores consideran que este segundo apartado del artículo 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no resulta aplicable a las acciones colectivas indemnizatorias⁸¹.

Por tanto, tratándose de acciones declarativas de ilicitud, como ha señalado expresamente la STS de 17 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 5407), este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en los que la propia sentencia lo determine. Como reconoció la STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702), la eficacia de cosa juzgada material del artículo 221.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil «*no se produce ipso iure, sino que requiere de apreciación ad hoc*». En definitiva, pues, la doctrina jurisprudencial parece exigir un pronunciamiento expreso en la sentencia acerca de su eficacia o extensión subjetiva *ultra partes*.

Resumamos. En primer lugar, el artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concreta quiénes pueden beneficiarse de la sentencia condenatoria recaída en un procedimiento colectivo y, en consecuencia, pueden ejecutarla en su favor; esto es, contempla la ejecución de las acciones colectivas indemnizatorias (art. 221.1.1.^a LEC). El segundo supuesto previsto es el del artículo 221.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se introduce ya en la cuestión de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, pero solo respecto a aquellas sentencias declarativas de ilicitud y solo cuando se trate de efectos beneficiosos.

Pero las anteriores previsiones del artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han de combinarse con las recogidas en el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula expresamente la extensión subjetiva de la cosa juzgada material, esto es, los efectos que la sentencia pueda tener en posteriores procesos con idéntico objeto o *causa petendi*, pero incoados por sujetos diferentes. En concreto, el mencionado precepto aclara si, cuando recaiga una sentencia en un proceso colectivo, otros sujetos (los consumidores o usuarios no litigantes pero interesados en aquel proceso) podrán con posterioridad iniciar procedimientos con la misma causa de pedir. Ahora bien, respecto a las acciones declarativas de ilicitud, ya hemos advertido que se trata de una cuestión resuelta específicamente por el precedente artículo 221.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, la única interpretación de las dos normas para evitar posibles solapamientos o contradicciones entre sus respectivos tenores literales pasaría por considerar que las previsiones del genérico artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que lleva el título «Cosa juzgada material» y cuyo apartado tercero se refiere al caso concreto de las demandas colectivas en el ámbito del Derecho de consumo) quedan circunscritas a los dos principales tipos de acciones colectivas: las indemnizatorias y las de cesación.

Pues bien, según el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cosa juzgada afectará no solo a las partes del proceso en que se dicte, sino también «*a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes*» conforme a lo previsto en el artículo 11 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, según el mencionado precepto, la resolución firme que recaiga en un proceso que traiga causa del ejercicio de una acción colectiva producirá efectos de cosa juzgada no solo sobre los litigantes concretos, sino también respecto de todos los consumidores que se hayan visto afectados por el hecho dañoso que motivó el ejercicio de la acción y que no hubieran comparecido personalmente. Este precepto viene a confirmar, pues, que la acción colectiva constituye un mecanismo de extraordinaria repercusión. En consecuencia, tras la resolución judicial, el resto de los consumidores afectados, en principio, ya no podrán incoar procesos a título individual sobre ese mismo asunto, con independencia de que se trate de una sentencia estimatoria o absolutoria⁸².

Sin embargo, esta eficacia preclusiva *erga omnes* de las sentencias respecto a los consumidores individuales ha sido puesta en duda por un relevante sector doctrinal y por diversas sentencias⁸³. Este sector doctrinal considera que, si uno o varios afectados no han comparecido en el proceso y no han podido defender sus derechos e intereses personales, podría provocar indefensión (esto es, la contravención del art. 24 CE) obligarles a asumir la sentencia desfavorable recaída en un proceso iniciado por una asociación, aunque fuera representativa⁸⁴. Así, ha de recordarse que la puesta en conocimiento de los afectados de la pendencia del proceso y la posibilidad de intervención de particulares solo es contemplada por la ley procesal española en el supuesto de acciones indemnizatorias, pero no respecto a las acciones de cesación, el paradigma de las acciones colectivas. Incluso en el caso de las acciones indemnizatorias colectivas, si la identificación de los afectados resultara inviable, las medidas de publicidad y llamamiento al proceso no siempre garantizarán que el consumidor tenga conocimiento de ese proceso pues, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, en estos casos se omitirá el trámite consistente en comunicar previamente a todos los interesados el propósito de presentar la demanda y, por tanto, quedan muy limitadas las oportunidades para intervenir en el proceso (finalizado el plazo de personación desde la publicación de la admisión de la demanda, ya no puede volver a producirse hasta el momento de la sentencia *ex* art. 15.3 LEC). Ha de tenerse en cuenta, además, que la actual regulación no prevé ningún mecanismo de autoexclusión del proceso ni de reserva de la pretensión individual para una tutela posterior⁸⁵.

Las dudas doctrinales al respecto son propiciadas por la regulación procesal, que se expresa en términos confusos e incluso contradictorios. Por ejemplo, el artículo 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con las sentencias condenatorias (*v. gr.*, acción colectiva de daños), especifica que la sentencia determinará los sujetos que «*han de entenderse beneficiados por la condena*», lo que podría hacer pensar que la norma permite la extensión de efectos cuando sean beneficiosos, pero no en caso contrario; esto es,

que la sentencia desestimatoria solo tendrá eficacia «inter partes» (efectos *secundum eventum litis*)⁸⁶. Sin embargo, posteriormente el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, como se ha dicho, es el precepto que realmente concreta los sujetos que se verán afectados por la cosa juzgada, opera tanto con sentencias estimatorias como desestimatorias, como específica el apartado primero de la citada norma, que consagra una extensión *ultra partes* incondicionada de la sentencia⁸⁷.

La jurisprudencia, lejos de aclarar la cuestión, ha contribuido a acrecentar el embrollo legislativo. Así, cabe destacar la STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509), que, tras admitir que la «*eficacia ultra partes de las sentencias dictadas en los litigios en que se ejercitan estas acciones colectivas es problemática*», reconoció *obiter dicta* que solo los «*pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir*».

El principal efecto de tal confusión doctrinal y jurisprudencial es que los órganos jurisdiccionales pueden acabar enfrentándose a un goteo de reclamaciones de carácter prácticamente idéntico que se derivan de un mismo hecho imputable a la misma empresa, lo que no resulta coherente con la economía procesal que se pretende conseguir con estas acciones y, en consecuencia, conduce a cuestionar la propia eficacia de la acción colectiva como mecanismo dirigido a evitar la proliferación de procesos en serie⁸⁸.

VII. CONCLUSIONES

I. Aunque la acción de cesación constituye, sin duda, el prototipo y la más importante categoría de acciones colectivas, no goza en nuestro ordenamiento del mismo desarrollo normativo que las acciones colectivas de daños. El recuerdo del caso de la intoxicación alimentaria como consecuencia de la distribución masiva e ingesta del aceite de colza —muy presente durante la tramitación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, justifica la gran atención que dedica el legislador español a estas acciones.

II. Un correcto entendimiento de la materia exige distinguir y coordinar ciertas categorías conceptuales de las que parte la doctrina procesalista española: los intereses supraindividuales, los intereses pluriindividuales, los intereses colectivos y los intereses difusos. El ámbito propio de actuación de las acciones de cesación es la defensa de los intereses supraindividuales, mientras que las acciones indemnizatorias colectivas persiguen principalmente la protección de los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos. En el presente trabajo se parte, además, de que el interés supra-

individual solo puede ser difuso pues, por definición, resulta imposible determinar el colectivo afectado. Por el contrario, los intereses pluriindividuales serán colectivos por regla general, salvo en los supuestos de daños masivos, pues en tales circunstancias la concreción e identificación de los individuos potencialmente afectados resulta irrealizable *a priori*, lo que convierte a la acción colectiva en el instrumento procesal más idóneo para su defensa.

III. Aunque no cabe duda de que el consumidor individual goza de legitimación activa para actuar procesalmente en defensa de sus pretensiones individuales, la doctrina le niega legitimación para interponer acciones en defensa de intereses supraindividuales, ya que el bien jurídico lesionado pertenece al conjunto de los consumidores o a un subsector. Esta posición doctrinal ha sido ratificada por nuestro ordenamiento, que rechaza las acciones individuales de cesación y que tampoco permite a los consumidores intervenir a título individual en el proceso colectivo de cesación incoado por un ente legitimado para ello.

IV. Las acciones indemnizatorias no solo existen en su vertiente colectiva, sino que también pueden ser incoadas por cada concreto afectado por el hecho dañoso o por varios de ellos actuando conjuntamente. En tal caso, la sentencia solo se pronunciará sobre las pretensiones de esos concretos consumidores, sin que pueda desplegar eficacia de cosa juzgada sobre todo el grupo de afectados. Ahora bien, en los casos de daños masivos, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevea la acumulación de pretensiones y no establezca un límite cuantitativo de pretensiones para tal supuesto, no parece adecuado sobrecargar un procedimiento diseñado para conocer de una sola pretensión procesal.

V. El consumidor individual carece de legitimación procesal para actuar en defensa de intereses pluriindividuales difusos (por ejemplo, en el caso de envenenamiento masivo por el consumo de un producto adulterado) o, tratándose de intereses pluriindividuales colectivos (por ejemplo, la cancelación de un vuelo por causas que se encuentran en el ámbito de control de la compañía aérea), para actuar procesalmente en representación del grupo de afectados. A diferencia de lo que sucede en un procedimiento en el que se acumulan pretensiones, cuando se interponga una acción colectiva de daños, aunque se formula una única pretensión procesal, la sentencia estimatoria beneficiará a muchos otros consumidores y usuarios que se encuentren en las mismas circunstancias.

VI. Las acciones colectivas de daños —que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no denomina como tal en ningún momento— persiguen la reparación económica, esto es, la obtención de una sentencia de condena al pago de una cantidad de dinero para tratar de reparar los daños masivos o perjuicios causados a un grupo más o menos numeroso de consumidores o usuarios derivados de un mismo hecho dañoso. Ahora bien, el ordenamiento

jurídico español exige para la viabilidad de una acción colectiva de daños que el evento lesivo pluriindividual se produzca en el ámbito del derecho de consumo. Aquellos daños —incluso los potencialmente masivos— que no resulten encuadrables o deriven de una relación de consumo (por ejemplo, daños medioambientales derivados de un vertido incontrolado), de momento, no pueden ser reparados a través de acciones indemnizatorias colectivas.

VII. Los legitimados para la interposición de acciones indemnizatorias colectivas se encuentran previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que recoge un doble listado, según que los perjudicados estén determinados o resulten fácilmente determinables (art. 11.2 LEC) o, por el contrario, sean una pluralidad indeterminada de consumidores o usuarios (art. 11.3 LEC). Esta norma dio carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a esta clase de acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo pues, hasta su promulgación, encontraban un difícil encaje en nuestro sistema jurídico.

VIII. Entre los entes legitimados activamente para la interposición de acciones colectivas, el legislador dedica una atención especial a las asociaciones de consumidores y usuarios por el indudable protagonismo procesal que han alcanzado estas entidades, ya que la mayoría de las acciones colectivas son interpuestas en la práctica por las mismas.

IX. El art. 221.1.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la ejecución de las acciones colectivas indemnizatorias. Tratándose de una sentencia de condena recaída en procesos sobre intereses colectivos *stricto sensu*, la resolución judicial deberá identificar individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiarios de la condena. De igual forma, deberá concretar con precisión el perjuicio de cada uno de los afectados en función de las pruebas practicadas en las actuaciones. En este caso no llega a plantearse un problema de extensión de efectos de la sentencia, pues aquella solo produce efectos frente al listado de perjudicados que ya estaba determinado antes de la interposición de la demanda.

Cuando la determinación individual de los damnificados no sea posible, el art. 221.1.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé ejecuciones masivas: en la sentencia se fijarán los datos, características y requisitos necesarios para poder ejecutarla y en fase de ejecución se concretará el alcance de la condena para cada afectado. Aquel consumidor que se considere incluido en la categoría definida por la sentencia tendrá derecho a obtener la prestación del empresario condenado, aunque no haya sido parte del procedimiento, siempre que solicite la ejecución en su favor de la sentencia condenatoria.

X. Si en el proceso colectivo se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia deberá pronunciarse específicamente sobre sus pretensiones *ex* artículo 221.1.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

XI. Pese a que el progresivo reconocimiento legal de las acciones colectivas ha supuesto un claro avance en la materia que nos ocupa, la doctrina admite unánimemente que la dispersa, confusa e incompleta regulación procesal vigente —que se ha visto claramente desbordada por la praxis— presenta numerosas lagunas, imprecisiones, deficiencias y contradicciones, lo que aconsejaría una intensa revisión y reforma legal de la materia para adaptarla a las necesidades de estos nuevos procesos colectivos. De momento, solo cabe esperar que, cuando el legislador español acometa las reformas procesales y sustantivas que necesariamente implica la trasposición de la Directiva 2020/1828, aproveche la oportunidad para ordenar, sistematizar y dar coherencia a una normativa dispersa, incongruente y compleja.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 148/2016, de 19 de septiembre de 2016 (RTC 2016, 148)
- STC 3/2017, de 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 3)
- STC 4/2017, de 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 4)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 2.^a) de 8 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2733)
- STS (Sala 2.^a) de 26 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6366)
- STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702)
- STS de 17 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 5407)
- STS de 15 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6049)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 13 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5594)
- STS de 3 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 135)
- STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509)

AUTOS Y SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid de 29 de enero de 2002 (*AC* 2002, 860)
- SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 2003 (*AC* 2003, 1763)
- SAP de Alicante de 2 de febrero de 2005 (*AC* 2005, 325)
- SAP de Asturias de 12 de junio de 2006 (*AC* 2006, 1031)
- SAP de Alicante de 21 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007, 16074)

- SAP de Madrid de 30 de enero de 2007 (*AC* 2007, 356)
- AAP de Madrid de 28 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 212676)
- AAP de Barcelona de 31 de mayo de 2011 (*AC* 2011, 1347)
- SAP de Cáceres de 4 de diciembre de 2012 (*AC* 2012, 2280)

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 21 Barcelona de 17 de octubre de 2003 (*AC* 2003, 1625)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOT VILAPLANA, A. (2020). *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- BUJOSA VADELL, L. M. (2016). La protección procesal de los consumidores y usuarios. En A. de León Arce (dir.). *Derecho de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2561-2658.
- BUSTO LAGO, J. M. (2015-a). Comentario al artículo 53 TRLGDCU, En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 639-687.
- (2015-b). Comentario al artículo 54 TRLGDCU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 687-713.
- CANO ESCOBAR, J. (2019). Acciones colectivas y extensión de cosa juzgada a consumidores y usuarios. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 147-171.
- CORDÓN MORENO, F. (2017). Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores. *Derecho privado y constitución*, 31, 217-242.
- COROMINAS BACH, S. (2014). La legitimación en la futura regulación europea de las acciones colectivas de consumo. En E. Carbonell Porras (dir.). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 525-548.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2011). Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la STS de 15 de julio de 2010), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2011, BIB 2011/295.
- (2016). Lección 15. Procesos judiciales para la tutela de los consumidores. En S. Díaz Alabart (coord.). *Manual de Derecho de consumo*. Madrid: Reus, 299-322.
- GUIXÉ NOGUÉS, E. (2018). Acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios: problemas de competencia. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 171-198.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- (2011). Comentario al artículo 24 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 305-324.
- (2018). Acciones colectivas: pretensiones y legitimación. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 17-59.
- LLAMAS POMBO, E. (2009). Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil. *Diario La Ley*, núm. 7141, Sección Doctrina, La Ley 40239/2008.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2014). La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. En E. Carbonell Porras (dir.). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 207-237.
- (2018). Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 61-91.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. (2001). Las acciones de clase en el Derecho español. *Indret* [En línea], disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/057_es.pdf.
- (2015). Comentario al artículo 24 TRLGDCU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 337-405.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2003). La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. En S. Barona Vilar (coord.). *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 117-150.
- (2011). Comentario a la STS de 15 de julio de 2010. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011, BIB 2011/863.
- MONTERO AROCA, J. (1994). *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él)*. Madrid: Civitas.
- (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- ORTEGO PÉREZ, F. (2018). Las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de *lege ferenda*. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 135-150.
- OTERO CRESPO, M. (2018). Capítulo XI: Las acciones colectivas en Europa: la Recomendación de la Comisión europea en materia de «collective redress» y algunas experiencias nacionales (con especial referencia al ámbito de la contratación bancaria). En R. Marimón Durá y Jaume Martí Miravalls (dirs.). *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 387-418.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2000). De nuevo sobre el «caso de la colza»: una réplica. *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.ª época, núm. 5, 87-126.
- SANDE MAYO, M. J. (2015). La legitimación del Ministerio Fiscal en la defensa de los intereses de los consumidores. En F. Bueno de Mata (dir.). *Processulus. Estudios sobre Derecho procesal*. Granada: Comares, 55-67.

- (2018). La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de *opt-in* y *opt-out*. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 121-134.
 - (2019). Los intereses protegidos por medio de las acciones colectivas. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 28, núm. 1, 45-84.
- SENÉS MOTILLA, C. (2018). Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (coords.). *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*. Madrid: Marcial Pons, 199-219.

NOTAS

¹ Como pone de manifiesto, entre otros muchos, PAREDES CASTAÑÓN (2000, 88-89), una de las cuestiones más controvertidas y discutidas por la doctrina penalista en relación con el presente caso es el problema de la existencia o inexistencia de relación causal entre las acciones dotadas de intención fraudulenta de los aceiteros y los resultados lesivos de muerte y de lesión, esto es, el problema de la prueba de lo que se ha denominado «cursos causales no verificables» en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos.

² En dicha sentencia se establecieron los siguientes baremos para el pago de las indemnizaciones: 15 millones de pesetas (90.152 euros) para los herederos de los fallecidos; 18 millones (108.182 euros) por haber estado tres meses de baja sin quedar incapacitado; entre 40 (240.405 euros) y 90 millones (540.911 euros) para los incapacitados permanentes y los afectados por gran invalidez.

³ MARÍN LÓPEZ (2001, 4).

⁴ MARÍN LÓPEZ (2001, 3).

⁵ En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 29 de enero de 2002 (*AC* 2002, 860), rechazó la interposición de una acción colectiva de indemnización con el argumento de que, en el momento de interposición de la demanda (antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), no existía norma que atribuyera legitimación a la asociación demandante para actuar en el proceso reclamando la tutela de derechos ajenos.

⁶ Expresión utilizada por SANDE MAYO (2019, 46). Coincidimos con esta autora en que uno de los principales inconvenientes que suscitan las acciones colectivas es el problema terminológico, debido al uso impropio o impreciso de expresiones y conceptos. En el mismo sentido (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1999, 64) denuncia que el «*baile de conceptos*» «*hace que el terreno por el que se transita se torne enormemente correoso y resbaladizo*».

⁷ SANDE MAYO (2019, 73).

⁸ Así lo hace GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 54). Por su parte, la reciente Directiva 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, opta por utilizar el amplio término de «medida resarcitoria», que abarca toda medida que obligue al empresario a proporcionar soluciones a los consumidores afectados: *v. gr.*, la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado (arts. 3 y 9.1). Sin embargo, algunas de las medidas que enumera el artículo 3 de la mencionada Directiva 2020/1828, no pueden ser consideradas como mecanismos resarcitorios en sentido estricto.

⁹ Entre otros, SANDE MAYO (2019, 49) prefiere las expresiones «intereses individuales homogéneos» o «intereses individuales conexos» en lugar de intereses «pluriindividuales», porque, aunque esta última refleja una afectación plurisubjetiva, «no aportan ningún indicio en relación al contenido que deben reunir los diferentes intereses involucrados, que (...) deberán ser homogéneos».

¹⁰ LLAMAS POMBO (2009, 2, según pdf) y SANDE MAYO (2019, 52).

¹¹ LLAMAS POMBO (2009,1, según pdf) y SANDE MAYO (2019, 57).

¹² Dispone el mencionado artículo 45.1 CE: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

¹³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 310).

¹⁴ SANDE MAYO (2019, 67-68).

¹⁵ De ahí que SANDE MAYO (2019, 68) reconozca —parafraseando, a su vez, a BARBOSA MOREIRA—, que los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos son «accidentalmente colectivos», a diferencia de los intereses supraindividuales, que son intereses «esencialmente colectivos». Es decir, mientras que los intereses supraindividuales solo pueden ser tutelados a través de acciones colectivas, los intereses pluriindividuales no dependen exclusivamente de la acción colectiva para su tutela.

¹⁶ Así lo reconocen GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 308), CANO ESCOBAR (2019, 158), SANDE MAYO (2019, 46, 53 y 74) y ARMENGOT VILAPLANA (2020, 143).

¹⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 26).

¹⁸ BUJOSA BADELL (2016, 2564). De igual forma, la reciente Directiva 2020/1828 se refiere a los intereses colectivos en general, sin otorgar tampoco un trato diferenciado a los intereses supraindividuales respecto a los intereses pluriindividuales.

¹⁹ GUIXÉ NOGUÉS (2018, 173-174).

²⁰ Admiten que, pese a los términos generales del artículo 11 de la Ley Enjuiciamiento Civil, sus apartados segundo y tercero resultan aplicables solo a las acciones colectivas indemnizatorias, LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 217), BUJOSA BADELL (2016, 2611), GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 54) y SANDE MAYO (2019, 77).

²¹ En el mismo sentido, MARTÍNEZ GARCÍA (2011, cita en epígrafe 1.1 [edición digital sin numeración]) y SANDE MAYO (2019, 65). Por el contrario, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1999) o MARTÍNEZ GARCÍA (2003, 123) utilizan el término interés supraindividual como género en el que incluyen a los intereses colectivos y difusos. Por su parte, GONZÁLEZ CANO (2009, 83 y 84), considera que tanto los intereses supraindividuales como los intereses pluriindividuales pueden ser, a su vez, colectivos o difusos.

²² Por eso MARTÍNEZ GARCÍA (2011, cita en epígrafe 1.2, [edición digital sin numeración]), considera que en este caso no se puede hablar de intereses difusos en sentido estricto.

²³ Como reconocen, entre otros, MONTERO AROCA (2007, 409) y SANDE MAYO (2019, 51), lo que justifica la utilización de la tutela colectiva en este caso (en el que, en última instancia, se lesionan una pluralidad de intereses individuales) es la relevancia social del daño causado.

²⁴ MONTERO AROCA (1994, 65-66).

²⁵ SANDE MAYO (2019, 73).

²⁶ El criterio de la vinculación jurídica ha sido empleado igualmente por nuestros tribunales de instancia. En este sentido, véase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona de 17 de octubre de 2003 (AC 2003, 1625): «Los intereses colectivos existen cuando se da una vinculación jurídica entre los miembros del grupo y un tercero (...). Los intereses difusos se dan cuando existe un interés supraindividual sin que entre los individuos interesados exista vínculo jurídico alguno, ni entre ellos y un tercero, sino que el nexo de unión que les agrupó obedece a circunstancias fácticas y contingentes; por ejemplo: los afectados por un producto defectuoso».

²⁷ En relación con este caso, el Auto de la Audiencia Provincial Madrid de 28 de mayo de 2008 (*JUR* 2008,212676) inadmitió la demanda de una asociación de consumidores por no cumplir el requisito de previa comunicación a los consumidores que, como veremos, el artículo 15.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil exige cuando se defienden intereses colectivos, esto es, cuando los afectados se encuentren determinados o sean fácilmente determinables. Por su parte, ARMENGOT VILAPLANA (2020, 80), critica esta solución, por considerar que, en este caso, en realidad fueron afectados intereses difusos. Ello demuestra lo difícil que resulta en la práctica el deslinde entre estos dos tipos de intereses (colectivos y difusos) y explica la razón por la que el criterio de la determinación o indeterminación de los consumidores ha sido interpretado de manera dispar por los tribunales.

²⁸ Esto es lo que sucedió en el caso resuelto por la SAP de Madrid de 30 de enero de 2007 (*AC* 2007, 356), en la que Vodafone resultó condenada a indemnizar a los consumidores perjudicados que reunieran la condición de cliente de la compañía, por la caída de la red durante nueve horas por causas imputables a la operadora (se trataba de una incidencia ocurrida dentro del ámbito de control y dirección de la demandada).

Un caso parecido es el resuelto por la SAP de Cáceres de 4 de diciembre de 2012 (*AC* 2012, 2280), en el que una asociación de consumidores formuló una demanda colectiva contra Telefónica, por la interrupción del servicio de telefonía fija, telefonía móvil y de ADSL durante diferentes días. En este caso, en las diligencias preliminares se determinó que *«el grupo de perjudicados era fácilmente determinable»*.

Por el contrario, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2011 (*AC* 2011, 1347), consideró que, en una reclamación colectiva de una indemnización por la interrupción del servicio de telefonía móvil durante doce horas, los intereses en juego eran, en realidad, intereses difusos, pues *«resulta claro que no es suficiente que exista efectiva posibilidad de identificar a los consumidores del producto o usuarios del servicio que ostenten aquella condición, sino que es preciso que tal identificación pueda lograrse «fácilmente»*». El tribunal concluyó que los afectados por la interrupción del servicio de telefonía móvil de Vodafone eran consumidores de difícil determinación.

²⁹ Señala SANDE MAYO (2019, 76), que la expresión «fácilmente determinable» ha sido interpretada jurisprudencialmente no con base en la laboriosidad que pueda conllevar la tarea de identificación, sino en razón de la posibilidad efectiva de que tal identificación se lleve a término.

³⁰ Admiten la dificultad para diferenciar en la práctica los intereses colectivos y los intereses difusos MARÍN LÓPEZ (2015, 366) y CORDÓN MORENO (2017, 240). Véase también la nota al pie número 28 en la que se recogen resoluciones que realizan calificaciones jurídicas distintas pese a partir de situaciones semejantes, lo que demuestra la dificultad de deslindar estos términos cuando se desciende al caso concreto.

³¹ OTERO CRESPO (2018, 389).

³² De igual forma, tanto el artículo 3.2 como el Considerando 24 de la Directiva 2020/1828 otorgan un papel fundamental a las organizaciones de consumidores y usuarios en el ejercicio de acciones colectivas (a las que la Directiva denomina «acciones de representación») para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias.

³³ Así lo admiten, entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 231) y ARMENGOT VILAPLANA (2020, 28). Parte de esta misma idea la normativa procesal italiana que, como informa SANDE MAYO (2019, 52-53), regula dos tipos de procesos: los juicios colectivos *proprios o inhibitorios*, en los que se tutelan intereses colectivos, y los juicios colectivos *improprios o reparadores*, que se reservan para tutelar los intereses individuales homogéneos o intereses pluriindividuales.

³⁴ La Directiva 98/27/CE, que fue derogada por la mencionada Directiva 2009/22/CE, reconocía igualmente que los intereses supraindividuales no debían identificarse con una acumulación de intereses particulares que se hubieran visto perjudicados por una infracción. Sin embargo, la recientemente aprobada Directiva 2020/1828 parece haber am-

pliado el concepto de interés colectivo, incluyendo a los que hemos denominado intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos. En concreto, el artículo 3 define los intereses colectivos de los consumidores como «*el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses de un grupo de consumidores*». En definitiva, pues, para la Directiva 2020/1828 los intereses colectivos incluyen ambas subespecies: los intereses supraindividuales y los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos.

³⁵ De forma aislada, parece admitir esta posibilidad CANO ESCOBAR (2019, 159).

³⁶ MARÍN LÓPEZ (2015, 392) y BUSTO LAGO (2015-b, 690). Sin embargo, algunas normas otorgan legitimación a «*las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo*» o mediante fórmulas similares (véase el art. 31 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y el art. 33.1 de la Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios). Otras, por el contrario, califican claramente a estas acciones como colectivas (arts. 12 y 16 LCGC), vedadas, por tanto, al consumidor individual. Esta última solución resulta más coherente, pues no hemos de olvidar que el campo propio de actuación de las acciones de cesación es el de la protección de los intereses supraindividuales. Por ello, considero que las acciones individuales de cesación solo son viables en aquellos específicos sectores en los que su interposición es expresamente admitida.

³⁷ Entre otras, véase la SAP de Barcelona de 3 de noviembre de 2003 (*AC* 2003, 1763), que negó a un particular la legitimación activa para interponer una acción colectiva para obligar a RENFE a insertar información concreta en todos los billetes de cercanías —y no solo en el del demandante— o las SSAP de Alicante de 2 de febrero de 2005 (*AC* 2005, 325) y de 21 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007, 16074), que rechazaron la legitimación activa de un particular que solicitó el cese de cobro de tarifas por horas completas cuando se estaciona por fracciones de hora y la declaración de nulidad de la cláusula contractual que así lo establecía, respecto de la generalidad de contratos suscritos y que pudiera suscribir la demandada.

³⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 226).

³⁹ MARÍN LÓPEZ (2001, 6).

⁴⁰ Esta es igualmente la solución escogida por el legislador comunitario en la Directiva 2020/1828: «*Debe corresponder a los Estados miembros la decisión de reconocer a los consumidores individuales afectados por la acción de representación determinados derechos en el marco de la acción de representación, pero esos consumidores individuales no pueden ser parte demandante en el procedimiento*» (Considerando 36).

⁴¹ Para conocer la diferencia entre ambas *vid.* ARMENGOT VILAPLANA (2020, 33-40). En el texto se resumen algunas de las ideas apuntadas por la autora.

⁴² ARMENGOT VILAPLANA (2020, 38).

⁴³ LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 234).

⁴⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 35) y GUIXÉ NOGUÉS (2018, 174 y 197).

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI (2011, cita en epígrafe 3 [edición digital sin numeración]).

⁴⁶ LLAMAS POMBO (2009, 9-10, según pdf), MARÍN LÓPEZ (2015, 348), BUSTO LAGO (2015-a, 649) y LÓPEZ SÁNCHEZ (2018, 62).

⁴⁷ No constituye una excepción la legitimación que, como más adelante veremos, el artículo 11.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil concede a los propios grupos de afectados para la interposición de acciones colectivas indemnizatorias cuando los perjudicados estén determinados o resulten fácilmente determinables, pues, de acuerdo con el artículo 6.1.7.º de la Ley Enjuiciamiento Civil, no es necesario que el grupo esté constituido por todos los afectados, sino por la mayoría.

⁴⁸ De igual forma, la Directiva 2020/1828 admite y regula las acciones de representación transfronterizas, esto es, las ejercitadas por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que dicha entidad habilitada haya sido designada (art. 3).

⁴⁹ Ahora bien, como reconoce SANDE MAYO (2015, 58), el papel que ha desempeñado el Ministerio Fiscal en la protección de los intereses de los consumidores (tanto en la interposición de las acciones reguladas en el art. 11 LEC, como en las acciones de cesación) ha sido ciertamente residual.

⁵⁰ Recuerda SANDE MAYO (2019, 79), que el apartado 5.º del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supuso la ampliación de la legitimación del Ministerio Fiscal que, con carácter previo, únicamente tenía reconocida la legitimación de acuerdo con el derogado artículo 11.4 para el ejercicio de las acciones de cesación.

⁵¹ Así lo admiten LLAMAS POMBO (2009, 12, según pdf), GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 323), LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 217), MARÍN LÓPEZ (2015, 348 y 369), BUJOSA BADELL (2016, 2611) y SANDE MAYO (2019, 77).

⁵² SANDE MAYO (2019, 77) admite que el recuerdo de este suceso influyó de forma decisiva en la redacción de este precepto, que pone el acento en la tutela reparadora y no en la preventiva o inhibitoria, propia de los intereses supraindividuales.

⁵³ Como reconoce MARÍN LÓPEZ (2015, 363), salvo en el caso resuelto por la STS, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6366) —que puso fin al asunto de la colza—, con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal Supremo rechazó cualquier mecanismo procesal que guardara parecido con una acción colectiva indemnizatoria.

⁵⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 218).

⁵⁵ Así lo ha admitido GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 40). Esta situación ha sido corregida tras la aprobación de la Directiva 2020/1828. Reconoce expresamente el Considerando 7: «la presente Directiva tiene por objeto garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan (...) de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias».

⁵⁶ Entre otros, señala el carácter coyuntural de estos grupos MARÍN LÓPEZ (2001, 8).

⁵⁷ MARÍN LÓPEZ (2001, 7).

⁵⁸ MARÍN LÓPEZ (2001, 7).

⁵⁹ BUJOSA BADELL (2016, 2590).

⁶⁰ *Id.*, en este sentido, BUJOSA BADELL (2016, 2609).

⁶¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 55).

⁶² SANDE MAYO (2015, 61-62).

⁶³ Para conocer el listado de asociaciones de consumidores representativas consúltese el siguiente enlace: <http://www.consumo-ccu.es/representacion/organizaciones.asp>.

⁶⁴ Entre otros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 308), ha criticado al artículo 24 TRLGDCU por su pésima técnica jurídica y porque confunde y entremezcla diversos supuestos, por lo que su adecuado entendimiento requiere una intensa labor interpretativa.

⁶⁵ En tal sentido, MARÍN LÓPEZ (2015, 400); en contra, COROMINAS BACH (2014, 548).

⁶⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 49).

⁶⁷ En contra, MARÍN LÓPEZ (2015, 382), quien exige autorización expresa, tácita o deducible de actos concluyentes. De acuerdo con la Directiva 2020/1828, no será preciso que el consumidor manifieste su voluntad a favor para ser representado por una entidad que solicita una medida de cesación (art. 8.3), pues se trata de una acción que no depende de la existencia de perjudicados; por el contrario, cuando se trate de una acción de representación para obtener medidas resarcitorias «los consumidores individuales afectados por la acción de representación» deberán manifestar «expresa o tácitamente su voluntad de ser representados en dicha acción de representación a fin de quedar vinculados por el resultado de esta» (art. 9.2).

⁶⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011, 318).

⁶⁹ De igual forma, SANDE MAYO (2019, 79) considera que el ámbito de aplicación de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ceñirse a la tutela de los intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos.

⁷⁰ BUJOSA BADELL (2016, 2630). Como admite ARMENGOT VILAPLANA (2020, 106), cuando el número de afectados por el hecho dañoso es muy elevado resulta especialmente complicado cumplir el requisito de la comunicación previa de la demanda del artículo 15.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

⁷¹ ARMENGOT VILAPLANA (2020, 152).

⁷² SANDE MAYO (2019, 65).

⁷³ Denuncian la dificultad de encuadrar el ordenamiento procesal español en uno de estos dos sistemas, entre otros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2018, 59), SANDE MAYO (2018, 126) y OTERO CRESPO (2018, 405).

⁷⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ (2018, 81).

⁷⁵ SENÉS MOTILLA (2018, 204).

⁷⁶ ORTEGO PÉREZ (2018, 146).

⁷⁷ Para MARÍN LÓPEZ (2001, 11), se trató, en realidad, de «una exclusión consciente y querida».

⁷⁸ La mencionada STS de 15 de julio de 2010 excluyó de su ámbito de aplicación a «*todos aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*».

⁷⁹ BUJOSA BADELL (2016, 2651) y GASCÓN INCHAUSTI (2016, 314). Por ejemplo, en el caso de retención de vehículos en una autopista por una nevada (resuelto por la STS de 15 de julio de 2010 [RJ 2010, 6049]), fue la propia asociación de consumidores demandante quien hizo el llamamiento para la liquidación de las indemnizaciones a través de su página web.

⁸⁰ MARTÍNEZ GARCÍA (2011, cita en epígrafe 1.2 [edición digital sin numeración]).

⁸¹ De esta opinión es MARÍN LÓPEZ (2001, 12).

⁸² LÓPEZ SÁNCHEZ (2014, 220) y GASCÓN INCHAUSTI (2016, 314).

⁸³ Entre otros muchos, ponen en duda la eficacia preclusiva de las sentencias recaídas en estos procesos BUJOSA BADELL (2016, 2647).

⁸⁴ ARMENGOT VILAPLANA (2020, 146 y 225).

⁸⁵ LLAMAS POMBO (2009, 20, según pdf), MARTÍNEZ GARCÍA (2011, cita en epígrafe 1.2 [edición digital sin numeración]) y COROMINAS BACH (2014, 544).

⁸⁶ ORTEGO PÉREZ (2018, 141 y 147), MARTÍNEZ GARCÍA (2011, cita en epígrafe 1.2 [edición digital sin numeración]) y ARMENGOT VILAPLANA (2020, 147-148).

⁸⁷ LLAMAS POMBO (2009, 20, según pdf) y BUSTO LAGO (2015-a, 683).

⁸⁸ ARMENGOT VILAPLANA (2020, 27).

(Trabajo recibido el 25 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2022)

Las condiciones relativas al matrimonio en la institución de heredero

The conditions related to marriage in the institution of an heir

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: El artículo 790 del Código Civil permite otorgar las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, bajo condición. Se puede condicionar la eficacia de la institución de heredero y de la ordenación de un legado a acontecimientos de muy variada naturaleza. Particularmente llaman la atención las condiciones que van ligadas a circunstancias personales del beneficiario, como el hecho de contraer o no contraer matrimonio. Tradicionalmente este tipo de condiciones han sido objeto de debate doctrinal por considerar que podrían plantear la duda de su ilicitud si se entendiera que inciden sobre la libertad de casarse. Nada más lejos de la realidad, pues el otorgante de una disposición *mortis causa*, lo mismo que el donante *inter vivos* es libre de condicionar la eficacia de su liberalidad, a salvo el sistema de legítimas en nuestro ordenamiento jurídico, a cuantas circunstancias considere oportunas, siempre que no se rebasen los límites de posibilidad, licitud y no atentar contra las buenas costumbres que señala nuestro Código Civil.

Este trabajo pretende profundizar en este tipo de condiciones que, hoy en día se siguen imponiendo, y plantear si en la dicción del Código pudie-

ran incluirse otras que en el momento de su redacción no tenían cabida en nuestra legislación civil.

ABSTRACT: Article 790 of the Civil Code allows for the granting of testamentary provisions, both universally and privately, subject to certain conditions. The efficacy of the institution of an heir and of the legal arrangement of a bequest can be rendered contingent upon events of a very varied nature. Of particular note are the conditions linked to the personal circumstances of the beneficiary, such as whether he or she marries or not. Traditionally, these conditions have been the subject of doctrinal debate, as it has been suggested that their legality is questionable insofar as they may affect one's freedom to marry. Nothing could be further from the truth, since the grantor of a mortis causa provision, just like an inter vivos donor, is free to render his bestowal—without prejudice to the forced heirship principle existing in our Legal System—contingent upon whatever circumstances he or she deems opportune, provided that they do not exceed the limits of possibility, or legality; and do not transgress the accepted moral standards indicated in our Civil Code.

This work aims to examine in depth these types of conditions, which continue to be imposed today, and to ask whether the Code, in its formulation, might include others that, at the time of its drafting, were not accommodated by our civil legislation.

PALABRAS CLAVE: Heredero. Condición. Licitud. Matrimonio. Testamento.

KEY WORDS: Heir. Condition. Lawfulness. Marriage. Will.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO.—III. SUPUESTOS DE INSTITUCIÓN CONDICIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL.—IV. CONDICIÓN *VERSUS* MODO.—V. LAS CONDICIONES IMPOSIBLES, ILÍCITAS E INMORALES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: 1. LAS CONDICIONES IMPOSIBLES. 2. CONDICIONES ILÍCITAS E INMORALES. LA LESIÓN DE DERECHOS EN LA CONDICIÓN.—VI. LAS CONDICIONES RELATIVAS A CONTRAER MATRIMONIO: 1. EL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. ¿ES ADMISIBLE LA INFLUENCIA DE LA VOLUNTAD DE UN TERCERO EN EL HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO? 3. TIPOS DE CONDICIONES QUE PUEDEN IMPONERSE EN RELACIÓN CON EL MATRIMONIO. 4. ¿ES CONDICIÓN SUSPENSIVA O RESOLUTORIA? 5. EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE NO CONTRAER PRIMERO O ULTERIOR MATRIMONIO? 6. EL SEGUNDO

PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL. 7. ¿AFECTA LA PROHIBICIÓN A LAS UNIONES DE HECHO?—VII. ¿DEBE ENTENDERSE INCLUIDA LA CONDICIÓN DE NO DIVORCIARSE EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL?—VIII. CONCLUSIONES.—IX. RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los primeros días del otoño de 1615 o, quizás, de 1616, pues no se señala en el texto fecha concreta, Alonso Quijano, Don Quijote de la Mancha, otorgó testamento. El documento, tal y como se recoge en la universal novela de caballerías, contenía, entre otras, la siguiente estipulación:

Que si Antonia Quijana, mi sobrina, quisiere casarse, se case con hombre de quien primero se haya hecho información que no sabe qué cosas sean libros de caballerías; y en caso que se averiguare que lo sabe, y, con todo eso, mi sobrina quisiere casarse con él, y se casare, pierda todo lo que le he mandado, lo cual pueden mis albaceas distribuir en obras pías, a su voluntad» (El Quijote, segunda parte, capítulo LXXIV).

En su última voluntad Don Quijote hace una advertencia a su sobrina: que no se case con un hombre adicto a los libros de caballerías (quizá influido por las consecuencias de serlo él mismo). Especifica que deberá informarse sobre este aspecto y, si aún así, incumpliera la condición y contrajera matrimonio, manifiesta expresamente su deseo que perdiera todo derecho sobre su herencia.

Esta condición es, aunque concebible, difícilmente encajable en los ejemplos históricos de condiciones ni entre las categorías doctrinales de ellas hoy admitidas¹ (CASTÁN VÁZQUEZ, 2008,1541). Para otros autores (GONZÁLEZ PORRAS, 2005, 227) es perfectamente válida «porque es evidente que Antonia podía casarse con otra persona y no era condición absoluta que, de haberse puesto habría devenido nula»². Efectivamente, así se deduce del análisis del artículo 793 del Código Civil.

La redacción del artículo 793 del Código Civil, que habilita la imposición de esta clase de condiciones, ha permanecido inalterada desde 1889, por lo que pudiera pensarse que se trata de un precepto obsoleto que, a pesar de mantenerse en el texto del Código Civil, no tiene aplicación práctica. Nada más lejos de la realidad. En el mes de junio de 2021, un periódico de tirada nacional recogía la siguiente noticia: «un hombre pierde la herencia de su difunta esposa por incumplir la promesa de no irse con otra»³. El artícu-

lo 793 del Código Civil se aplica, pero es obligado leerlo e interpretarlo a la luz de la realidad actual.

II. PLANTEAMIENTO

Dice ROYO MARTÍNEZ (1951, 140) que a quien brinda algo a otro sin pedirle nada a cambio, parece justo ofrecerle la posibilidad de que agrade a su gusto los supuestos de eficacia o ineficacia de su voluntad, el fin y el destino último de los bienes que cede y las limitaciones que ponga a quienes los recibe. Es de pura lógica que, si se puede elegir en vida a quién se dona o a quién se vende un bien propio y también someter a condición cualquiera de estos negocios jurídicos, debería también poderse modular la voluntad en los actos y negocios que han de surtir efectos por la muerte del transmitente⁴.

El artículo 790 del Código Civil permite otorgar las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, bajo condición, apuntando el artículo siguiente que estas condiciones se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales. El Código, no obstante esta última prescripción, ya previó ciertas especialidades teniendo en cuenta el carácter singular de las disposiciones testamentarias: por deferir su eficacia al momento del fallecimiento del causante, porque las personas a las que afectará la condición son parientes o allegados de aquel, y porque dada la naturaleza de la disposición su contenido puede resultar espinoso, rozar la inmoralidad o al menos dar que pensar sobre su licitud.

Dentro de este último grupo se encuentra el supuesto de la institución de heredero sometida a condición relativa a contraer o no contraer matrimonio, que el Código permite imponer en determinadas circunstancias, y que parece, *a priori*, un atentado a la libertad de todo individuo de elegir su estado.

Junto a este tipo de condiciones pueden imponerse otras muchas. Baste citar la denominada institución de heredero bajo condición de cuidados al testador. Motivada por el aumento de la esperanza de vida y, siendo, desgraciadamente, frecuentes, las situaciones de abandono o indiferencia hacia padres mayores, está a la orden del día imponer esta condición a la institución, en la que pueden incluirse otras obligaciones, como la de hacerse cargo de los gastos de entierro y funeral. En este caso es muy discutido si nos encontramos ante una verdadera condición o un modo, siendo objeto de abundante jurisprudencia y de comentarios doctrinales en ambos sentidos.

Son estas, y algunas otras cuestiones, las que motivan la elaboración de este estudio, con el propósito de arrojar algo de luz sobre esta controvertida materia.

III. SUPUESTOS DE INSTITUCIÓN CONDICIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil permite los siguientes supuestos de institución de heredero sometida a condición:

1. Institución de heredero bajo condición potestativa, casual y mixta.

La primera es aquella cuyo cumplimiento depende de la voluntad del instituido, siendo positiva cuando se trata de la realización de un acto y negativa cuando consiste en la abstención de llevarlo a efecto. De las potestativas se ha preocupado la doctrina romana y clásica y, dentro de estas, de las negativas, porque si se imponía sin límite temporal, solamente a la muerte del testador podía tenerse la certeza de que no había tenido lugar el hecho cuya realización habría impedido el cumplimiento. Para evitar que el llamado llegara a ser heredero en contra de la voluntad del causante, debía de prestar caución que garantizara la devolución de lo indebidamente percibido y sus frutos⁵.

La condición casual es aquella cuyo cumplimiento se hace depender de un acontecimiento ajeno a la voluntad del instituido, y la mixta aquella que recoge los elementos definidores de las dos condiciones ya citadas, dependiendo el cumplimiento de la condición, en parte de la voluntad del instituido y, en parte, del azar o de la voluntad de un tercero. Es mixta la condición impuesta al heredero de «cuidar y asistir al testador y su esposa, en salud y enfermedad, hasta el fallecimiento de ambos». Es una condición mixta (potestativa y casual) porque no depende solo de que voluntariamente el heredero condicional cuide y asista a la viuda, al testador o a un tercero hasta su fallecimiento sino que, además, depende de otras circunstancias que hagan posible o imposible el cumplimiento de la condición, como la sobrevivencia del heredero condicional respecto de la viuda del testador⁶.

Si la condición es potestativa debe cumplirse por el heredero una vez enterado de ella y después de morir el testador (art. 795 CC); siendo casual o mixta, puede cumplirse en cualquier tiempo, si el testador no hubiere dispuesto otra cosa (art. 796 CC).

2. Institución de heredero bajo condición suspensiva o resolutoria.

En el primer caso, la adquisición del derecho se supedita al cumplimiento o realización de un hecho futuro e incierto; en el segundo, la realización del hecho implica la resolución o cesación de una adquisición que ya ha tenido lugar.

Se plantea la cuestión de la validez de las condiciones resolutorias impuestas a la institución de heredero por cuanto quien ha sido válidamente

heredero no puede dejar de serlo. Mientras lo es puede comportarse como un titular realizando todo tipo de actos de los que competen al dueño (vender, gravar...) (VALLET, 1982, 392)⁷. Sin dejar de ser heredero, por tanto, lo que sí cabe es que tenga que restituir el beneficio económico derivado de la sucesión a otro sujeto, que será a quien corresponda si el testador previó este supuesto, a los coherederos del instituido si ha lugar al derecho de acrecer o a quien proceda si es preciso abrir la sucesión intestada. El fallecimiento del causante solo puede atribuir el título de heredero una vez, y solo una vez se liquida la herencia y se adquiere por quien corresponda, aunque sí es posible que el testador haya impuesto la adquisición sucesiva por varios titulares del beneficio económico en que consiste la sucesión (PUIG BRUTAU, 1975, 272)⁸.

La condición resolutoria en la institución de heredero está admitida en nuestro derecho (arts. 790, 791 y 1114 CC), pero el problema principal lo plantea VALLET (1987, 211)⁹: ¿qué se impone el *nomen* o el *tempus*? ¿El *heres ad tempus* es verdaderamente un heredero temporal? La cuestión es si el heredero instituido de esta forma está obligado a garantizar, para el caso de que la condición se cumpliera. LLEDÓ YAGÜE (2004, 188)¹⁰ entiende aplicables los artículos 801 y siguientes del Código Civil, es decir, la obligación de poner los bienes de la herencia en administración durante el periodo de pendencia de la condición, previstos para la condición suspensiva porque existe la misma razón en cuanto a la protección de intereses en una y otra. En el heredero bajo condición suspensiva el segundo llamado será heredero si la condición se incumple; en el heredero bajo condición resolutoria lo será si la condición se cumple. Se trata de asegurar la devolución de la herencia que no es de quien la tiene, en una hipótesis porque nunca llegó a serlo (condición suspensiva) o porque dejó de serlo después de haberlo sido (condición resolutoria) (LLEDÓ YAGÜE, 2004, 189)¹¹.

La STS de 23 de febrero de 2002¹² resolvió el supuesto en que se había condicionado la institución a una congregación religiosa a que no se disolviera en la localidad. Una vez que la condición aconteció y se disolvió la institución, tuvo lugar el siguiente llamamiento previsto por el testador y se declaró la nulidad de la venta de las fincas que había efectuado la citada congregación por ser ineficaz frente al derecho de la demandante y demás coherederos, disponiendo la sentencia la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes.

Completa esta idea LACRUZ (2009) señalando que lo que sí puede suceder es que el segundo llamado reciba la herencia sin liquidar o a medio liquidar, en cuyo caso habrá de practicar o continuar la liquidación, respondiendo de las deudas relictas con o sin beneficio de inventario¹³.

Cuando la institución de heredero se somete a una condición suspensiva nos encontramos ante una simple dilación o retraso en el momento de la

adquisición de la herencia o legado. En situación de pendencia se plantea si nos encontramos ante una delación sujeta al cumplimiento de la condición o si hay ya delación efectiva desde la apertura de la sucesión y lo que queda pendiente es la ejecución de las disposiciones testamentarias. PUIG BRUTAU (1963, 748)¹⁴ rechaza la posibilidad de delación condicionada porque admitirla significaría que ha habido delación (aunque condicionada). La delación —en esta situación— no existe y además no admite la condición por su propia esencia.

IV. CONDICIÓN *VERSUS* MODO

La condición determina la eficacia o ineficacia de la disposición, mientras el modo solo obliga a cumplirlo, pero no hace ineficaz la atribución. Por tanto, es importante en el testamento que se recoja de manera precisa cual es la voluntad del testador.

El Código Civil señala en el número 1 del artículo 797: «La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que esta era su voluntad».

En caso de duda sobre si ha de prevalecer el modo o condición, el Código Civil opta por la presunción de no condición. Sin embargo, debe ser entendido de manera que no prevalezca esa presunción contra la voluntad del testador.

La cuestión de si aquella circunstancia a la que se somete la institución es condición o es modo, se plantea particularmente en el supuesto de imposición al heredero o legatario de la obligación de cuidar del testador. La calificación de este tipo de instituciones es particularmente difícil. El testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003¹⁵ calificó como modo el supuesto en que la causante había efectuado a uno de sus hijos un legado «con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo». Aplica el principio a favor del modo en caso de duda: «una interpretación de la cláusula debatida en el sentido literal de sus palabras, como en primer término establece el artículo 675 del Código Civil, apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, ante notario y por tanto sin poder desconocerse la función de este en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite por completo el término «condición» y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de «obligación modal». Otras veces, y ante cláusulas muy parecidas, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la calificación como condición suspensiva¹⁶.

Por tanto, parece que prevalece en todo caso la verdadera voluntad del testador, teniendo en cuenta las circunstancias personales del testador, instituido y la relación entre ambos. Siendo así, la investigación de la intención del testador se torna en una tarea decisiva. Por otro lado, es criterio generalmente aceptado que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solamente en los casos de manifiesto error puede ser revisada en casación. Si finalmente es necesario acudir a la vía judicial, son los Tribunales de Instancia los que tienen atribuida esta función. Como ha reiterado el Tribunal Supremo, el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia del pleito, analizando de nuevo todo el material probatorio¹⁷, por lo que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación¹⁸. «...Sin embargo, cuando las soluciones a las que llega la Sala sentenciadora llevan a resultados absurdos o francamente contradictorios con la voluntad expresada en el testamento, debe revisarse dicha interpretación»¹⁹.

El artículo 675 del Código Civil nos dice que toda disposición testamentaria ha de entenderse en el sentido literal de sus palabras. Es decir, interpretación literal, salvo que se advierta claramente que fue otra la voluntad del testador, voluntad que ha de ser la «real», por lo que puede haber una discrepancia entre el significado de las palabras utilizadas y lo efectivamente querido.

Así las cosas, y especialmente en el testamento, como negocio jurídico en el que la médula es la voluntad del testador, es esencial comprender adecuadamente esa voluntad, es decir, descubrir la voluntad del otorgante para que produzca los efectos queridos y permitidos por la Ley. La desaparición del autor de la declaración negocial testamentaria antes de que produzca eficacia (GARCÍA AMIGO, 1969, 931), priva al intérprete del elemento más valioso para determinar aquella. Para dotar de seguridad jurídica a las relaciones del causante y asegurar la ordenación de las mismas conforme él lo deseaba, no hay otra vía posible que el atenerse al instrumento en el cual él declaró la última voluntad²⁰.

Nuestro Código Civil consagra esta idea en el artículo 668, que señala en su párrafo segundo «...En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia». No importa el nombre dado sino lo querido. Lo mismo debe entenderse cuando el testador emplea la palabra legatario queriendo decir heredero. Por eso el artículo 675 del Código Civil nos dice que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento». Del precepto citado se extraen dos conclusiones: la primera, que la interpretación debe circunscribirse a determinar la verdadera

voluntad del testador, por lo que debe tender a dilucidar lo efectivamente querido. Es el concepto amplio de interpretación del testamento equivalente a inteligencia o comprensión del contenido volitivo testamentario (GARCÍA AMIGO, 1969, 938). En contraposición a esta idea está la de interpretación del testamento en un sentido estricto, como equivalente a investigación o determinación de la voluntad testamentaria cuando esta es oscura o defectuosamente expresada. Por otro lado, del artículo 675 del Código Civil se concluye que la interpretación debe partir del tenor del testamento, como exige la jurisprudencia. En orden a su valoración, la jurisprudencia exige que se parta «del tenor del testamento», ya que el testamento, como voluntad constitutiva de un negocio jurídico, se produce teniendo como fundamento una constelación de antecedentes fácticos contemplados por el causante en el momento de expresar la disposición.

Se trata, en todo caso, de tener en cuenta la voluntad verdaderamente última del causante. De lo que se parte, sin embargo, es de la última voluntad declarada, que puede no coincidir con aquella. Por eso es necesario preguntarse si se podría valorar de algún modo la voluntad posterior no recogida en el testamento de demostrarse que es esta la real y verdaderamente última. La doctrina española concluye que la respuesta ha de ser negativa porque la voluntad que hay que descubrir es la que se contiene en la declaración y no una voluntad posterior, porque ni se contiene en el objeto de la actividad hermenéutica ni cumple con las exigencias formales. De otro modo se estaría negando el principio subjetivista de la interpretación al eliminar su propio presupuesto, la declaración de voluntad del testador.

Aunque la regla generalmente aceptada sea la de la literalidad y con la finalidad de descubrir la verdadera voluntad del testador, debe acudirse al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las reglas de la hermenéutica y haciendo uso con las debidas precauciones de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas de la disposición de última voluntad que se interpreta.

V. LAS CONDICIONES IMPOSIBLES, ILÍCITAS E INMORALES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

1. LAS CONDICIONES IMPOSIBLES

El artículo 792 del Código Civil señala que «las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o al legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa». Este precepto contempla una regla que es aplicable a las condiciones de imposible realización, a las ilícitas por ser contrarias a las leyes y a las inmorales o contrarias a las buenas costumbres.

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (1881, 140)²¹ decían que la división de condiciones en posibles e imposibles es inexacta porque las últimas no merecen el nombre de condiciones, pero que la Ley de las Partidas la acepta, y las clasifica en:

- Imposibles por naturaleza: por esta hay un impedimento invencible para su cumplimiento.
- Imposibles de hecho: aquellas que no teniendo un impedimento natural para su existencia no pueden, sin embargo, suceder.
- Imposibles por el derecho: fijan una circunstancia contraria a las leyes o a las buenas costumbres como condición.
- Imposibles por su duda y oscuridad: aquellas que por la oscuridad de su redacción no aparecen con claridad.

Cuando el testador añade una condición a la liberalidad es porque quiere que la liberalidad no tenga lugar si la condición no se cumple. Y si la condición no se cumple porque no puede cumplirse por ser ilícita o imposible, la liberalidad no tendrá efecto. En nada perjudicará al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa, esto es, aunque explícitamente señale que no quiere que la disposición valga si la condición se reputa inadmisibles. Luego el llamamiento deberá considerarse siempre como hecho en forma pura y simple (ALBIEZ DOHRMANN, 2013, 5766)²².

Deben entenderse dentro de la expresión condición imposible, solo aquellas situaciones de verdadera imposibilidad absoluta de orden físico o metafísico. Nunca la imposibilidad de orden relativo y mucho menos la dificultad aunque sea evidentemente grave.

CASTÁN habla de las condiciones *imposibles por ambigüedad* por no entenderse qué es lo que quiso expresarse e *imposibles de hecho*, en las que no puede saberse si el poder humano alcanza o no a realizar la condición²³.

Respecto al tiempo en que tiene que ser posible la condición, parece que ha de serlo al tiempo en que la condición debe ser cumplida, aunque si en el momento de la redacción del testamento se tiene la seguridad de que es de imposible cumplimiento, que es contraria a la ley o a las buenas costumbres, ello significa que el testador no la quería.

La posibilidad o imposibilidad de una condición se refiere al momento inicial de su pendencia, no a las vicisitudes que puedan producirse con posterioridad. Condición imposible es la que así resulta *a priori*, inicialmente, desde el primer momento; la imposibilidad que aparezca posteriormente da lugar al incumplimiento de la condición suspensiva, pero no convierte a esta, a la condición misma, en imposible²⁴.

2. CONDICIONES ILÍCITAS E INMORALES. LA LESIÓN DE DERECHOS EN LA CONDICIÓN

Son condiciones ilícitas las contrarias a Derecho. La STS de 12 de diciembre de 1959 señaló que «si toda condición es, en definitiva, solo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole tal carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión en que aquella consistía y, por el designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a Derecho, como si la finalidad perseguida es hacer posible lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin, habrá de reputarse contraria a Derecho».

Se pueden distinguir dos clases de condiciones ilícitas²⁵: aquellas que establecen una coacción injustificada o interfieren en los llamados derechos de la personalidad o las captatorias, y las que imponen actos u omisiones que son reprobados por la Ley o la moral atendidas las pautas ético-sociales dominantes en el momento de la apertura de la sucesión.

Más adelante estudiaremos las particularidades de las condiciones relativas a contraer matrimonio, que plantean la duda de su ilicitud por la posibilidad de incidir sobre la libertad de casarse, pero existen otros derechos que pueden verse lesionados por el contenido de la condición.

Tratándose de derechos constitucionales, se plantea si la posibilidad de su restricción abarca solamente a los poderes públicos o si deben hacerse extensivos a las relaciones entre particulares. La doctrina que así lo afirma, conocida como *Dirttwirkung*, considera que los derechos fundamentales deben informar el derecho privado al igual que lo hacen con el resto del ordenamiento, es decir, que algunos derechos fundamentales ya no son simples derechos de defensa frente al estado sino reglas de ordenación de la vida social. Así los contratos de derecho privado no podían vulnerar derechos fundamentales de las personas en el ámbito social, por ejemplo (CORDERO CUTILLAS, 2014, 19)²⁶.

En este sentido, VAQUER ALOY (2015) clasifica las condiciones que puede imponer el causante a su sucesor en, por un lado, aquellas que pueden afectar a su libertad, entre las que incluye las referentes a la libertad de contraer matrimonio, y la libertad religiosa²⁷, o sobre otras libertades, como la de residencia, que incluye aquella tan frecuente por la que el testador impone la obligación de vivir junto al testador para procurarle cuidados, la de someterse a un tratamiento de desintoxicación, la que priva de la libertad ambulatoria completamente al favorecido, o la libertad de empresa, imponiendo al sucesor la obligación de continuar la explotación agrícola y ganadera de los bienes heredados. En un segundo bloque estudia las condi-

ciones que afectan el derecho a la igualdad y a la no discriminación, señalando que, si la libertad de testar implica la posibilidad de discriminación con el límite de las legítimas, también habrá de atenderse a las razones de esa discriminación y comprobar si se trata de motivos lícitos o contrarios a las buenas costumbres, por lo que no cabe discriminar en testamento entre hombre y mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios (VAQUER ALOY, 2015). Solución distinta estima en la cuestión de la primogenitura, entendiendo que esta no es un atributo personal sino un hecho cronológico, un dato objetivo que no puede calificarse contrario a la ley ni a las buenas costumbres. Huelga decir que cualquier condición testamentaria ligada a la distinción entre hijos por su filiación extramatrimonial o matrimonial debe considerarse ilícita.

Para determinar si la condición puede incardinarse en alguno de estos supuestos es importante la labor del intérprete, que debe investigar la verdadera voluntad del testador.

VI. LAS CONDICIONES RELATIVAS AL MATRIMONIO

1. EL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 793 del Código Civil recoge el régimen jurídico de las prohibiciones relativas a contraer matrimonio impuestas en testamento por el causante: «La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este.

Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal por el tiempo que permanezca soltero o viudo»

Nuestro Derecho anterior al Código Civil no se ocupó de esta figura, pero sus comentaristas trataron de encontrar alguna huella de la misma en las Partidas²⁸ y en las Leyes de Toro²⁹ (MANRESA, 1921, 190)³⁰

Este precepto trae su origen del Proyecto de 1851, que a su vez se había inspirado en varios Códigos extranjeros, especialmente en el de Austria. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (1881, 150) habían dicho en 1881 que, entre las condiciones que pueden imponerse a la institución de heredero y, dentro de las posibles, las mixtas son aquellas que si no se cumplieren por parte del tercero de quien en parte dependen, y no por un accidente fortuito, se tendrán por cumplidas. Si uno fuere instituido heredero con la condición de casarse con determinada persona, y esta muriese, o él no quisiere efectuar el matrimonio, no recibirá la herencia; más si ella se opusiere, no le servirá de obstáculo al instituido para ser declarado heredero, la falta de cumplimiento de la condición³¹.

Para ALBALADEJO (1984, 419), el artículo 793 no es la sede de la regulación de las condiciones relativas al matrimonio, sino solo un precepto que regula la condición absoluta de no casarse y la rechaza. Por eso, con el buen criterio que le caracteriza, aclara que, para decidir sobre la admisibilidad o no, en general, de las condiciones relativas al matrimonio, debe acudir al artículo 792, ya que no se puede decir objetivamente que el artículo 793 contenga la regulación relativa a la eficacia o no de las condiciones sobre matrimonio en materia testamentaria. El 793, afirma, solo supone una especificación en el tema, la de que, en principio, no se admite la condición absoluta de no casarse³².

El artículo 793 del Código Civil tiene tres partes diferenciadas. Dos de ellas se recogen en el párrafo primero del precepto y la tercera en el párrafo segundo.

La primera parte señala que, en general, la condición absoluta de no contraer matrimonio se tendrá por no puesta. La segunda, que, si la condición la impone el difunto consorte o sus descendientes o ascendientes, sí se tendrá por puesta y por tanto será eficaz. La tercera, que el testador puede legar ciertos derechos por el tiempo que se permanezca soltero o viudo.

2. ¿ES ADMISIBLE LA INFLUENCIA DE LA VOLUNTAD DE UN TERCERO EN EL HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO?

Se ha discutido si es legal, o moral, imponer en testamento condiciones que afecten a la libertad del heredero, o del legatario, para contraer matrimonio. Puesto que las disposiciones de este tipo de condiciones pueden tener contenidos muy variados, no limitándose a las que recoge el Código Civil, no puede generalizarse acerca de su admisibilidad. Existirán condiciones que objetivamente no sean aceptables, como cuando se utilice la institución condicional para perjudicar al sucesor, por ejemplo, impidiendo un matrimonio que sería el cauce normal para formalizar la situación de hecho de una pareja que ya convive y tiene hijos. Si una disposición de este tipo, que no pretende sino un efecto negativo en el sucesor condiciona la institución, es claro que esta imposición testamentaria constituye una limitación de la libertad para permanecer soltero o contraer matrimonio, pero su inadmisibilidad vendrá dada por el artículo 792 del Código Civil, que impone la sanción de tenerla por no puesta por inmoral.

Señala PUIG BRUTAU (1963, 315)³³ que, en términos generales, es inmoral poner a una persona en la alternativa de renunciar a un importante beneficio si no opta por un estado civil que libremente no hubiera elegido, pero hay que hacer un examen más concreto de los distintos supuestos.

Por otra parte, y fuera de la condición absoluta, el testador puede imponer al cónyuge viudo, descendientes, ascendientes, parientes, herederos o legatarios condiciones en relación a su matrimonio, ya sea de las incluidas en el artículo 793 del Código Civil o bien de las no incluidas en su texto.

Dice ALBALADEJO (1984, 427) que frente al criterio que pueda hacer pensar que es inmoral influir o pretender influir en la decisión de alguien respecto a contraer o no contraer matrimonio, debe pensarse que esta idea no es sino la aplicación de un concepto que ya está presente en otros planos sociales. Efectivamente, decidir sobre su matrimonio corresponde a los interesados, pero pretender que los demás se casen como creemos mejor para ellos no es nada malo, como tampoco lo es utilizar los medios legales a nuestro alcance para favorecer tal propósito. Cosa distinta es que el testador disponga que nombra heredero a quien se case con cierta persona, lo que no constituye una disposición condicional, sino una determinación de la persona del sucesor, por lo que no serían de aplicación las normas de las instituciones condicionales, sino las de las posibles maneras de señalar al sucesor, teniendo el causante la libertad de escoger el procedimiento o atender a los datos que desee.

3. TIPOS DE CONDICIONES QUE PUEDEN IMPONERSE EN RELACIÓN CON EL MATRIMONIO

Resulta curiosa la distinción entre la condición negativa de no contraer matrimonio a un soltero o a un viudo. En el primer caso, —«especialmente si es mujer»— se considera nula por algunos escritores, con fundamento en los principios de nulidad y decoro; si se impone a un viudo, por el contrario, se le da fuerza, así como también cuando la prohibición de casarse no es general sino limitada a determinadas personas. La condición de no casarse con determinadas personas debe cumplirse, por no ser contraria a las buenas costumbres, puesto que la prohibición se limita a un solo individuo señalado³⁴.

ALBALADEJO (1984, 426) y, en términos prácticamente coincidentes, TORRALBA (1991, 1943)³⁵, hacen un esbozo de las posibles condiciones que, en términos generales, pueden imponerse en relación con este tema y que resultan implícitamente admitidas por nuestro Código Civil. Hay que afirmar que, estando prohibida expresamente la condición genérica de no contraer matrimonio, hay que entender admitida la genérica de contraerlo. Muchas de estas condiciones son la misma en su formulación positiva o negativa.

a) *Condición de casarse*

1.^a) Condición de casarse, en general. Así lo admitió la STS de 27 de octubre de 1892³⁶, en la que, dispuesto un legado para el caso de casarse la legataria, estimó el Tribunal Supremo que las condiciones de que una joven soltera contraiga matrimonio y tenga descendencia legítima son perfectamente morales y en consecuencia legalmente válidas.

2.^a) Condición de casarse en concretas circunstancias, como que se contraiga matrimonio canónico, o antes de cumplir una cierta edad. La STS de 31 de mayo de 1949 también admitió la condición impuesta a un sobrino al legar ciertos bienes siempre que contrajese matrimonio y se hallase ejerciendo alguna industria o comercio lícito y públicamente conocido; la de 21 de octubre de 1967, referida a una donación, admitió la condición impuesta al interesado de que si decidía contraer matrimonio, obtuviera el consejo favorable de su padre o de cierta persona si falleciera este.

3.^a) Condición de casarse con persona concreta o que cumpliera unas determinadas características. La STS de 28 de noviembre de 1981 admitió la condición de casarse con persona noble. Por lo que respecta a la condición de contraer matrimonio con determinada persona, señala OSSORIO que se ha venido admitiendo por la fuerza de la tradición, salvo el caso que la persona designada sea indigna y que, en el supuesto que la persona designada se negara a contraerlo, debe entenderse cumplida la condición, si el favorecido ha hecho todo lo posible para que tenga cumplimiento (OSSORIO, 1957, 225)³⁷. Para VAQUER ALOY (2015) no es admisible la condición de contraer matrimonio con una persona concreta (salvo en derecho aragonés, que la admite expresamente), ya que supondría una limitación de la libertad individual, pero podría admitirse excepcionalmente si se circunscribiera a contemplar la eventualidad de esas nupcias, esto es, si por ejemplo el testador instituye o lega al novio de la hija con la condición de que contraigan matrimonio.

b) *Condición de no casarse*

— Condición de no casarse durante cierto tiempo, o no casarse fuera de ciertas circunstancias. La condición de no casarse durante un periodo de tiempo concreto o en un plazo determinado debe admitirse, ya que no supone una prohibición absoluta de no casarse.

— Condición de no casarse con persona determinada (por su religión, clase social, familia a la que pertenece) STS de 7 de marzo de 1884. Consideró no puesta, por ser contraria a la moral y a las buenas costumbres la condición de no casarse con una mujer con la que mantenía relaciones

amorosas públicas y de las que había nacido una niña con anterioridad al testamento. La STS de 7 de diciembre de 1899 declaró que la condición de no contraer matrimonio el heredero o al legatario con determinada persona no es contraria a la moral o a las buenas costumbres, independientemente de las relaciones que medien entre ambos. Sin embargo, sería inmoral la condición de prohibir al interesado casarse con la persona con la que vive y tiene varios hijos³⁸. La STS de 5 de mayo de 1932 también estimó válida la de no contraer matrimonio con determinada persona.

Debe plantearse cuál es el efecto de una condición que atente contra la libertad individual de elegir religión o de manifestar las convicciones religiosas. Por ser contraria al derecho a la libertad religiosa o a la igualdad debe considerarse una condición ilícita que, por contraria a la ley a tenor del artículo 792 del Código Civil debe tenerse por no puesta.

CÁMARA LAPUENTE (2013, 28)³⁹, sin embargo, considera que este tipo de condiciones pueden ser declaradas ilícitas no porque el testador vulnere directamente el ordenamiento jurídico, sino porque el juez debe elegir una interpretación de la cláusula testamentaria que no vulnere los principios constitucionales⁴⁰.

En la casuística jurisprudencial se han valorado otras condiciones. En la STS de 29 de diciembre de 1886, el Tribunal Supremo estimó válida la condición por la que la institución se condicionaba a que la viuda, en caso de pasar a segundas nupcias su enlace mereciese la aprobación de dos parientes cercanos de la misma, varones y de mayor edad. La STS de 7 de enero de 1926 contempla el supuesto en que la testadora instituye heredera a una hermana suya, ordenando que de lo que de la herencia quedase al fallecimiento de la misma pasase a una hija de esta si hubiese desistido del propósito de casarse con determinada persona. El Tribunal Supremo partió de su admisibilidad, porque, aunque no era necesario decidir directamente sobre la validez de la condición o no, se basó en que la cumplió.

4. ¿ES CONDICIÓN SUSPENSIVA O RESOLUTORIA?

Señala ALBALADEJO (1984, 420) que el artículo 793 del Código Civil alcanza tanto a las prohibiciones suspensivas como a las resolutorias, ya que el fin que el precepto persigue se puede conseguir condicionando la institución suspensiva o resolutoriamente. No obstante, será normalmente resolutoria, porque se trata de herederos que entran en el disfrute de los bienes y que deben perderlos al contraer matrimonio. Por el contrario, la condición suspensiva no tendría razón de ser ya que hasta la muerte del instituido no podrá conocerse si se cumplía o no la condición.

5. EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE NO CONTRAER PRIMERO O ULTERIOR MATRIMONIO?

Cuando el Código dice «absoluta», se refiere a la condición de no contraer matrimonio cualquiera que sea la persona con la que se hubiera de casar y en cualquier circunstancia. Es decir, prohibición respecto de cualquier persona, en cualquier tiempo y en ningún lugar. Como acertadamente señaló MANRESA, es absoluta la prohibición que no autoriza excepción alguna, y relativa aquella que en algún modo la admite.

Es absoluta la condición de no contraer matrimonio cuando lo excluye con cualquiera, en todo tiempo y bajo toda circunstancia. También lo son aquellas que, disfrazadas bajo la apariencia de una condición relativa, son absolutas de hecho. Por ejemplo, aquellas que restringen de tal modo el círculo de personas con las que se permite contraer matrimonio que, en realidad, son «de facto» absolutas. Por inadmisibles o imposibles, se tendrían por no puestas aplicando la norma del artículo 792 del Código Civil, sin necesidad de acudir al 793.

MANRESA (1921, 191) encontró cierta contradicción entre lo prescrito en el párrafo primero y el segundo del primer apartado del precepto, pues aprecia que lo que no es moral ni conforme a la naturaleza respecto de unos, no puede serlo en cuanto a los otros, por más que en estos otros se refiera el Código al viudo o a la viuda, y que esa imposición a que se refiere el artículo la hiciera el consorte testador, los ascendientes o los descendientes de este⁴¹, aunque concluye que la razón de ser de la declaración de la ineficacia de la condición cuando se impone por el cónyuge, ascendientes o descendientes del difunto reside en la necesidad de evitar que los bienes dejados a aquel por consideración al cónyuge premuerto, fueran disfrutados a virtud del segundo o ulterior matrimonio por la persona que con más o menos ofensa de su memoria hubiera venido a ocupar su puesto en la familia.

El artículo 793.1.º prohíbe la condición absoluta de contraer matrimonio salvo que haya sido impuesta al viudo por su difunto consorte o sus ascendientes o descendientes. Permite, por tanto, que estas personas puedan condicionar la eficacia de la institución a la condición de no casarse con nadie, en cualquier tiempo y bajo toda circunstancia, aunque no la inmoral o imposible que, a tenor del artículo 792 se tendrá por no puesta en todo caso sea quien sea quien la imponga⁴². A la eficacia de la absoluta en este supuesto concreto hay que añadir la de la relativa, que lo será cuando la imponga cualquier persona, incluidos los citados parientes.

Por tanto y siguiendo a VALLET⁴³:

a) Conforme al artículo 793 del Código Civil puede imponer la condición absoluta de no contraer matrimonio a su consorte el cónyuge y los ascendientes o descendientes de este. Esta prohibición se admite desde la Novela II, capítulos 43 y 44.

b) Fuera de este supuesto, la imposición se considera contraria a la Ley (a partir de las leyes caducarias romanas Julia Papia o Julia Miscela. Dig. 35, 1, 64, 1) pero no contraria a la moral porque las condiciones contrarias a la moral son aquellas que imponen un acto inmoral al llamado.

c) Si la prohibición es relativa, es decir, referida a contraer matrimonio en cierto tiempo, circunstancias o con ciertas personas se estima que será eficaz.

Señala VALLET (1984, 144) que la doctrina dominante (SCAEVOLA, MANRESA, CASTÁN, OSSORIO MORALES, PUIG BRUTAU, SANTAMARÍA) ha interpretado que la declaración de la ineficacia de la condición absoluta de no contraer matrimonio señalada en el artículo 793.1 del Código Civil da a entender la autorización tanto de las genéricas de contraerlo como de las específicas de casarse con determinada persona o de no contraerlo con persona cierta.

ALBALADEJO (1984, 425) entiende que el 793.1 es una aplicación singular del 792, que no puede interpretarse *a sensu contrario* de modo absoluto. VALLET (1984, 145) no lo cree así, porque estima que la ineficacia no dimana de la inmoralidad sino de la ilegalidad. Como se ha señalado, la inmoralidad supone exigir del llamado una conducta inmoral y mantenerse célibe o viudo no es inmoral. Ello no impide que la prohibición redactada como relativa encierre una prohibición absoluta, por lo que sería inválida, o que esconda una conducta inmoral, como lo era en 1884 la impuesta por el testador condicionando la institución a que el llamado no contrajera matrimonio con una mujer con la que mantenía relaciones íntimas y había tenido con él un hijo⁴⁴.

6. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL

Dispone: «Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal por el tiempo que permanezca soltero o viudo».

Se trata de una excepción a la regla contenida en el párrafo primero del precepto, que se refiere a posibilidad de transmisión de derechos «a cualquiera», es decir, que se reduce al supuesto de la condición de no casarse puesta por extraños y que se extinguen con la vida del instituido: usufructo, uso, habitación o renta vitalicia. Advierte MANRESA (1921, 193) que como el

heredero o legatario no puede en caso alguno transmitir a sus herederos un derecho que ha de extinguirse cuando él muere, su estímulo para cumplir o no la condición impuesta es mucho menor que en el caso primero.

La soltería o viudez actúan como condición para resultar beneficiados con el legado, pero el motivo que mueve al testador a favorecer parece ser distinto al de la condición que regula el párrafo primero, ya que no se trata de condicionar la institución al hecho de no casarse, sino de proteger mientras libremente se está soltero o viudo⁴⁵.

7. ¿AFECTA LA PROHIBICIÓN A LAS UNIONES DE HECHO?

La SAP de La Coruña de 2 de febrero de 2021⁴⁶ resuelve si se ha producido el incumplimiento de la condición impuesta al demandado en el testamento de su esposa, que contenía la siguiente cláusula: «caso que D. Constantino contrajese segundo matrimonio, quedará sin efecto la institución hecha a su favor». La actora apelante, hermana de la testadora, alega que el demandado ha mantenido una relación *more uxorio*. Este tipo de convivencia supone unas relaciones de convivencia estables, semejantes a las que comporta el matrimonio, con un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma pero viviendo los sujetos como si fueran cónyuges (SSTS de 9 de febrero y 28 de marzo de 2012), por lo que resultando probado que la relación descrita en el supuesto de hecho revela la naturaleza marital de la relación, la Audiencia estima la demanda y la apelación interpuesta, declarando ineficaz la institución de heredero realizada a favor del demandado en el testamento.

Dice ALBALADEJO (1984, 439) que no se puede partir ni de la presunción de que en esta materia se equiparan las uniones extramatrimoniales al matrimonio ni de la que no, sino que únicamente es posible buscar la interpretación que corresponda sobre la base de los datos del caso, conjunto del testamento, sentimientos morales y religiosos del testador y circunstancias de las que quepa inducir una respuesta u otra. A todo ello ha de añadirse que no toda unión fuera del matrimonio tiene que recibir el mismo tratamiento, siendo determinante si se trata de una unión estable o de una aventura pasajera.

En todo caso y, puesto que nos encontramos ante una voluntad expresamente fijada en el testamento, ha de concluirse que el causante tuvo en su mano la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la condición a este tipo de uniones, por lo que, de haberlo querido, así lo habría expresado.

VII. ¿DEBE ENTENDERSE INCLUIDA LA CONDICIÓN DE NO DIVORCIARSE EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 793 DEL CÓDIGO CIVIL?

El texto del artículo 793 del Código Civil hace referencia a la posibilidad de imponer al heredero o legatario la condición de no contraer matrimonio. Como ya se ha visto, se prohíbe la absoluta, es decir, la de no casarse con cualquier persona y en cualquier tiempo o bajo cualquier circunstancia, salvo que se haya impuesto por el consorte fallecido o por los ascendientes o descendientes de este, en cuyo caso sí es válida. La relativa es válida en todo caso. Pues bien, la cuestión que ahora planteamos es la de si en esta prohibición puede entenderse incluida la de no divorciarse o, lo que es lo mismo, si se puede condicionar la eficacia de la institución de heredero al hecho que el interesado o beneficiario de la institución no disuelva su matrimonio. Por ejemplo, que el testador diga que instituye heredera a su hija (casada en el momento del otorgamiento), si no se divorcia de su marido, o que instituye heredero a su yerno si no se divorcia de su hija. Yendo más allá, ¿se podría imponer la condición de divorciarse? Descontento el padre con el marido elegido por su hija, ¿puede condicionar la institución de esta a que se divorcie de aquel o premiar a este con una atribución testamentaria si se divorcia de ella? Ya hemos valorado en este estudio que, tradicionalmente se han sancionado con la consecuencia prevista en el artículo 792 del Código Civil, es decir, que se tendrán por no puestas, aquellas condiciones ilícitas, inmorales y contrarias a las buenas costumbres. En ausencia de jurisprudencia al respecto por lo particular y peculiar del supuesto, parece claro que acompañar a la institución o a la ordenación de un legado de la condición de divorciarse ha de considerarse del todo contraria a las buenas costumbres y sería discutible si pudiera valorarse como inmoral. Ceñiremos, por tanto, nuestra duda a la condición de no divorciarse puesto que nada se puede reprochar a la moralidad y bondad del deseo de que no se rompa un matrimonio.

Así como para determinar la validez y eficacia de la condición de casarse hay que acudir a los artículos 792 y 793 del Código Civil, y sopesar si se cumplen o no las circunstancias que se fijan para considerar su validez, nada se dice sobre la condición de no divorciarse. Así es, ya que cuando se redactó el artículo 793, que ya figuraba como tal en la redacción original del Código de 1889, no existía el divorcio en España. Solamente durante la Segunda República se instauró por la Constitución republicana y fue desarrollado por la Ley de Divorcio de 1932, siendo derogada posteriormente tras la Guerra Civil. Lo cierto es que hasta 1981, fecha en la que se reforma el Código Civil y se recoge por primera vez la posibilidad de divorciarse en dicho texto legal no cabía pensar en que el testador pudiera imponer a la

institución de heredero o al legatario la condición de no divorciarse para efectivamente llegar a serlo. Y puesto que no se ha tocado la redacción del precepto hasta la actualidad, cabe preguntarse si, lo mismo que el Código habla de la condición de no casarse y la doctrina y jurisprudencia entienden incluida en la dicción del precepto la de casarse o casarse con determinada persona, puede considerarse afecta al régimen del artículo 793 del Código Civil la condición de no divorciarse.

Pensemos en la hipótesis de que no se tratara de una institución *mortis causa*, sino en un negocio jurídico *inter vivos*. Por ejemplo, una donación. La donación puede someterse a una condición resolutoria lícita cualquiera, entre otras, la de no divorciarse. Puede tratarse de un regalo que el padre de la novia dona a los contrayentes y cuya eficacia quedaría resuelta si el matrimonio se divorcia. Otro supuesto de donación con cláusula de reversión podría ser aquel en que un tercero dona al matrimonio la casa en la que van a vivir con la condición de que disuelto el matrimonio se diluye el motivo que impulsó el negocio jurídico, por lo que vuelve al donante la titularidad del inmueble. Desde mi punto de vista en ninguno de estos casos puede advertirse el más mínimo atisbo de inmoralidad, ilicitud o contrariedad con las buenas costumbres, por lo que serían donaciones válidas y válidas también la condiciones a las que se someten.

Si así se considera para la donación ¿qué razón puede aducirse para no permitirlo en la institución de heredero o la ordenación de un legado? Entiendo que ninguna, aún sin base legal, doctrinal ni jurisprudencial a la que acogerse.

VIII. CONCLUSIONES

I. Si nuestro ordenamiento jurídico permite, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de todo sujeto de derecho, vender, donar, y, en definitiva, el sometimiento a condición de cualquier negocio jurídico *inter vivos*, no hay ninguna razón para cuestionarse la posibilidad de modular por este medio la voluntad en los actos y negocios jurídicos que han de surtir efectos por la muerte del transmitente. Así lo permite el artículo 790 del Código Civil, refiriéndose a las disposiciones testamentarias tanto a título universal como particular, sometiéndolas a las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

II. El Código Civil contempla diversos supuestos de institución condicional dependiendo del tipo de condición al que se someta aquella en cada caso: condición potestativa, casual y mixta; condición suspensiva y resolutoria. En este último caso, se plantea la cuestión de la validez de las condiciones resolutorias a la institución de heredero por cuanto quien lo

ha sido válidamente no puede dejar de serlo porque el fallecimiento del causante solo puede atribuir este título una vez. Lo que cabría es restituir el beneficio económico derivado de la sucesión al sujeto que corresponda si el testador previó este supuesto.

III. La condición determina la eficacia o ineficacia de la institución; el modo solo obliga a su cumplimiento. Esta es otra de las cuestiones que han sido objeto de infinidad de resoluciones jurisprudenciales: la determinación de si el elemento accidental del negocio jurídico es condición o modo. Particularmente, se plantea cuando se impone la obligación de cuidado y asistencia al testador como condicionante de la eficacia de la institución. Se hace precisa en este punto una labor de interpretación de la voluntad testamentaria teniendo en cuenta las circunstancias personales del causante, del instituido y la relación entre ambos. En caso de duda se aplica el principio a favor del modo.

IV. El Código Civil establece que se tendrán por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes y a las buenas costumbres. En nada perjudicará al heredero o legatario. Son imposibles las que absolutamente no se pueden cumplir desde el primer momento. Las ilícitas son las contrarias a Derecho, bien por intervenir en los derechos de la personalidad, bien por ser captatorias. En el primer grupo se han querido incluir las condiciones relativas al matrimonio.

V. El Código Civil permite en el artículo 793 la imposición de condiciones relativas al hecho de contraer o no contraer matrimonio. Si se impone al viudo o viuda por el difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este la prohibición de contraer matrimonio puede ser absoluta, es decir, con cualquier persona y bajo cualquier circunstancia. En caso contrario solo se permiten las no absolutas o relativas, referentes a contraer matrimonio con determinada persona o persona de cierta clase o en circunstancias concretas.

VI. Este precepto ha sido objeto de muchas críticas, por cuanto se ha afirmado que este tipo de condiciones pueden afectar a la libertad de contraer matrimonio. Efectivamente la decisión sobre su matrimonio corresponde al interesado, pero si el testador somete la eficacia de la liberalidad al hecho de que el llamado se case o no se case en determinadas circunstancias o con persona concreta, ello no es sino expresión de su libertad para elegir al sucesor —a salvo, siempre, las legítimas— escogiendo el cómo y el cuándo.

VII. Puede tratarse de condición de casarse, de no casarse, de casarse con persona concreta o que cumpliera unas determinadas características, de no casarse durante cierto tiempo o con persona determinada. La variedad es infinita, pues depende de cada caso y de sus particulares circunstancias. Nos preguntamos si pudiera incluirse en este elenco la prohibición de no divorciarse. Entendemos que sí, puesto que el legislador de 1889 no pudo

pensar en este supuesto al no existir entonces el divorcio en España, y que podría condicionarse la institución al hecho de no disolver el matrimonio existente al tiempo del otorgamiento. Además, el propio Código contempla la revocación de donaciones por razón de matrimonio si este se disuelve (art. 1343 CC), por lo que no hay duda sobre la licitud de la condición.

VIII. En cuanto a si la prohibición puede afectar a las parejas de hecho, habrá que buscar la interpretación de los datos del caso pues no es lo mismo una unión estable que una aventura pasajera, así como indagar en la voluntad del testador y de sus convicciones religiosas y morales.

IX. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de diciembre de 1873
- STS de 7 de marzo de 1884
- STS de 29 de diciembre de 1886
- STS de 27 de octubre de 1892
- STS de 7 de diciembre de 1899
- STS de 7 de enero de 1926
- STS de 5 de mayo de 1932
- STS de 31 de mayo de 1949
- STS de 12 de diciembre de 1959
- STS de 21 de octubre de 1967
- STS de 28 de noviembre de 1981
- STS de 9 de mayo de 1990
- STS de 31 de diciembre de 1992
- STS de 27 de febrero de 1997
- STS de 29 de diciembre de 1997
- SAP de La Coruña de 26 de enero de 2000
- STS de 9 de noviembre de 2001
- STS de 14 de noviembre de 2001
- STS de 23 de febrero de 2002
- STS de 23 de noviembre de 2002
- STS de 20 de diciembre de 2002
- STS de 21 de enero de 2003
- SAP de Zamora de 24 de septiembre de 2004
- STS de 29 de enero de 2008
- STS de 3 de diciembre de 2009
- STS de 27 de mayo de 2010
- STS de 18 de julio de 2011
- STS de 9 de febrero de 2012
- STS de 28 de marzo de 2012

- STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2014
- SAP de La Coruña de 2 de mayo de 2017
- SAP de La Coruña de 2 de febrero de 2021

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) Comentario del artículo 793 del Código Civil, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2, Madrid: Edersa, 419 a 448.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2013) Artículo 792, en *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (dir.) Valencia: Tirant lo Blanch, 5765 a 5769.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013) en *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, Madrid: Colex.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (2008) La condición de no contraer matrimonio impuesta en el testamento de Don Quijote, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, F.J. Gómez Gállego, (coord.), Pamplona: Thomson Reuters, 1541 a 1545.
- CORDERO CUTILLAS, I. (2014), Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI A*. Fayos Gardó-P. Conde Colmenero (coord.), Madrid: Dykinson, 19 a 37.
- DÍAZ GUIJARRO, E. y MARTÍNEZ RUIZ, A. (1908) *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, Vol. V, Bilbao: Ed. Andrés P. Cardenal.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2014) Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sucesiones, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio (dirs.), Madrid: Wolters Kluwer, 347-370.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1881), *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Madrid: Librería de Gabriel Sánchez.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2005) El testamento de Don Alonso Quijano el Bueno, *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, julio-diciembre 2005, 227 a 235.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. SANCHO REBULLIDA, F.A. (2009) *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*. Madrid: Dykinson.
- LLEDÓ YAGÜE, F (2004). *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Tomo V, Madrid: Dykinson.
- MANRESA y NAVARRO, J.M. (1921) *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Madrid: Reus, 190 a 195.
- OSSORIO MORALES, J. (1957) *Manual de Sucesión Testada*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- PUIG BRUTAU, J. (1975) *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. 2, Barcelona: Bosch.
- PUIG BRUTAU, J. (1963) *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. II, Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R.M. (1962) Designación, vocación y delación sucesoria, en *Libro Homenaje al profesor José M. Pi Suñer. Problemática de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Bosch, 735 a 770.

- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Exposición elemental del Derecho civil español. Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla: Editorial Edelce.
- SANSEGUNDO MANUEL, T. (2009) Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador, *RCDI* núm. 715, 2651 a 2654.
- TORRALBA SORIANO, V. (1991) Comentario del artículo 793 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Vol. I, Madrid, 1942 a 1945.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1955) *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- (1987) *Estudios de Derecho Sucesorio*, Vol. I, 2.^a Madrid: Montecorvo.
- (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid: Civitas.
- (1984) *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva Dinámica*, Madrid: Civitas.
- VAQUER ALOY, A. (2015) Libertad de testar y condiciones testamentarias [en línea, *InDret*, número 3.2015. <https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/>.

NOTAS

¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (2008) La condición de no contraer matrimonio impuesta en el testamento de Don Quijote, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, F.J. Gómez Gállego, (coord.), Pamplona, Thomson Reuters, 1541 a 1545.

² GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (2005) El testamento de Don Alonso Quijano el Bueno, *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, julio-diciembre 2005, 227 a 235.

³ *Diario El País* de 17 de junio de 2021. Recoge el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5.^a, sentencia 26/2021 de 2 de febrero de 2021, Rec. 28/2020 que proclama la desheredación del esposo de la testadora por incumplir la condición establecida en el testamento de no volverse a casar. La voluntad de la testadora era comprender en la condición impuesta, en su referencia a las segundas nupcias o matrimonio de su esposo, también la situación de convivencia *more uxorio* o unión de hecho. Las pruebas practicadas acreditan la existencia de una relación afectiva y de apariencia conyugal, con carácter habitual y estable, mantenida durante muchos años, entre el esposo de la testadora y una tercera persona, así como el hecho de que han llevado una vida en común y han convivido en el mismo hogar, hasta el fallecimiento de esa persona, de modo que ambos se comportaban socialmente como pareja y con la apariencia de un matrimonio.

⁴ ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Exposición elemental del Derecho civil español. Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, Editorial Edelce, 140.

⁵ Fue QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA el que la ideó, por lo que se denomina caución Muciana. (D. 35, 1, 7). Esta idea fue seguida en las Partidas y codificada en el art. 800 del Código Civil.

⁶ SAP de La Coruña de 2 de mayo de 2017. Número de Recurso: 447/2016.

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, Civitas, 392.

⁸ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil* (1975), vol. 2, 272.

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1987) *Estudios de Derecho Sucesorio* Vol. I, 2.^a ed., 205-219 y 211.

¹⁰ LLEDÓ YAGÜE, F. (2004) *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Tomo V, 188.

¹¹ En relación con la liquidación de la situación del primer instituido, que deja de serlo al cumplirse la condición resolutoria, LLEDÓ trata con detalle la aplicación de las normas de liquidación del estado posesorio, así como lo relativo a los frutos. *vid.* LLEDÓ YAGÜE, F. (2004) *Compendio de Derecho Civil*, 189 y sigs.

¹² *RJ* 2002, 2717.

¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L. SANCHO REBULLIDA, F.A. (2009), 220-221.

¹⁴ PUIG BRUTAU, J. (1962) *Designación, vocación y delación sucesoria*, 748 y 749. Citado por ALBALADEJO GARCÍA, M. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo X, vol. 2, 419 y sigs. En el mismo sentido, TORRALBA SORIANO, V. *Comentarios del Ministerio de Justicia*, Vol. I, 1956.

¹⁵ *RJ* 2003, 604.

¹⁶ STS de 9 de mayo de 1990. *RJ* 1990, 3696.

¹⁷ SSTS de 29 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 229) 9 y 14 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9451) y 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002, 10985), entre otras.

¹⁸ SSTS de 3 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 269), 10 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 279), 27 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 5158), y 18 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5217).

¹⁹ En el mismo sentido, la STS de 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10426): «La función interpretativa es una actividad de soberana incumbencia de los Tribunales de Instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional»

Si no hay acuerdo en la interpretación (STS de 27 de febrero de 1997. *RJ* 1997, 1334) «la interpretación de las disposiciones testamentarias pertenece a la facultad soberana de la Sala de Instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley, lo que no sucede en el presente caso, en el que la interpretación que da la resolución recurrida, aun cuando es evidente que admite una variación igualmente lógica, no alcanza el carácter de arbitraria ni de contraria a la Ley». En el mismo sentido, STS de 29 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 9490). *vid.* sobre esta materia, SANSEGUNDO MANUEL, T. (2009) Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador, *RCDI* núm. 715, 2651 a 2654.

²⁰ GARCÍA AMIGO, M. (1969) Interpretación del testamento, *RDP*, 931 y sigs.

²¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M. (1881), *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 140.

LLEDÓ YAGÜE (2004), 196 y sigs. cita a PUIG PEÑA, que señaló que tras una lucha enconada entre sabinianos y proculeyanos, prevaleció la tesis de los primeros de establecer distinto criterio sobre la influencia de estas condiciones en materia de contratos y de testamentos: en los primeros las condiciones imposibles o ilícitas viciaban el negocio jurídico en toda su intensidad, lo cual no ocurría al tratarse de sucesiones. Se ha justificado este diferente criterio por varias razones:

1. razón histórica: repugnancia de los romanos a morir intestados, por lo que por todos los medios había que procurar proteger la validez testamentaria, considerando solo la cláusula como no puesta

2. razón psicológica: dice CLEMENTE DE DIEGO que las partes no tuvieron intención de obligarse si subordinaron su compromiso a un acontecimiento imposible. Al ser sin embargo el testamento un negocio unilateral, como dice LLEDÓ, otorgado en momento de tristeza e incompatible con el buen humor, si se somete el testamento a un evento imposible hubo de ser o por equivocación o porque el testador no midió el alcance de sus palabras. Por este motivo la institución debe prevalecer y solo se anula la condición

3. razón técnica: al ser el contrato bilateral por naturaleza, la sanción de haber impuesto una condición de esta clase debe corresponder a ambos declarándose la nulidad del acto. El instituido heredero no interviene en el otorgamiento del testamento, por

lo que la sanción debe recaer solamente en el testador, considerando la condición que quería como no puesta.

De poco peso jurídico resultan estos argumentos y no aceptables como base de una institución.

²² ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2013) Artículo 792, 5766 y sigs.

²³ La SAP de Zamora de 24 de septiembre de 2004 (rec. 204/2004) plantea el problema de la incompatibilidad de los términos en que se redacta la condición: «a falta de estos y para el caso de conmorienca». Se trataba de una situación imposible de darse en la práctica, puesto que nos encontraríamos con que la institución de heredero a favor de los hermanos se produciría en el caso en el que faltaran los hijos y descendientes y en el caso de conmorienca de esos hijos y descendientes que no existirían.

²⁴ «El artículo 792 del Código Civil, estatuye que las condiciones imposibles se tienen por no puestas; pero ya hemos visto y demostrado que aquí estamos en presencia de una condición posible y que la imposibilidad sobrevenida no puede convertir en imposible a la condición, sino que es pura y simplemente un caso de incumplimiento de la misma». (SAP de La Coruña 138/2017, 2 de mayo de 2017).

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 80/2014 de 18 diciembre. *RJ* 2014, 6744.

²⁶ CORDERO CUTILLAS, I. (2014), Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, A. Fayos Gardó-P. Conde Colmenero (coord.), Dykinson, 19 a 37. Por el contrario, otros autores, se manifiestan en sentido opuesto, entendiendo que se podrían llegar a resultados absurdos de extender el principio constitucional de igualdad a las relaciones jurídico-privadas. Así, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2014) Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sucesiones, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. TORRES GARCÍA*, A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio (dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 360.

²⁷ Ya sea por la vía de la ilicitud o por la contradicción a las buenas costumbres, las condiciones que lesionen la libertad religiosa del heredero justifican el tenerlas por no puestas y, por tanto, dejar sin efecto la condición. El juez como autoridad del Estado puede y debe pasar tal condición por el tamiz constitucional, aunque el testamento sea un negocio jurídico privado. VAQUER ALOY, A. (2015) «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, número 3.2015. <https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/>.

²⁸ Ley 17, tít. 11 de la Partida 5.ª.

²⁹ Ley 16 de Toro.

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1921), 190.

³¹ Con relación a este tema, hace referencia a la STS de 20 de enero de 1866: La testadora impuso a la hija de una de sus sobrinas la condición de contraer matrimonio con un sobrino suyo. En este caso entendió el tribunal que debía tenerse por no puesta por ser contrario a las buenas costumbres, a la libertad y a los santos fines del matrimonio el contraer matrimonio con una persona de su misma familia. Entiende el autor citado que habrá más motivo para declarar como no puesta la condición cuando el testador señaló persona determinada, pues en este caso es mayor la restricción de la libertad del heredero, por lo que no está de acuerdo con la opinión de «tan respetable tribunal», ya que el texto se haya enteramente ajustado al expuesto las leyes 14 del título IV y 22 del título IX, de la Partida VI.

³² ALBALADEJO *reformula* el texto del artículo 792 del Código Civil para ilustrar su opinión: «Es como si el artículo 792 dijese: las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se refieran al tema que se refieran y, por supuesto, también cuando versen sobre el matrimonio, se tendrán por no puestas. Y como si el 793 completase el tema diciendo: Pero en todo caso la absoluta de no contraer matrimonio se considerará contraria a las buenas costumbres y, consiguientemente, se tendrá por no

puesta». ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) Comentario del artículo 793 del Código Civil, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, vol. 2, Madrid, Edersa, 419 y sigs.

³³ PUIG BRUTAU, J. (1963) *Fundamentos de Derecho Civil*, 315.

³⁴ Lo admitió así la STS de 11 de diciembre de 1873 para los legados y debe entenderse extensivo a la herencia.

³⁵ TORRALBA SORIANO, V. (1991), 1943.

³⁶ *Jurisprudencia Civil*, sentencia nº 82, tomo III de 1892, 327. En PUIG BRUTAU, *Fundamentos... cit.*, 316.

³⁷ OSSORIO MORALES, J. (1957) *Manual de Sucesión Testada*, 225.

³⁸ Se prohibía el matrimonio al interesado con D^a Catalina Pons Gari, «a la que visitaba y estaba comprometido en amores y vías de casamiento al ser instituido heredero, y de quien ni el actor ni los testigos que declararon en el pleito dijeron nada desfavorable, rompiera compromisos tan fuertes, por lo múltiples, y tan respetables, por ser de varón a hembra, y de rico a pobre, abandonara a la indigencia, y al vicio tal vez, aquella criatura a quien había sacado de su clase, educado y hecho adquirir gustos y necesidades mayores». DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, Vol. V, 1908, 230 y sigs.

³⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), 28.

⁴⁰ Hace referencia a algunos casos que se han planteado en España, como la condición a la institución que impuso la testadora de que «si alguno hubiese abrazado estado religioso quedará excluido de la herencia (SAP de La Coruña de 26 de enero de 2000. *JUR* 2004, 02) o aquella otra en la que se ordenaba un legado para el supuesto en que las legatarias «fuesen exclaustradas y, por consiguiente, obligadas a vivir fuera de sus respectivos conventos» (STS de 10 de febrero 1986. *RJ* 521).

⁴¹ Motiva esta opinión el hecho que esa diferencia que se marca según quien sea el que impone la condición solo conduce —señala MANRESA— unas veces a violentar la naturaleza y simular estados que no se tienen, y otras a que el cónyuge superviviente, por la edad o por la posición precaria en que pudiera quedar, tenga que sufrir una vida de penalidades o de sacrificio que no hubiera consentido ni querido jamás el testador que impuso tal condición; y con mayor motivo pueden ocurrir estas desgraciadas consecuencias si el supérstite fuere la mujer que careciere de bienes propios, cuyos males no puede evitar en todo caso la herencia en usufructo concedida a la viuda o al viudo, especialmente si el marido fuese también pobre o de escasa fortuna. MANRESA y NAVARRO, J.M. (1921), 191.

⁴² Como apunta ALBALADEJO (1984), cuando el fin que se persigue sea mezquino, como el de procurar que no se case otra vez, obstaculizándole así rehacer su vida, o el de procurar desviarle injustamente de que se case con persona determinada. Igualmente, si tiempo después de enviudar y conviviendo con otra persona con la que se han tenido hijos, la condición de no casarse viene impuesta por un descendiente del difunto consorte de sus primeras nupcias, para obstaculizar la regularización de su situación, que quien establece la condición había venido aceptando como no ofensiva para la memoria de su fallecido ascendiente. (*Comentarios al Código Civil*, Tomo X, vol. 2. Arts. 774 a 805 CC)

⁴³ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984), 144. Recoge VALLET la sentencia de 20 de enero de 1866 (anterior, por tanto, al CC) que había considerado la condición de casarse con persona determinada «contraria, en general, a las buenas costumbres y a la libertad y santos fines del matrimonio», pero después el Tribunal Supremo ha considerado válidas este tipo de prohibiciones (S. de 7 de diciembre de 1899 en relación a contraer matrimonio con determinada persona, y S. de 7 de enero de 1926, sobre la condición de desistir de contraerlo con quien tenía el propósito de hacerlo).

⁴⁴ STS de 7 de marzo de 1884.

⁴⁵ Decía GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 713 del Proyecto de 1851 que es el correspondiente al que ahora estudiamos, que «conforme a la opinión de nuestros auto-

res, que consideran estas disposiciones como modales, más bien que como condicionales, y dirigidas, no a impedir el matrimonio, sino a socorrer a las hembras mientras carezcan de la protección y auxilio del marido, pues lo común es que se pongan a las hembras».

⁴⁶ *JUR* 2021, 118402.

*(Trabajo recibido el 9 de mayo de 2022 y aceptado
para su publicación el 6 de junio de 2022)*

El fundamento del dominio
público arqueológico con especial
atención a los bienes inmuebles:
una propuesta alternativa
a la dominialidad

*Fundamental of the archaeological
public domain with special attention
to real estate: an alternative proposal
to deminiality*

por

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
*Profesora titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Valladolid*

RESUMEN: La Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 declara el dominio público de los bienes de valor histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica y descubiertos, a partir de su entrada en vigor, en las condiciones que ella misma determina. Esta declaración es una novedad frente a la legislación anterior en la materia y supone desplazar las normas y principios civiles que en el derecho privado rigen la adquisición de los bienes muebles e inmuebles de estas características. Este trabajo pretende, por un lado, indagar sobre la técnica utilizada por el legislador para llevar a cabo tal desplazamiento, lo que tiene especial

importancia cuando se trata de inmuebles, dado que respecto a ellos podría resultar inconstitucional. Por otra parte, se profundiza sobre el fundamento que justifica la dominialización o demanialización de los bienes arqueológicos y, tras encontrarlo en el especial régimen de protección que supone, se muestran también sus excesos, proponiéndose, por ello, sustituirlo por su consideración como bienes patrimoniales de la Administración con notas propias del dominio público y excepciones concretas a las mismas.

ABSTRACT: The Spanish Historical Heritage Law of 1985 declares the public domain of assets of historical value that can be studied with archaeological methodology and discovered, from its come into effect, under the conditions that it determines. This declaration is a novelty compared to the previous legislation and supposes to displace the civil norms and principles that in private law govern the acquisition of movable and immovable property of these characteristics. This work aims, on the one hand, to inquire about the technique used by the legislator to make this displacement, which is especially important when it comes to real estate, since it could be unconstitutional with respect to them. On the other hand, it delves into the foundation that justifies the declaration of public domain of archaeological assets and, after finding it in the special protection regime that it entails, its excesses are also shown, proposing, therefore, to replace it by considering it as assets property of the Administration with notes of the public domain and specific exceptions to them.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio Histórico Español. Patrimonio arqueológico. Bien cultural. Dominio público. Muebles. Inmuebles. Expropiación. Indemnización. Bienes patrimoniales. Inalienabilidad. Imprescriptibilidad.

KEY WORDS: Spanish Historical Heritage. Archaeological heritage. Cultural asset. Public domain. Furniture. Real estate expropriation. Compensation. Patrimonial assets. Property owned by the Administration. Inalienability. Imprescriptibility.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TITULARIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS.—III. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL: LA ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES INMUEBLES: 1. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO IMPLICA EXPROPIACIÓN Y, POR CONSIGUIENTE, HA DE INDEMNIZARSE AL PROPIETARIO. 2. LAS INTERVENCIO-

RESUMEN DE CARÁCTER GENERAL EXCLUYEN LA EXPROPIACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN. 3. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DESDE EL DESCUBRIMIENTO EXCLUYE LA EXPROPIACIÓN. 4. EL ARTÍCULO 44.1 LPHE CONLLEVA EL ESTABLECIMIENTO DE UN LÍMITE A LA PROPIEDAD PRIVADA QUE NO REQUIERE INDEMNIZACIÓN.— IV. FUNDAMENTO DE LA DOMINIALIDAD DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS EN LA LPHE.—V. CRÍTICA A LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.— VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como se desprende del artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE)¹ que lo define, el Patrimonio Histórico Español está integrado por un conjunto de bienes de muy distinta naturaleza cuyo valor o interés cultural no se limita al estrictamente histórico o artístico, sino que puede ser de tipo muy diferente². La configuración de este patrimonio con bienes tan variados obedece a la necesidad de someter a todos ellos a un régimen jurídico especial que asegure su conservación, incremento y transmisión a las generaciones futuras, así como el acceso a los mismos de los miembros de la colectividad, en cumplimiento de la obligación de «conservación» y «enriquecimiento»³ impuesta a los poderes públicos por el artículo 46 de la Constitución, complementado por su artículo 44 que recoge el derecho de acceso a la cultura. Por ello, la LPHE declara ya en su preámbulo que su objetivo último es «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico» y que las medidas de protección y fomento que establece «solo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo». A conseguir esta meta última, en definitiva, se dirige el objeto inmediato de la esta ley, cual es, tal y como deja claro con toda rotundidad su primer artículo en su primer apartado, «la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español»⁴.

Pues bien, la integración de los bienes culturales en el Patrimonio Histórico para conseguir tales fines es independiente de su titularidad⁵, de modo que el régimen especial que dicha ley establece, sus medidas de protección o de fomento, se aplican de forma general y «uniforme»⁶ sobre todos ellos, sin perjuicio de la existencia de normas específicas para determinadas categorías. De esta forma, nos encontramos con que los bienes del Patrimonio Histórico Español pueden pertenecer tanto a sujetos particulares como a

la Administración, abriéndose, en este último caso, la posibilidad de que sean bienes patrimoniales o «demaniales⁷», es decir, de dominio público.

Este estatuto que ha de aplicarse a los bienes del Patrimonio Histórico Español con independencia de su titularidad, viene determinado hoy no solo por la LPHE de 1985, sino también por las leyes de las comunidades autónomas dictadas en la materia, las cuales parten de la regulación de la primera en cuanto que a ella le corresponde, conforme al Fundamento Jurídico 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero⁸, entre otras cosas, establecer «lo relativo a los «tratamientos generales»... y entre ellos, específicamente, aquellos principios institucionales que reclaman una definición unitaria, puesto que se trata del Patrimonio Histórico Español en general», habiendo establecido así el «núcleo duro»⁹ de la ordenación jurídica de este.

No obstante, y centrándonos en la LPHE por la razón aludida, no puede afirmarse que la cuestión de la titularidad sea irrelevante puesto que, aunque los niveles o categorías tuitivas que se establecen en la misma para conseguir los fines de «protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español» (art. 1.1 LPHE) —a saber, Bienes del Patrimonio Histórico Español, Bienes del Inventario General y Bienes de Interés Cultural—, se aplican tanto a los bienes de propiedad privada de los particulares como a los pertenecientes a la Administración, hay normas aplicables solamente a unos o a otros, dado que la propiedad privada en principio estará destinada a satisfacer intereses particulares del propietario y será necesario determinar los límites que la marcada función social de los bienes culturales impondrá a la misma de modo que también a través de ella se consigan los citados fines colectivos; igualmente, nos encontramos con que no podrán aplicarse a las Administraciones públicas, las normas que establecen incentivos fiscales o sanciones por incumplir con los deberes de conservación y utilización, puesto que no pueden beneficiarse de aquellos ni autoinculparse y autosancionarse por esto último¹⁰. Todo ello, claro está, con independencia de la existencia de regímenes específicos para los bienes del patrimonio arqueológico, del etnográfico y para los integrantes del patrimonio documental y bibliográfico.

Respecto a los bienes culturales correspondientes la Administración, la vigente LPHE no incluye ninguna disposición de carácter general de la que derive el carácter de dominio público de los mismos¹¹, ante lo cual habrá que estimar¹² que, sin perjuicio de otras disposiciones en las que para casos concretos se establezca otra cosa, dichos bienes tendrán el carácter de patrimoniales, tal y como se desprende del actual artículo 16 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), que dice: «Salvo disposición legal en contra, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos

se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público», y del artículo 5.1 de la misma, que determina: «Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales»¹³.

Por esta razón, serán de dominio público los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico Español y que, a la vez, integran el Patrimonio Nacional, puesto que, siendo de titularidad del Estado, están «afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen» (art. 2, 1 Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional¹⁴).

Igualmente, podemos encontrar normas que declaran ser de dominio público los bienes de la Administración que reúnan ciertos requisitos y que estos se den en bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico, lo que hará de ellos bienes dominiales. Así ocurrirá, por ejemplo, con «los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado», a los que el artículo 5.3 de la LPAP, declara de dominio público, de modo que todos los afectados por esa disposición que a la vez pertenezcan al Patrimonio Histórico Español tendrán dicho carácter.

No obstante, esta naturaleza dominial de los bienes del Patrimonio Histórico Español de titularidad pública, como hemos dicho, será excepcional puesto que la regla general, tal y como se deriva de lo apuntado, será carácter patrimonial.

Ahora bien, aunque no cabe afirmar que los bienes del Patrimonio Histórico Español de titularidad pública sean todos de dominio público, la misma LPHE establece de forma expresa el dominio público del patrimonio arqueológico¹⁵, al declarar en su artículo 44.1, dentro de las normas que configuran el régimen específico de este (título V, arts. 40 a 45), lo siguiente: «Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar». Se inaugura así, una línea que será seguida por todas las leyes autonómicas reguladoras del Patrimonio Cultural.

Esta declaración de la LPHE supone una importante novedad respecto a toda la legislación anterior en la materia¹⁶ y, si bien no implica la unicidad, desde el punto de vista de la titularidad, de todos los bienes de interés arqueológico —puesto que respeta las titularidades existentes antes de la entrada en vigor de la LPHE¹⁷ y además deja cierto margen para otros casos de bienes descubiertos con posterioridad a la misma, como es

el de las «partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural...», del artículo 44.5 LPHE, a lo que se unen los supuestos que pueden desprenderse, en relación al patrimonio subacuático, de la aplicación del derecho marítimo español y tratados internacionales relativos a esta materia¹⁸—, esta declaración expresa del dominio público arqueológico confirma la conclusión de que los bienes culturales de titularidad pública no tienen por qué ser dominiales, ya que si no, no hubiera sido necesario su reconocimiento específico para una categoría concreta de ellos¹⁹.

Pues bien, ni en la exposición de motivos, ni en el articulado de la Ley, ni en los debates parlamentarios de la misma, aparece reflejada la razón de la declaración del dominio público del patrimonio arqueológico, lo cual podría hacer pensar que ello es debido a que aquella es evidente o ya conocida, sin embargo, lo cierto es que no es así, tal y como manifiestan las distintas opiniones que se han dado por la escasa doctrina que se ha ocupado de este tema.

En definitiva, la titularidad de los bienes del patrimonio arqueológico (con los límites antes indicados) podría haberse atribuido a los particulares (descubridor o dueño del terreno) en régimen de propiedad privada; a la Administración como bienes patrimoniales, es decir, como «propiedad» de la misma; o a la Administración en régimen de dominio público. La LPHE ha optado por esta última solución, pero ¿por qué no cualquiera de las otras dos?

En la legislación anterior a la de 1985 relativa a los bienes culturales y, más concretamente, a los bienes de valor arqueológico, los dos tipos de titularidad descartados ahora por la LPHE (titularidad de los particulares en régimen de propiedad privada o titularidad de la Administración, como bienes patrimoniales), podían determinar el destino de los bienes arqueológicos encontrados, sin recurrir al dominio público.

Así²⁰, distinguiendo entre bienes muebles o inmuebles, conforme a la normativa del Código Civil, el artículo 350 determinaría la adquisición de la propiedad de los muebles valiosos por el dueño del terreno (si el descubrimiento fue por este o por un tercero de forma no casual) o por mitad entre el dueño y el descubridor (si el descubrimiento fue casual y por un tercero) con posibilidad de «expropiación» por el Estado en ambos casos, que adquiriría los bienes con carácter de patrimoniales. Si fueran inmuebles, a nuestro parecer, pertenecerían al dueño del terreno por constituir parte integrante del mismo por accesión, aunque según otra opinión, que no compartimos, podrían considerarse propiedad del Estado por aplicárseles la Ley de Mostrencos, de 26 de mayo de 1835 (en adelante LM)²¹.

En la Ley de 7 de julio de 1911, de Excavaciones Artísticas y Científicas y de Conservación de Ruinas y Antigüedades (en adelante, LEAC)²², los

inmuebles de valor arqueológico («ruinas», art. 4), pasarían a pertenecer al dueño del suelo (propiedad privada) con derecho de opción en favor del Estado, que los adquiriría con el carácter de patrimoniales. Los bienes muebles («antigüedades», arts. 5, 8 y 10) encontrados en el subsuelo —siempre que su antigüedad fuera del reinado de Carlos I para atrás— y de forma casual (art. 5) serían adquiridos por el Estado automáticamente, con independencia de que, según los casos, hubiese que indemnizar al descubridor (la mitad del valor) y también al dueño del suelo (la mitad del valor), si bien a este último solo si el descubrimiento se hizo en la demolición de viejos edificios; si el descubrimiento de la antigüedad no hubiera sido casual, pero se contara con autorización administrativa para la excavación, la propiedad sería para el descubridor, ya fuera el descubrimiento en terreno propio o ajeno (art. 8) y si no se contaba con autorización, pertenecerían al Estado como bienes patrimoniales (art. 10).

La Ley de 13 de mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Tesoro Artístico Nacional (en adelante, LTAN)²³, aunque declaraba dejar en vigor la LEAC de 1911 en lo que respecta a las excavaciones y objetos descubiertos en ellas (art. 37), realmente ello ocurría solo en relación a las «ruinas» (inmuebles), puesto que realmente derogaba los artículos 5 y 8 de la LEAC de 1911 (art. 40 LTAN), en relación a las «antigüedades» (de, al menos, un siglo) de modo que, en los casos de descubrimiento fortuito o fruto de exploraciones autorizadas, los bienes encontrados serían propiedad del descubridor con derecho de opción del Estado (expropiación) que podría hacerse con ellos mediando la correspondiente indemnización, bienes que tendrían carácter patrimonial. Si el descubrimiento de los bienes muebles fuera consecuencia de exploraciones no autorizadas, procedería el decomiso y, a nuestro parecer, la adquisición por el Estado como patrimoniales.

Frente a todo lo anterior, la LPHE tras definir el patrimonio arqueológico, en su artículo 40.1, como el integrado por «los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental», incluyendo «los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes», en su artículo 44.1 declara el dominio público de los bienes arqueológicos que «sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar» ¿Qué consideraciones han llevado al legislador a entender no adecuada la propiedad privada de los particulares o la atribución a la Administración como bienes patrimoniales? O, dicho de otra manera, ¿cuál es el fundamento de la declaración del dominio público²⁴? Este problema se plantea, obviamente, cuando los bienes de valor arqueológico han sido descubiertos en suelo de propiedad de un particular.

Pero, además de la cuestión de la justificación de esta opción por el dominio público, debemos preguntarnos, como paso previo, hasta qué punto podía el legislador hacer tal declaración de la forma en que la ha hecho, puesto que desde el punto de vista de los principios del Derecho civil, la misma, como explicaremos seguidamente, tiene una trascendencia mucho mayor y es más problemática cuando se trata de bienes inmuebles que cuando se refiere a bienes muebles, pudiendo suponer para el caso de bienes arqueológicos del primer tipo una expropiación legislativa sin indemnización, lo cual podría hacer de tal declaración de dominio público, inconstitucional conforme al artículo 33.3 de la Constitución. ¿Esto es realmente así?

Estos problemas se plantean del mismo modo desde la perspectiva de la legislación autonómica, ya que todas las leyes en la materia declaran, en términos semejantes a la LPHE, el dominio público del patrimonio arqueológico, razón por la que es preciso determinar si este corresponde al Estado o a la correspondiente comunidad autónoma.

Por último, advertimos que en este estudio nos centraremos en los supuestos en que los bienes de valor arqueológico se descubren en la superficie terrestre o bajo ella, dejando de lado los hallazgos realizados en el medio subacuático, dada la confluencia de legislaciones especiales nacionales e internacionales que recaen sobre él, lo que los hace merecedores de un tratamiento aparte²⁵.

II. LA TITULARIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO SOBRE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS.

La LPHE guarda silencio respecto a quién corresponde la titularidad del dominio público de los bienes de valor arqueológico descubiertos tras su entrada en vigor, lo cual lleva a preguntarse si este corresponde al Estado o a la comunidad autónoma en cuyo territorio sean descubiertos. La primera opción cuenta con importantes argumentos jurídicos, la segunda, con la fuerza de la realidad fáctica.

En efecto, la atribución de la titularidad de los bienes arqueológicos al Estado ha sido defendida en términos, a nuestro entender, convincentes, por ALEGRE ÁVILA tras su análisis del artículo 132.2 de la Constitución y de la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1988, de 29 de noviembre²⁶, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante, LA)²⁷. Alega este autor que, puesto que, según el citado precepto constitucional, el mar territorial y la plataforma continental son de dominio público estatal, los objetos y restos que se descubran en ellos deberán serlo igualmente y, si esto es así, teniendo en cuenta que el artículo 40.1 LPHE dice que «forman parte del

Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles... tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental», habrá que concluir para «evitar la ruptura de la secuencia lógica que preconiza un régimen idéntico de titularidad», que también los bienes descubiertos en la superficie o en el subsuelo deberán ser de dominio público del Estado²⁸. A ello no se opondría la transferencia de competencias a las comunidades autónomas en materia de Patrimonio Histórico y, más concretamente, para autorizar excavaciones y prospecciones arqueológicas²⁹, puesto que, aparte de que este argumento no serviría para los hallazgos casuales, de una cuestión de competencia no puede derivar la titularidad de los bienes encontrados³⁰.

Por otro lado, en la sentencia que acabamos de citar encontramos las siguientes afirmaciones que conducen a defender la titularidad estatal del dominio público arqueológico al ser aplicables a este:

a) La afectación de categorías enteras de bienes (en nuestro caso, los de naturaleza arqueológica) al dominio público (art. 132.2 CE), en cuanto supone su exclusión del dominio privado, es competencia estatal por pertenecer a la legislación civil (art. 149.1,8 CE).

b) La declaración de dominio público de categorías enteras de bienes afecta a la igualdad de los ciudadanos y es competencia del Estado garantizar la igualdad sustancial entre ellos (art. 149.1,1 CE).

c) Son separables la titularidad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas, razón por la que la titularidad de las competencias sobre determinada materia no es suficiente para justificar la titularidad de los bienes a los que dicha materia se refiere.

d) El artículo 132.2 de la Constitución establece una reserva a la ley estatal para determinar los bienes, distintos a los enumerados en él (zona marítimo-terrestre, playas, mar territorial, recursos naturales de la zona económica y plataforma continental), que pueden ser declarados de dominio público estatal y una pauta interpretativa para determinar qué bienes pueden ser declarados de dominio público por la ley estatal y de titularidad estatal: las categorías o géneros enteros de bienes identificables por sus características físicas o naturales homogéneas.

e) En la inclusión en el dominio público de categorías de bienes en atención a sus características homogéneas subyacen razones, no de ser mero soporte material de la gestión de un servicio o actividad pública, como ocurre con los bienes afectados singularmente a un servicio público o a la producción de bienes o servicios en régimen de titularidad pública, sino «otros fines constitucionalmente legítimos», vinculados a la «satisfacción de necesidades colectivas primarias». Por eso es lógico que la potestad de demanializar en relación al dominio público natural, «se reserve al Estado

en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan como unidad indivisible en el dominio público estatal... sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas sobre la gestión y aprovechamiento».

Frente a todo ello, BARCELONA LLOP ha entendido que la LPHE no dice quién es el titular del dominio público arqueológico porque no desea decirlo, puesto que cuando ha querido sí que lo ha hecho, poniendo el ejemplo del artículo 29.1, que afirma con rotundidad que «pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta ley». Frente a la claridad y concreción de este precepto, opone que el artículo 45.1 LPHE habla de «Administración adquirente» sin más, sin concretar si es la del Estado, la de la comunidad autónoma o la de la corporación local. Ahora bien, él mismo reconoce que esta falta de equivocidad el artículo 29.1 LPHE es aparente ya que, en el caso de que los bienes arqueológicos sean de titularidad de las comunidades autónomas, no cuadra que, por el hecho de exportarse ilegalmente, pasen a ser de titularidad estatal en lugar de autonómica, lo que justifica interpretando que se conservaría la titularidad originaria pero la competencia para realizar los actos conducentes a la recuperación de los bienes correspondería al Estado. No obstante, nosotros creemos que esa falta de equivocidad aparente de la que habla, también podría servir para argumentar en favor de la titularidad del Estado sobre todos aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español que, como sanción, son arrebatados a quien pretende exportarlos sin autorización, de modo que la titularidad estatal del dominio público arqueológico estaría en esta misma línea de atribución al Estado y no a las comunidades autónomas. En definitiva, concluye este autor, «el Estado ha renunciado a aparecer como titular dominical de los bienes arqueológicos posibilidad que el artículo 132.2 de la Constitución le brinda y las comunidades autónomas han ocupado la posición que ha dejado vacía», lo cual no le parece tan relevante, dado que las notas del dominio público (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) están garantizadas por la Constitución (art. 132 CE) y por tanto se darán con independencia de quién sea su titular, el Estado o una comunidad autónoma³¹.

Expuestas estas argumentaciones teóricas y pasando ya a la realidad de los hechos, nos encontramos con que varias comunidades autónomas en las correspondientes leyes reguladoras de su patrimonio histórico o cultural han declarado expresamente el dominio público autonómico de los bienes arqueológicos encontrados en su territorio³², aunque hay algunas de ellas que, como hace la ley estatal, no se pronuncian claramente sobre la cuestión, lo que es totalmente criticable.

Por nuestra parte, una vez comparadas unas leyes autonómicas con otras, atendiendo a la forma en que resuelven el problema de la titularidad del dominio público arqueológico creemos que podrían agruparse³³ de la siguiente manera:

1. Leyes que declaran el dominio público de la comunidad autónoma respecto a los muebles, inmuebles, descubiertos de forma casual o no casual, y en todo caso:

- Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural valenciano³⁴, artículos 64.1 y 65.1. Dada la referencia al artículo 44 LPHE en el artículo 64.1, parece que este pretende concretar la «Administración adquirente» que queda indeterminada en la LPHE, del mismo modo que la ley catalana a la que nos referimos posteriormente.
- Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural aragonés³⁵, artículo 69.1.
- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía³⁶, artículo 47.

2. Leyes que declaran el dominio público de la comunidad autónoma (o, en su caso, Consejo Insular), respecto a los bienes descubiertos (muebles, inmuebles, casualmente o no), salvo que haya que satisfacer derechos económicos y esto lo haga otra Administración, en cuyo caso esta será su titular:

- Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural catalán³⁷, artículo 53, que por su referencia al artículo 44 LPHE parece que tiene por misión especificar la «Administración adquirente» que queda indeterminada en la ley estatal (de forma semejante a la ley valenciana).
- En este grupo podríamos incluir también a la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears³⁸, artículo 60.1 y 60.3, pudiendo hacer de este último, el mismo comentario respecto a la referencia al artículo 44 LPHE. Hemos de llamar la atención sobre que los bienes arqueológicos se declaran de dominio público, no de la comunidad autónoma, sino del Consejo Insular respectivo.

3. Leyes que declaran el dominio público de todos los bienes descubiertos (muebles, inmuebles, casualmente o no) sin decir expresamente quién es el titular de este, aunque integrándolos en el patrimonio arqueológico de la comunidad autónoma en el mismo precepto que declara su dominialidad:

- Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria³⁹, artículo 82.1⁴⁰.
- Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura⁴¹, artículo 55.4.
- Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra⁴², artículo 56.
- Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la comunidad autónoma de la Región de Murcia⁴³, artículo 54, apartados 1, 2 y 3⁴⁴.
- Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias⁴⁵, artículo 85. Este precepto presenta la peculiaridad de que declara el dominio público de los bienes del patrimonio arqueológico descubiertos, «todo ello de acuerdo con la legislación del Estado», lo que hace surgir la duda sobre el sentido de esta remisión: si se limita al régimen de obligaciones y premios establecidos en ese precepto o si también podría ser indicio de que la titularidad del dominio público pertenece al Estado. Nosotros nos inclinamos por la primera opción. Además, presenta esta ley otra peculiaridad, puesto que no se consideran integrantes del patrimonio arqueológico de Canarias, todos los bienes susceptibles de ser estudiados con «metodología arqueológica y que se encuentren en la superficie, subsuelo, medio subacuático o hayan sido extraídos de su contexto original», sino únicamente los «pertenecientes a las poblaciones aborígenes de Canarias»; de este modo, quedan fuera del patrimonio arqueológico y por tanto no serán de dominio público en virtud de esta ley, otros bienes de valor histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica pero no relacionados con los pueblos aborígenes de Canarias⁴⁶, ante lo cual estimamos que deben considerarse de dominio público estatal.

4. Leyes que declaran del dominio público de todos los bienes descubiertos (muebles, inmuebles, casualmente o no), sin hacer especificación alguna respecto a su titularidad, ni integrarlos expresamente, en el mismo precepto que lo declara, en el patrimonio arqueológico de la comunidad autónoma, aunque tal integración pueda resultar de otro precepto:

- Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural de Asturias⁴⁷, artículo 67. 3 y 4 (dominio público) y artículo 51.1⁴⁸ (patrimonio arqueológico de Asturias)
- Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León⁴⁹, artículo 59 (dominio público) y artículo 50 (patrimonio arqueológico de Castilla y León).

- Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja⁵⁰ (BOR núm. 135, de 23/10/2004, BOE núm. 272, de 11/11/2004), artículos 56 (dominio público) y 55 (patrimonio arqueológico de La Rioja).
- Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia⁵¹, artículos 94.1 (dominio público) y 93 (patrimonio arqueológico de Galicia).
- Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural vasco⁵², artículo 74.1 (dominio público) y artículo 63 (patrimonio arqueológico vasco).

5. Leyes que declaran el dominio público solamente de los bienes muebles descubiertos (casualmente o no), sin decir expresamente quién es el titular del mismo e incluyéndolos en el Patrimonio Histórico de la comunidad autónoma:

- Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid⁵³, artículo 31.2⁵⁴ (dominio público). Esta ley no define el patrimonio arqueológico, aunque sí declara que los bienes de interés arqueológico ubicados en su territorio forman parte del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (art. 2.1).

Ante este panorama, creemos que es, no solo deseable, sino necesario, que algunas comunidades autónomas se expresen más claramente sobre la cuestión de la titularidad del dominio público de los bienes integrantes de su patrimonio arqueológico con el fin de evitar dudas al respecto.

III. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL: LA ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES INMUEBLES

Ya justificamos en otro lugar, al que nos remitimos⁵⁵, que el artículo 44.1 LPHE con la palabra «objetos» se refiere a los bienes muebles y con la palabra «restos» a los inmuebles, «muebles» e «inmuebles» aludidos directamente con estas expresiones en el artículo 40.1 LPHE, debiéndose tener en cuenta que el artículo 14.1 LPHE determina qué ha de entenderse por estos últimos a los efectos de esta ley⁵⁶. Pues bien, tal declaración de dominio público la hace el legislador estatal con base en el artículo 132.2 de la Constitución española de 1978, conforme al cual, a través de una norma con rango de ley, se podrán determinar los bienes que son de dominio

público del Estado completando la lista de los que se configuran como dominio público constitucionalmente y atribuyendo tal carácter «a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas»⁵⁷. Por tanto, haciendo uso de la facultad que la Constitución le ofrece, el legislador de 1985 hace lo propio respecto a los objetos y restos materiales que se descubran en las circunstancias y con los requisitos que la propia ley regula en sus artículos 40.1 y 44.4 y 5. Esto hace del dominio público arqueológico un supuesto de lo que se ha llamado «dominio público natural»⁵⁸, caracterizado porque para que un bien pase a formar parte de él, no se requiere actividad administrativa alguna que lo constituya específicamente como tal, sino que bastará que una norma de carácter general (ley) haya establecido la calificación de dominio público para un género de bienes (en nuestro caso, el art. 44.1 LPHE para los bienes arqueológicos descubiertos) y que el bien en cuestión reúna los requisitos exigidos para la pertenencia a dicho género (en nuestro caso, los requisitos exigidos por los artículos 40.1 y 44.1 LPHE), todo ello con independencia de la mera actividad de comprobación de la concurrencia de los mismos. Para que este tipo de bienes dejara de ser de dominio público se requeriría, ya la derogación o modificación de la ley que prescribió su dominialización desafectación por ley, ya que en los bienes concretos cesen de darse los requisitos exigidos por alterarse sus características físicas⁵⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los bienes arqueológicos a que se refiere el artículo 44.1 LPHE se hacen de dominio público en el momento de su descubrimiento —tal y como deriva de este precepto en relación con el artículo 40.1 LPHE⁶⁰ («Son de dominio público todos los objetos y restos materiales.... descubiertos...») —no si no lo están—, «hayan sido o no extraídos» y tanto si se descubren «en la superficie como en el subsuelo»—, aunque tal declaración se hace, genéricamente, de todos los bienes de valor arqueológico descubiertos en las condiciones ya señaladas, la irrupción de la misma en la realidad jurídica tiene distinto alcance desde el punto de vista del derecho privado según los bienes afectados sean muebles o inmuebles.

En relación a los bienes muebles, lo primero que llama la atención en el artículo 44.1 LPHE es que excluya expresamente la aplicación del artículo 351 del Código Civil⁶¹, cuando este no se aplicaba tal cual a los bienes arqueológicos desde la LEAC de 1911, aunque pudiera llegar a recurrirse a él para explicar adquisiciones o indemnizaciones. Creemos que la razón de esta exclusión expresa está, no solo en la voluntad de recalcar la inaplicación de las normas contenidas en él para regir las consecuencias de los hallazgos arqueológicos, sino también en impedir que la interpretación del artículo 44 LPHE se haga poniéndolo en relación con el precepto civil citado, sobre todo en relación a los premios que este precepto, en su apartado 3, concede al descubridor y al dueño del suelo en los casos de descubrimiento casual⁶².

Ahora bien, igualmente, la exclusión del artículo 351 del Código Civil supone entender que para el legislador este precepto sería el aplicable si no existiera legislación especial en la materia, lo cual implica, a su vez, que el supuesto de hecho referido a los bienes muebles del artículo 44.1 LPHE quedaría incluido entre los previstos en el artículo 351 del citado cuerpo legal de no haber sido apartado este. Por consiguiente, la exclusión del artículo 351 del Código Civil en el artículo 44.1 LPHE significa: por un lado, que el legislador parte de que los objetos (bienes muebles) arqueológicos encontrados a los que se aplicará este último, son carentes de dueño o faltos de él cuando se descubren y, por otro, dado que el descubrimiento no determinará la adquisición por el descubridor y/o el dueño del terreno en los términos regulados en el primero, sino que pasarán a ser de dominio público desde el momento en que se descubran, que la Administración vendrá a ser su titular sin traer causa de ninguna titularidad intermedia, de modo que el bien pasará de estar falto de dueño a ser de titularidad pública, concretamente, como dominio público.

El artículo 44 LPHE viene a establecer, así, un límite al contenido de la propiedad del dueño del suelo ya que, como consecuencia de él, carecerá de la facultad de adquirir la mitad del mueble arqueológico encontrado en su terreno por atracción real⁶³, facultad que conservará cuando el bien mueble descubierto no reúna los valores del Patrimonio Histórico Español.

Todo esto es posible porque los bienes muebles, a pesar de su contacto con el suelo o estar enterrados en él, conservan su entidad objetiva e independencia sustancial del fundo y en el momento del descubrimiento pueden ser declarados de dominio público sin que ello suponga expropiación, puesto que están faltos de dueño y la facultad de adquirirlos si se descubrieran, era una mera expectativa⁶⁴.

Cosa distinta ocurre con los bienes inmuebles, en concreto con las construcciones o sus restos, puesto que según partamos de un punto de vista más iusprivatista o iuspublicista, las conclusiones respecto al alcance y trascendencia de la declaración de dominio público serán distintas. Veamos las posturas posibles ante esta cuestión, advirtiendo que la primera de las expuestas constituirá nuestro punto de partida que remataremos en la última de ellas:

1. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO IMPLICA EXPROPIACIÓN Y, POR CONSIGUIENTE, HA DE INDEMNIZARSE AL PROPIETARIO

Desde un punto de vista del derecho privado y, concretamente, desde la perspectiva del derecho civil, el problema reside en que, desde que lo construido quedó adherido o unido de forma indisoluble al suelo, pasó a

ser parte integrante del mismo, *pars rei*, convirtiéndose en bien inmueble por incorporación⁶⁵, y debido a la fuerza expansiva o *vis atractiva* del derecho de propiedad del suelo, de acuerdo con el principio de que lo accesorio sigue a lo principal⁶⁶, siendo lo accesorio lo edificado y lo principal el suelo (*superficies solo cedit*), la propiedad del dueño de este se extendió a lo edificado (art. 353 CC⁶⁷). Es decir, la edificación o construcción produce un cambio en el objeto de la propiedad que tiene el titular del suelo en cuanto que esta pasa a extenderse también a lo que se ha incorporado indisolublemente a él, dando lugar a una «nueva unidad material formada por el suelo y lo edificado»⁶⁸: el objeto del derecho de propiedad sobre el suelo se modifica, se amplía, y la titularidad dominical sobre las cosas que se incorporaron al suelo desaparece como derecho independiente, puesto que desaparece también como entidad independiente la cosa incorporada.

Por todo lo anterior, lo lógico, desde el punto de vista civil, es entender que el dueño actual del suelo lo es tanto de su superficie como de los restos arqueológicos de construcciones adheridos al suelo que, por el paso del tiempo, quedaron bajo ella. Por tanto, las edificaciones o construcciones, o sus restos, no son bienes inmuebles vacantes, puesto que, sin duda, tienen dueño, el dueño del suelo, pues son parte integrante del mismo.

A corroborar tal afirmación vendría el hecho de que, en la actualidad, si los restos hallados en una finca carecieran de interés para el Patrimonio Histórico Español, nadie dudaría de su pertenencia al dueño del fundo, el cual podría servirse libremente de las ruinas o restos de la edificación que hubiera descubierto. Si tal es la conclusión en este caso, debería reconocerse también la propiedad de los restos hallados en favor del dueño del suelo cuando tienen tal interés, puesto que a él pertenecían desde que adquirió este, o incluso, en su caso, desde que la construcción se realizó.

Por otra parte, desde el punto de vista del artículo 350 del Código Civil que, en relación a la extensión vertical del dominio, suele interpretarse en el sentido de que la propiedad se extiende hasta donde llega el interés o posibilidad de utilización del dueño, estimamos que, al menos en la mayor parte de los casos, el dueño del suelo podría servirse para su provecho de los bienes inmuebles arqueológicos descubiertos, lo que quiere decir que también a ellos podría extenderse su derecho de propiedad⁶⁹.

Respetando todos estos principios del derecho civil, procedentes del derecho romano, la LEAC de 1911 estableció, reconociéndolos, que los bienes inmuebles de valor arqueológico pertenecen al dueño del terreno y así, dispuso en su artículo 4, párrafo 2: «Las ruinas, ya se encuentren bajo tierra o sobre el suelo... podrán pasar a propiedad del Estado mediante expediente de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización al dueño del terreno y al explorador, si existiere», detallando a continuación en qué consistiría la indemnización al explorador, la cual se concretaría,

en términos generales, en lo que una comisión de académicos valorase sus exploraciones. Esta regulación es respetada por la LTAN de 1933⁷⁰ que, sin embargo, modificó el régimen de los muebles, y estuvo vigente hasta la de 1985, de donde se deduce que, al menos hasta ese momento, el legislador entendía, conforme a los principios del jurídicos civiles, que la propiedad de los inmuebles arqueológicos pertenecía al propietario del fundo⁷¹.

Pues bien, si los restos pertenecían al dueño del suelo según los principios del derecho civil, hayan sido o no descubiertos, habrá que concluir que, cuando la ley los declara de dominio público, estará privando de su propiedad a su legítimo propietario y, por tanto, consagrando una expropiación⁷². Obsérvese que no es que se esté limitando una facultad, del dueño del suelo, de adquirir algo que antes no le pertenecía (como ocurre con los tesoros faltos de dueño del art. 51 CC, que no se adquirirán por el dueño ni el descubridor cuando en ellos se den los requisitos de los arts. 40 y 44.1 LPHE, puesto que estos preceptos desplazan a aquel, de modo que cuando los muebles se descubran el art. 351 CC ya no será de aplicación), sino de privarle del derecho de propiedad respecto de algo que ya le correspondía antes de descubrirse.

No puede alegarse para justificar la decisión legal, la especial función social de la propiedad que recae sobre estos bienes, pues la función social permite al legislador delimitar el contenido de los derechos⁷³, pero no vulnerar los límites de su contenido esencial sin indemnización⁷⁴. En el supuesto de los bienes inmuebles arqueológicos descubiertos ese «límite de los límites» que constituye su contenido esencial, se ha vulnerado puesto que el dueño se ve privado de los propios bienes y nada del derecho de propiedad —ni esencial, ni no esencial— permanece sobre ellos: estamos ante una privación total de los mismos al propietario. El hecho de que tal privación se haga a través de una ley no impide que podamos hablar de expropiación, puesto que, como ya hemos visto, la Constitución no excluye la expropiación legislativa⁷⁵, a la cual, y no solo a la que lleva a cabo la Administración expropiación administrativa u ordinaria, han de aplicarse las garantías del artículo 33 de la Constitución⁷⁶, de modo que aunque la misma esté justificada por razones de «utilidad pública o interés social», se deberá resarcir al propietario, pues así lo exige el apartado 3 del citado precepto constitucional⁷⁷.

Puesto que esta expropiación legislativa afectaría de forma generalizada al contenido esencial del derecho de propiedad de todos los propietarios en cuyo suelo se descubran bienes inmuebles con los valores del Patrimonio Histórico Español y susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, estaríamos ante una manifestación de lo que se ha denominado «concepto material» de expropiación, el cual se opone a un «concepto formal» en el que lo relevante es la privación singular que, frente a

la generalidad que no la padece, sufren unos sujetos en favor del interés general, de modo que han de ser indemnizados por su especial contribución al bien colectivo. Frente a ello, cuando se habla de «concepto material» de expropiación, se hace hincapié en que lo afectado es el propio contenido esencial del derecho, el cual no puede ser vulnerado por el legislador a la hora de regularlo y determinar sus contornos o límites apoyándose en su función social, de modo que si, dándose las garantías exigidas (motivo de utilidad pública o interés social), se procede de esta manera, deberá mediar la correspondiente indemnización⁷⁸. Tal y como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a las leyes que regulan de forma general una materia, está claro «en derecho español que, en sus relaciones con los bienes, el legislador no dispone de un poder absoluto; en tales regulaciones está obligado a preservar el contenido «esencial» del derecho de propiedad y que de afectar al mismo deberán articularse como leyes expropiatorias si no quieren incurrir en inconstitucionalidad»⁷⁹.

Ahora bien, si esto es así, aunque diéramos por justificada la expropiación por concurrir causa de «utilidad pública o interés social» en nuestro caso, aparece un gran problema y es que la LPHE debería haber establecido el deber de indemnizar de la Administración, tal y como exige el artículo 33.3 de la Constitución, y no lo ha hecho, lo que habría de llevar a la conclusión de que el artículo 44.1 LPHE debería ser declarado inconstitucional, igual que los preceptos correspondientes de las leyes de las comunidades autónomas que han seguido a la ley estatal en este punto.

No cabría excluir el deber de indemnizar alegando que puesto que, según la exposición de motivos de la LPHE, estos bienes deben su valor o se han «revalorizado» gracias al «aprecio de los ciudadanos»⁸⁰, no puede exigirse que los propios ciudadanos, a través de las arcas públicas, indemnicen al propietario por el valor de unos bienes que solo a esa mediación del conjunto de la sociedad se debe. Como decimos, no estimamos que esto fuera razón suficiente para excluir justificadamente el deber de indemnización al dueño, puesto que, en general, todos los bienes patrimoniales tienen el valor que les asigna la sociedad, ya sea este mayor o menor, y porque, de ser esto así, tampoco habría que indemnizar —en caso de que la expropiación fuera la única forma de atender a motivos de utilidad pública o interés social— por la expropiación de otros bienes del Patrimonio Histórico Español en manos de particulares cuyo valor se debería a la misma razón,

La falta de determinación de una indemnización⁸¹ se hace aún más llamativa si se tiene en cuenta la laxitud con la que ha expresado en este tema el Tribunal Constitucional, el cual no exige que la cuantía de la indemnización coincida con el «valor económico del bien» o con su «valor real», sino que ha entendido que basta con que entre ellos exista un «proporcional equilibrio» o un «razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su

reparación», llegando a afirmar que es suficiente con que la indemnización no esté «desprovista manifiestamente de base razonable» o, incluso, que no sea «confiscatoria» o «inexistente»⁸², lo que quiere decir que podría determinarse una indemnización menor que el valor económico de los bienes inmuebles expropiados⁸³. Dando más facilidades aún a la hora de concretar la indemnización, el Tribunal Constitucional ha llegado a declarar que esta no tiene por qué consistir en la entrega de una cantidad de dinero en metálico⁸⁴; pero ni siquiera un resarcimiento no dinerario establece la norma del artículo 44.1 LPHE. Incluso, creemos que podría determinarse el pago de la indemnización a plazos⁸⁵ o establecerse topes máximos en la cuantía de esta, lo que podría estar justificado en razones de equidad (art. 3.2 CC), teniendo en cuenta la necesidad de que se cumplan los fines que justifican la expropiación (utilidad pública o interés social, art. 33.3 CE) sin causar un empobrecimiento de las arcas públicas especialmente gravoso o perjudicial para la sociedad en su conjunto.

Podría alegarse, entonces, que esta misión indemnizatoria es la que cumple actualmente el «premio» del artículo 44. 3 LPHE⁸⁶, que se materializaría en la cuarta parte del valor del bien en caso de descubrimiento casual de los restos por un tercero o la mitad si fuera el propio dueño del suelo quien los encontrara por casualidad, pero si así se entendiera, por una parte, se estaría privando a tales cantidades de su naturaleza de «premio»⁸⁷ y, por otra, quedaría sin resolver el problema en los supuestos de descubrimientos no casuales, ya que el artículo 42.2 LPHE descarta la aplicación a estos del artículo 44.3 LPHE y, por consiguiente, del derecho a premio.

También cabría pensar que la constitucionalidad del precepto contenido en el artículo 44. 1 de la LHPE podría salvarse si se entendiera que no excluye la indemnización aunque no la mencione expresamente, pero esto, aunque recogido en alguna sentencia del Tribunal Constitucional en otro ámbito, es rechazado por la mejor doctrina⁸⁸.

Descartando, por tanto, que, aunque no establecido expresamente, exista un deber de indemnizar, quizá pueda entenderse que el legislador lo ha excluido sencillamente porque, dado el inmenso patrimonio arqueológico que esconde nuestro suelo y la enormidad de las indemnizaciones que el Estado debería abonar a los dueños de los terrenos en que se encontraran los restos, no cabe, por imposibilidad económica material, indemnizar, pero no creemos que esto sirva de causa suficiente para justificar la falta de indemnización, sobre todo si tenemos en cuenta las consideraciones que hemos hecho antes en cuanto a la flexibilidad con que puede configurarse⁸⁹.

Por consiguiente, desde la perspectiva que estamos empleando, la norma del artículo 44.1 LPHE, al hacer la declaración de dominio público de los bienes inmuebles arqueológicos estaría llevando a cabo una expropiación y, aunque estuviera justificada por motivos de utilidad pública o interés

social, sería inconstitucional por no reconocer al propietario del suelo, en cuanto dueño de los restos de inmuebles construidos en él, el derecho a ser indemnizado.

No obstante todo ello, creemos que la constitucionalidad de la norma puede salvarse, tal y como veremos al final de este epígrafe, cuando expongamos nuestra postura.

2. LAS INTERVENCIONES DE CARÁCTER GENERAL EXCLUYEN LA EXPROPIACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN

Otra alternativa, de carácter más general, en cuanto no aplicable solamente a los bienes de naturaleza arqueológica, para justificar la ausencia de indemnización en el caso de declaración como dominio público de ciertas categorías de bienes, es la que expuso MONTÉS PENADÉS. Concretamente, reflexionaba este autor: «si puede la ley reservar al sector público recursos esenciales, apartándolos de la propiedad y de la explotación privadas [art. 128 CE], o puede delimitar qué bienes han de ser de dominio público [art. 132.2 CE], y en estos preceptos nada se dice sobre la protección que, en cada caso, deban recibir los derechos individuales afectados, ¿podremos proyectar sobre estas actuaciones legislativas la idea de contenido esencial y exigir que se atenga el Estado al procedimiento de expropiación?»; pregunta a la que respondía negativamente, dado que: «la delimitación del contenido de la propiedad que la ley puede (y debe) realizar de acuerdo con la función social, se ha de producir en el contexto de la posibilidad de definir qué bienes quedan reservados a las manos públicas (art. 132), en el marco de la posible reserva de determinados recursos “esenciales” al sector público (art. 128.2) y en el cuadro de una subordinación de toda la riqueza al interés general (art. 128.1). De donde resulta, de una parte, que el problema de la expropiación (art. 33.3) se plantea frente a las que podríamos llamar “intervenciones singulares”, ya que en las intervenciones generales solo se establece la garantía de la reserva de ley y para nada se habla de expropiación o de indemnización. El artículo 33.3, además, dice que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos”, luego parte de los bienes y derechos tal y como se hayan configurado por la ley, y, en la medida en que el particular pueda tenerlos como propios»⁹⁰.

De aquí se deduciría que, a través de la ley, podrían declararse de dominio público los bienes inmuebles de valor arqueológico sin necesidad de indemnizar a nadie por ellos, ya que la ley, al configurarlos como de dominio público, no permite que sean de propiedad privada de los particulares en general. No obstante, creemos que esta postura no puede sostenerse fácilmente si tenemos en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Cons-

titucional sobre esta materia a los que ya hemos aludido más arriba y que no excluyen la indemnización en los casos de expropiaciones generales⁹¹.

3. LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DESDE EL DESCUBRIMIENTO EXCLUYE LA EXPROPIACIÓN

También hay autores que, refiriéndose específicamente al caso del patrimonio arqueológico, entienden que del hecho de que la declaración de dominio público opere desde el mismo momento del descubrimiento, deriva la inexistencia de expropiación y, por tanto, del deber de indemnizar, sin dar más explicación. Así, declara LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁹² en relación al artículo 44.1 LPHE: «No se trata... de reconocer al Estado un derecho a adquirir estos bienes descubiertos por su justo precio; se trata de que el bien encontrado, poseedor de los valores que son propios del Patrimonio Histórico, es de dominio público desde el momento de su descubrimiento y por lo tanto no procede la expropiación»⁹³.

También podríamos incluir aquí la opinión de ALEGRE ÁVILA⁹⁴, fundada en la condición de vacantes *ab initio* de los inmuebles descubiertos y más elaborada que la anteriormente citada, en cuanto ofrece una entramada argumentación legal. Entiende este autor que el silencio (en su opinión) de la LEAC de 1911 respecto a las «ruinas» o bienes inmuebles, habría de resolverse a través de la LM de 1835⁹⁵ y de la propia LEAC. En este sentido, declara que de la aplicación de la LM resultaría la consideración de las «ruinas» como bienes inmuebles vacantes, carentes de dueño, y su atribución al Estado (a la Corona, en la LM) y que la LEAC, debería aplicarse de forma estricta, sin extender el régimen de los muebles a los inmuebles, de modo que se dejara vía libre a la aplicación de la LM, con el resultado que acabamos de señalar (atribución de las «ruinas» al Estado); esto le lleva también a conclusiones sobre el sistema de premios de dicha ley, el cual no se aplicaría a los bienes inmuebles. Con esta interpretación resultaría, sigue exponiendo, que el artículo 40 LTAN de 1933 que atribuía la propiedad de lo encontrado al descubridor, solo se aplicaría a los bienes muebles, en cuanto único ámbito contemplado por la LEAC, de modo que los bienes inmuebles seguirían atribuyéndose al Estado como bienes patrimoniales vacantes. La LPHE de 1985, declararía el dominio público tanto de los muebles como de los inmuebles y, en coherencia con estos antecedentes, el sistema de premios que establece solo se aplicaría a los descubrimientos de bienes muebles. En definitiva, si se da a los restos de bienes inmuebles encontrados el trato de bienes vacantes, no será necesario indemnizar a nadie cuando se declaran de dominio público y, por tanto, la LPHE no sería inconstitucional por omitirla⁹⁶. Frente a ello, nosotros no creemos que la LM al referirse a los inmuebles vacantes, estuviese incluyendo

entre los mismos a las construcciones (o sus restos) adheridas a una porción de terreno con dueño conocido, pues este es también su propietario⁹⁷.

4. EL ARTÍCULO 44.1 LPHE CONLLEVA EL ESTABLECIMIENTO DE UN LÍMITE A LA PROPIEDAD PRIVADA QUE NO REQUIERE INDEMNIZACIÓN

En nuestra opinión, lo que hace el artículo 44.1 LPHE es establecer un límite al derecho de propiedad privada sobre el suelo, consistente en no permitir que esta mantenga su atracción hacia sí respecto a los restos de edificaciones o construcciones adheridas a él, declarándolos, en el momento en que tiene lugar ese desprendimiento, de dominio público. Concretamente, los inmuebles de valor arqueológico cobrarán autonomía objetiva⁹⁸ cuando al descubrirse como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra, obras de cualquier índole o por azar, resulten tener los valores del Patrimonio Histórico Español. El ser soporte de estos valores, convierte a los restos encontrados en algo distinto a la pura materia o, más bien, en algo que sobrepasa la pura materia, pues conllevan también un bien inmaterial⁹⁹, en cuanto bien cultural testimonio de civilización cuyo destino es la fruición colectiva. Ahora bien, como la concurrencia de esos valores no es algo atemporal, sino que su apreciación depende de las circunstancias de la ciencia, la investigación o la cultura en general en el momento del descubrimiento, la transformación de esos bienes en demaniales se producirá en ese momento, no en uno anterior. Frente a ello, los restos descubiertos carentes de dichos valores y de ese destino, se mantendrán como propiedad del dueño del suelo y parte integrante de este alcanzada por aquella.

Se dirá, entonces, que lo mismo que ocurre con los inmuebles de valor arqueológico debería ocurrir con todos los edificios o construcciones de valor histórico adheridos al suelo también soportes de un bien inmaterial cultural; sin embargo, hay una diferencia que justifica el mantenimiento de la atracción de la titularidad del suelo en ese caso y el cese de esta en el que nosotros estudiamos y es que en el que aquí tratamos, el dueño del suelo ignora la existencia del inmueble arqueológico y, por tanto, no lo ha patrimonializado de forma efectiva en cuanto que no cuenta con él, cosa que no ocurre con los edificios que se construyen sobre un terreno o que han perdurado sobre él a la vista de todos y no requieren ser «descubiertos» y ser «susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica» para formar parte del Patrimonio Histórico Español¹⁰⁰.

Esta falta de patrimonialización efectiva es, precisamente, la que justifica la no necesidad de indemnizar, en el caso de dominialización de los bienes inmuebles arqueológicos, al dueño del suelo, aunque ello suponga una expropiación.

Por tanto, en nuestra opinión, estos bienes no llegan a estar vacantes: pasan de pertenecer al dueño del suelo mientras eran ignorados, a ser de dominio público, sin necesidad de indemnización por no haber sido objeto de efectiva patrimonialización.

En apoyo de esta idea podríamos citar al diputado MARTÍNEZ MARTÍNEZ, cuando, en el debate suscitado en el Congreso en el proceso de la elaboración de la LPHE, respondiendo a una enmienda presentada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, expuso: «...lo que realmente otorga la condición de bien de dominio público a los [bienes a los] que se refiere el artículo 44, es una doble circunstancia: primero, que reúnan los valores propios del Patrimonio Histórico, que no son solamente valores arqueológicos, sino valores de tipo científico, etc., y, en segundo lugar, que se trata... de bienes que hasta el momento son bienes ignorados, bienes de los que no dispone nadie, son bienes con los que no cuenta nadie, ni siquiera, por supuesto, el propietario del terreno»¹⁰¹.

Por otra parte, esta explicación podría encontrar un apoyo en el artículo 44.5 LPHE que, al referirse al descubrimiento de las partes de estructuras arquitectónicas de un inmueble ya incluido en el registro de Bienes de Interés Cultural, establece que no se les aplicarán los apartados 1 a 4 del artículo 44 LPHE. Es decir, estamos aquí ante un caso en que el resto descubierto forma parte de un inmueble ya patrimonializado por su titular y, por esta razón, no le alcanza la declaración de dominio público derivada de su descubrimiento. No obstante, en el caso específico de que no coincidiera el titular del suelo en el que se encontró la porción de la estructura arquitectónica con el titular del inmueble declarado Bien de Interés Cultural, se planteará el problema de determinar a quién correspondería su titularidad, el cual, en nuestra opinión, debería resolverse, según las circunstancias del caso, conforme a los principios de derecho civil (por ejemplo, atribución de la propiedad al que resulte ser dueño de la mayor parte del inmueble al que pertenece la estructura descubierta, permanencia de la titularidad de la nueva estructura en el dueño del suelo en el que se descubrió...). Aunque este precepto solo se refiere a los supuestos de descubrimientos de partes de estructuras arquitectónicas declaradas Bien de Interés Cultural, haciendo un razonamiento lógico, podría ser interpretado en el sentido de que, si resulta que si se descubre una parte integrante de un bien ya declarado Bien de Interés Cultural (por tanto, de los que merecen la mayor estima), esa parte integrante no es de dominio público necesariamente, con más razón, no serán de dominio público necesariamente las partes integrantes de bienes que no tengan tanta relevancia desde el punto de vista cultural y que también estén incluidos en el Patrimonio Histórico Español.

Esta construcción, puesto que se ignora en la LEAC de 1911, que respeta los principios de derecho civil (art. 4) y, en nuestra opinión, en la LTAN de 1933, que para los bienes inmuebles remite a la regulación de la primera

(art. 37), solo se aplicaría a los inmuebles descubiertos tras la entrada en vigor de la LPHE de 1985 que es en la que el legislador cambia su concepción sobre los bienes arqueológicos.

Por último, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la LPHE en su sentencia de 31 de enero de 1991¹⁰², resolviendo los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña. Pues bien, ninguno de estos recursos impugnó ni el artículo 44.1 LPHE, ni ninguno de los que integran el régimen especial del patrimonio arqueológico (título V, arts. 40 a 45 LPHE), lo que muestra que se aceptó sin problema la declaración de dominio público de todos los bienes arqueológicos descubiertos (muebles e inmuebles), sin indemnización a los sujetos particulares que podrían haber resultado sus propietarios según los principios del derecho civil.

IV. FUNDAMENTO DE LA DOMINIALIDAD DE LOS BIENES ARQUEOLÓGICOS EN LA LPHE.

El legislador de 1985 declaró de dominio público los bienes «susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica» (art. 40.1 LPHE) que tuvieran los valores del Patrimonio Histórico Español y que fueran descubiertos «como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar» (art. 44.1 LPHE); sin embargo, ni en el articulado de la LPHE, ni en su preámbulo, ni en los debates parlamentarios, aparece alusión a la razón o razones que le llevaron a tomar esta decisión. Por ello, es necesario preguntarse por el fundamento de esta declaración, puesto que según la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio¹⁰³, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LPHE, la facultad que el artículo 132.2 de la Constitución confiere al legislador «no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes, si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas».

Por nuestra parte, creemos que para afrontar este tema es necesario partir de las características peculiares de los bienes de valor arqueológico y ponerlas en relación con los objetivos perseguidos por la LPHE, con el fin de fundamentar el régimen de dominio público en la mejor y más eficaz consecución de esos fines para este tipo de bienes. De este modo, se han de tener en cuenta dos premisas:

1. Que si el objeto de la LPHE es, según su artículo 1, «la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio

Histórico Español», y es deber de los poderes públicos, entre otros, conforme a su artículo 2.1, «garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo» y si, además, «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1, 28, de la Constitución», la Administración del Estado tiene el deber de proteger «dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación», está claro que la consecución de dichos objetivos y el cumplimiento de esos deberes en relación con los bienes de valor arqueológico requerirá de medidas más contundentes o de mayor alcance que las exigidas por otros bienes, ya que es característica peculiar de los de valor arqueológico que, en el momento de su descubrimiento, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, en cuanto expuestos a expolios, ocultaciones, deterioros o conductas dañinas¹⁰⁴, en mucha mayor medida que otros bienes del Patrimonio Histórico integrados al mismo por vías diferentes al descubrimiento en las condiciones determinadas en el artículo 44.1 LPHE. Si esto es así, habrá que analizar si el régimen de dominio público concede una mayor protección a estos bienes que el régimen de la propiedad privada o el de los bienes patrimoniales de la Administración, que pudiera fundamentar su elección por el legislador.

2. Que el objetivo último de la LPHE, según declara su preámbulo, es buscar «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico», razón por la que, igualmente, se impone a los poderes públicos, conforme al artículo 44.1 de la Constitución, el deber de «fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos» a dichos bienes (art. 2.1 LPHE), de modo que «un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo». Ante ello, habrá que plantearse si la razón de la dominialización de los bienes arqueológicos se encuentra en su afección al servicio de la cultura o, más precisamente, puesto que esta se da en todos los bienes del Patrimonio Histórico, si los bienes arqueológicos requieren especiales medidas de acceso a los ciudadanos, ya por existir dificultades para ello derivadas de su propia naturaleza, ya por su especial relevancia dentro del Patrimonio Cultural. En el caso de que la respuesta fuera afirmativa (los bienes arqueológicos requieren especiales medidas de acceso), habría que determinar hasta qué punto el régimen de dominio público facilita la consecución de este objetivo; si la respuesta fuera negativa (los bienes arqueológicos no requieren especiales medidas de acceso), el régimen de dominio público no podría fundamentarse como instrumento para conseguir esa finalidad, y bastaría con que no dificultara su consecución, para que su elección pudiera quedar justificada en el mejor cumplimiento del objetivo a que hemos aludido en el apartado anterior.

Dicho esto, en relación al primer propósito de la LPHE, creemos que el régimen de dominio público, con sus notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad¹⁰⁵ (art. 132. 1 CE¹⁰⁶ y art. 6, a, LPAP), y el resto de las

potestades que se atribuyen a la Administración (entre las que se encuentra, además de la potestad sancionadora directa¹⁰⁷, la potestad de recuperación posesoria ejercitable en cualquier tiempo —art. 44.1 LPAP—)¹⁰⁸, es el que, en efecto, otorga la protección más adecuada posible a los bienes arqueológicos atendiendo a su fragilidad en el momento del descubrimiento¹⁰⁹. Concretamente, la imprescriptibilidad supondrá la imposibilidad de adquirir la propiedad de los bienes de dominio público como consecuencia de la posesión continuada durante ciertos plazos de tiempo (10 o 20 años, para los inmuebles mediando justo título y buena fe, o 30 años sin más requisitos —arts. 1957 y 1959 CC—, o 3 años con buena fe o 6 años sin más condición, para las cosas muebles —art. 1955 CC—). En cuanto a la inalienabilidad, implicará la imposibilidad de enajenar estos bienes, de modo que si son transmitidos a los particulares, el contrato de enajenación será nulo de pleno derecho por falta de objeto derivada de su extracomercialidad¹¹⁰. La inembargabilidad evitará su embargo por deudas de la Administración. Aparte de todo lo anterior, la Administración cuenta, para la protección y conservación de los bienes de dominio público de una potestad sancionadora directa¹¹¹.

Son, por tanto, evidentes las ventajas del régimen del dominio público frente al régimen de propiedad privada de los particulares, caracterizado por su alienabilidad, prescripibilidad y embargabilidad, y por la necesidad de estos de acudir en todo caso a los tribunales para la defensa o recuperación de sus bienes, a través de las acciones civiles correspondientes y respetando los plazos establecidos, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que la propiedad privada deba ser desterrada del ámbito de los bienes del Patrimonio Histórico en general, ya que desde otros puntos de vista, presenta aspectos manifiestamente positivos¹¹².

En cuanto al régimen de los bienes patrimoniales de la Administración, si bien también este es exorbitante respecto al de la propiedad privada de los particulares, debiéndose destacar, desde el punto de vista que ahora nos interesa (el de su protección y defensa), la potestad administrativa de recuperación de la posesión de los bienes en el plazo de un año a partir de la usurpación (art. 55.3 LPAP), aparte de las potestades sancionadoras de las Administraciones públicas titulares de los mismos, lo cierto es que carece de ese *plus* de exorbitancia protectora que al dominio público atribuyen tanto las tres notas más arriba señaladas, como la inexistencia de límite temporal en el ejercicio de la potestad de recuperación posesoria.

Es cierto que la salvaguarda de los bienes del Patrimonio Histórico Español viene dada por las categorías protectoras que la propia LPHE configura, cuyo exponente máximo es la declaración como Bien de Interés Cultural, pero también lo es: 1. Que esta declaración requiere un expediente previo (arts. 9 y sigs. LPHE)¹¹³ que, en el caso de los bienes arqueológicos de que tratamos, solo podrá iniciarse una vez que el bien haya sido descu-

bierto¹¹⁴ y la Administración haya sido notificada del hallazgo (art. 44.1., 2.º inciso, LPHE), a lo que se une que, una vez incoado, la tramitación de ese expediente hasta su resolución podrá prolongarse hasta 20 meses (art. 9.3 LPHE). Ello significa que la protección, derivada de esta categoría, a los bienes arqueológicos solo podrá tener aplicación bastante tiempo después del momento del descubrimiento, cuando la realidad es que sobre estos bienes los mayores peligros se ciernen en el tiempo del descubrimiento mismo y el inmediatamente posterior. Y, 2. Que entre las medidas protectoras derivadas de la declaración de Bien de Interés Cultural no están la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad¹¹⁵, sino otras prevenciones también útiles, pero que atienden a supuestos distintos a los que suponen los riesgos más peculiares e importantes que corren los bienes arqueológicos (así, la inscripción en un Registro General —art. 12 LPHE—, la notificación de sus transmisiones y traslados —art. 13.1 LPHE—, facilitar su inspección, estudio y visita pública —art. 13.2 LPHE—, y, en el caso de los inmuebles, la inseparabilidad del entorno salvo fuerza mayor e interés social —art. 18 LPHE—, la prohibición de hacer obras, colocar cables, antenas, publicidad —arts. 18, 19 y 22 LPHE—, limitaciones a su demolición —art. 24 LPHE—, derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración —art. 38. 2 y 3 LPHE—, prohibición de inscripción de su transmisión en el Registro de la Propiedad —art. 38.5 LPHE—...)¹¹⁶.

Igualmente, cabría oponer a la consideración de las notas características del régimen de dominio público como fundamento de la declaración como tal de los bienes de valor arqueológico, que de la propia LPHE, y no del régimen de titularidad propiamente dicho, derivan las notas de inalienabilidad e inembargabilidad para los bienes muebles pertenecientes a las Administraciones públicas, si bien con excepciones, en relación con la primera (art. 28.2 y 3 LPHE). Frente a ello, ha de hacerse notar que tales caracteres solo se atribuyen a los bienes muebles, dejando excluidos los inmuebles, con lo que de aplicar el régimen de los bienes patrimoniales previsto por la LPHE a los bienes arqueológicos, los inmuebles se verían desprotegidos desde este punto de vista¹¹⁷.

En definitiva, desde la perspectiva del objetivo de la LPHE de proteger y conservar los bienes que lo constituyen para transmitirlos a las generaciones futuras, promoviendo el enriquecimiento de nuestro patrimonio, puede entenderse que el régimen de dominio público es el más adecuado a las peculiaridades de los bienes susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica (art. 40.1 LPHE) y que se descubran en las circunstancias del artículo 44. 1 LPHE, de modo que aquí puede encontrarse su justificación. A mayores, a las normas reguladoras del régimen del dominio público se le superpondrán las derivadas de la propia LPHE, lo que «cerrará el círculo» de protección de los bienes arqueológicos¹¹⁸.

Planteemos ahora la cuestión desde la otra de las premisas apuntadas, lo que nos permitirá concretar si el fundamento de la declaración de dominio público que tratamos es doble o si esta se basa solo en la necesidad de una especial tutela jurídica para estos bienes.

Pues bien, desde el punto de vista del objetivo último de la LPHA, es decir, el acceso a los bienes del Patrimonio Histórico Español por parte de la colectividad, cabe afirmar que los bienes arqueológicos, en general, no presentan, como derivada de su propia naturaleza, ninguna dificultad añadida para su acceso una vez descubiertos y tampoco tienen un *plus* de relevancia frente al resto de los bienes del Patrimonio Histórico Español que exija condiciones facilitadoras de la accesibilidad a los ciudadanos de modo que estos puedan visitarlos o estudiarlos con mayor asiduidad que los demás. Esto quiere decir que, si los bienes culturales distintos de los arqueológicos no ha sido necesario someterlos a ningún régimen de titularidad especial (dominio público) para cumplir con este objetivo que pesa sobre todos por igual, tampoco lo será cuando se trate de bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico¹¹⁹. La afectación al servicio público de la cultura se da en todos de la misma manera, con independencia de su régimen de titularidad, y deriva de las propias normas de la LPHE y, en especial, de la declaración de Bien de Interés Cultural (que implica el deber de permitir y facilitar su estudio a los investigadores y su visita pública en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados y, en el caso de bienes muebles, el de exhibición durante un periodo máximo de cinco meses cada dos años, art. 13.2 LPHE) o de la inclusión en el Inventario General de bienes muebles de singular relevancia (que supone la obligación de permitir su estudio a los investigadores o la obligación de prestarlos a exposiciones temporales, art. 26.6, b LPHE). Ahora bien, aunque la declaración de dominio público no puede fundarse en la consecución de este objetivo respecto a los bienes arqueológicos, no es menos cierto que este tipo de titularidad facilita el acceso de los ciudadanos a estos bienes, ya que no será necesario compaginar el interés particular de un hipotético dueño privado y el interés de la colectividad, pasando a ser este último el único a tener en cuenta¹²⁰. Por otro lado, es cierto que la sumisión de los bienes que nos ocupan al régimen de los bienes patrimoniales de la Administración pública, también facilitaría este acceso, sobre todo teniendo en cuenta que, según el artículo 8.2 LPAP, la gestión de los mismos «deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución» de las políticas públicas; sin embargo, el art. 8.1 de dicha ley, impone primeramente como principios a los que las Administraciones públicas han de atenerse respecto a los bienes de su propiedad, los de «eficiencia y economía en su gestión» y «eficacia y rentabilidad en su explotación», lo que hipotéticamente podría llevar a limitar ese acceso en mayor medida

que si los bienes son de dominio público, si bien, ello no tiene por qué ser necesariamente negativo. En definitiva, aunque el régimen de dominio público no es necesario para asegurar el acceso a los bienes del patrimonio arqueológico por parte de los ciudadanos, tampoco es un obstáculo para ello e, incluso, puede resultar favorable, en ocasiones, para la consecución de esta finalidad.

En conclusión, podemos decir que el dominio público arqueológico se funda en la especial necesidad de protección de los bienes arqueológicos, manifestada principalmente, en el momento de su descubrimiento y que, si bien es cierto que tal declaración puede facilitar también el acceso de los ciudadanos a estos bienes, esto último no justifica la elección del legislador.

Esta es la línea por la que ha optado la mayoría de la doctrina¹²¹ al hacer alusión a la necesidad de especial protección de estos bienes, pero normalmente sin dar más explicación sobre ello que la contenida en la propia afirmación de la finalidad protectora de la declaración de dominialidad¹²². Excepción a este panorama doctrinal y, además, de forma muy reseñable, es la de BARCELONA LLOP, a cuyos argumentos nosotros nos sumamos, el cual, tras destacar que la peculiaridad de este dominio público de los bienes arqueológicos es que la razón del mismo no se encuentra en la utilidad pública o la afectación a un servicio público, sino en la propia consistencia de este régimen como régimen protector, dado que se les declara de dominio público para aplicarles el régimen jurídico de protección en que el mismo consiste, el régimen de protección más intenso posible, porque «son acreedores de una tutela jurídica superior», concluye que la declaración de dominio público es la «técnica jurídica teóricamente más apta para poner coto a las agresiones» y el legislador ha optado por ella «seducido... por sus enérgicas consecuencias»¹²³.

Por nuestra parte, además creemos que a todo lo anterior se puede añadir que la declaración de dominio público de los bienes arqueológicos como forma de prestar una especial protección a los mismos, a su vez se justifica como medio eficaz de «fomento de la riqueza nacional» (art. 339, 2.º CC y STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14¹²⁴), puesto que esta no es solo la económica, sino también la cultural, y dentro de ella, no solo la objetiva, al permitir tanto la conservación como el incremento de los bienes del Patrimonio Histórico Español, concretamente, del Patrimonio Arqueológico, que, en otro caso, podrían verse perjudicados, sino también la espiritual de los ciudadanos, dado que será mayor la riqueza cultural de la que podrán disfrutar gracias al régimen especialmente protector de dichos bienes, lo que redundará en el más completo desarrollo de su personalidad.

Igualmente, si tenemos en cuenta, como dijimos más atrás, que estos bienes se consideran faltos de dueño al descubrirse y que, según la teoría de los bienes culturales, el bien cultural inmaterial del que son soporte no

es susceptible de apropiación, sino que ha de destinarse a la fruición colectiva, resultará que la incorporación de los bienes arqueológicos al dominio público, será totalmente coherente con el significado que, según la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre tiene la «institución jurídica del dominio público», cual es, «no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*»¹²⁵.

No obstante, aunque la mayoría de la doctrina considera que el fundamento de la declaración del artículo 44.1 LPHE se encuentra en esta finalidad protectora, tal postura no es unánime, debiéndose destacar a este respecto la posición de otro autor de gran relevancia en el estudio del Patrimonio Histórico: ALEGRE ÁVILA. Entiende este autor que la declaración de dominio público tiene por finalidad excluir la aplicación del régimen civil del tesoro (bienes muebles) a los hallazgos arqueológicos y, con ello, imposibilitar el surgimiento de derechos atributivos de titularidades privadas en favor del dueño del suelo y el descubridor, de modo que a estos se les pueda considerar solamente merecedores, en los casos de descubrimiento casual, de un premio en metálico; entiende además, que de esta forma se evitan todas las encendidas discusiones que, respecto al modo de adquirir los tesoros, existen en la doctrina civilista¹²⁶ y que podrían resurgir si se atribuyese estos bienes como patrimoniales a la Administración¹²⁷.

Al respecto nosotros podemos decir que la exclusión de todo derecho en favor del descubridor o del dueño del suelo derivado del régimen del tesoro (bienes muebles) en el Código Civil, queda posibilitada cuando el legislador decide insertar la cuña del derecho administrativo que constituye el artículo 44 LPHE en el momento mismo en que los bienes arqueológicos se revelan como faltos de dueño (el momento del descubrimiento), justo antes de que las normas civiles del tesoro hayan tenido posibilidad de aplicarse, lo que lleva al desplazamiento de estas y a la sustitución del régimen civil de atribución de la propiedad de lo encontrado al dueño del suelo o al dueño del suelo y al hallador, por el administrativo de la atribución de la titularidad de lo descubierto a la Administración, de modo, que, puesto que ni al dueño del terreno ni al descubridor se les puede considerar privados de nada, dado que nada han llegado a adquirir, en nada deberá indemnizárseles, conclusión que sería predicable tanto si se determina que la Administración adquiere los bienes como dominiales (según se ha hecho), como patrimoniales, y que también permite desvincular los premios de la existencia de derechos previos sobre lo adquirido. Es decir, a nuestro parecer, lo que posibilita que la Administración no tenga que indemnizar a dichas personas privadas, no es la declaración de dominio público, sino

la consideración de los bienes muebles arqueológicos como faltos de dueño al descubrirse, y el apartamiento de las normas de derecho privado que atribuían esos bienes a los particulares que, de no ser así, habrían actuado en el momento del descubrimiento.

V. CRÍTICA A LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

Como acabamos de ver, estamos de acuerdo con la postura mayoritaria que ve el fundamento de la declaración de dominio público de los bienes arqueológicos enunciada por el artículo 44.1 LPHE, en la especial protección que supone este régimen, derivada sobre todo de sus notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Sin embargo, ello no quiere decir que creamos que el régimen de dominio público sea imprescindible o el más conveniente para estos bienes.

En efecto, en nuestra opinión cuando el legislador estableció el régimen de dominio público para ellos, pensaba únicamente en las especiales circunstancias de vulnerabilidad que se dan en el momento de su descubrimiento y en el tiempo inmediatamente posterior¹²⁸, circunstancias que, en general, no se dan cuando el resto de los bienes culturales ingresan en el Patrimonio Histórico Español y que justifican el trato diverso a unos y a otros desde el punto de vista de su titularidad y régimen jurídico. Ahora bien, esas circunstancias no son consustanciales a los bienes arqueológicos, ya que las mismas no tienen por qué prolongarse ilimitadamente en el tiempo. Ha de tenerse en cuenta que los bienes arqueológicos, sobre todo los bienes muebles, una vez que se ha dado cuenta de su descubrimiento a la Administración y son extraídos, son puestos a buen recaudo mediante su depósito en un Museo o en el centro que la Administración determine (art. 42.2 y 44.2 LPHE), de modo que pasan (o, al menos, así debería ser) a gozar de condiciones de seguridad semejantes a las del resto de los bienes de carácter histórico; en el caso de los inmuebles, por su parte, a veces se construyen instalaciones para su protección que incrementan en gran medida su seguridad frente a daños y expolios, incluso aunque estén alejados de los núcleos de población y, en ocasiones, se trasladan, como si de muebles se tratara, a las salas de exposiciones museísticas (caso de muchos mosaicos, por ejemplo). A partir de este momento, es obvio que los bienes de valor arqueológico no requieren, por razón de su protección, un régimen de titularidad especial que los distinga del resto de los bienes del Patrimonio Histórico Español. De este modo, nos encontramos con que el dominio público arqueológico está justificado en el momento del descubrimiento y la fase temporal inmediatamente

posterior y, en general, hasta que queden materialmente protegidos, pero no más tarde. En otras palabras, la justificación no permanece *sine die* y llega un momento en que desaparece.

Por otra parte, hay casos en que se acumulan grandes cantidades de bienes arqueológicos del mismo tipo, de semejante valor y características, cuyo almacenamiento no contribuye ya, o lo hace escasamente, a enriquecer cualitativamente nuestro Patrimonio Histórico, y cuya enajenación podría ser útil a este fin, ya por permutarse por otros bienes de valor histórico en general o arqueológico en particular, de los que haya menos ejemplares o de los que se carezca, ya por poderse obtener con su venta un dinero que podría quedar afecto a la conservación o incremento de dicho patrimonio. No nos referimos a aquellos que constituyen un conjunto, quizá desde su descubrimiento, cuyo mantenimiento en su integridad les aporta un valor añadido y un atractivo especial, tanto desde el punto de vista del investigador científico como del ciudadano de a pie que los pueda visitar, ni de colecciones que deban mantenerse completas¹²⁹, sino de otros en los que no se dan estas circunstancias y respecto a los cuales sería posible desprenderse de algunos de los ejemplares una vez asegurada su presencia en los centros o museos españoles en que fueran requeridos.

Por estas razones, creemos que ha de buscarse un régimen de titularidad a estos bienes que permita tener en cuenta las necesidades que en cada momento han de colmarse sobre los mismos. En otras palabras, un régimen equilibrado que permita su protección especial cuando esta es necesaria, pero que no entorpezca o impida disponer de ellos cuando esto sea lo más conveniente para nuestro Patrimonio Histórico en su conjunto.

Concretamente, en nuestra opinión, este régimen equilibrado sería el derivado de la declaración de estos bienes como bienes patrimoniales de la Administración, pero con las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, de forma semejante (no igual) a como hace el artículo 28.2 y 3 LPHE para los bienes muebles del Patrimonio Histórico Español pertenecientes a las Administraciones públicas, al predicar de ellos la inalienabilidad, salvo excepciones, y la inembargabilidad. Por tanto, se trataría de atribuir a los bienes arqueológicos, tanto muebles como inmuebles, las notas características del dominio público, a pesar de ser bienes patrimoniales, con lo cual se les brindaría una protección especial (en comparación con el régimen de la propiedad privada) en el tiempo del descubrimiento y el inmediatamente posterior, hasta su aseguramiento, que es cuando esta es requerida y, aunque no fueran dominiales, tampoco lo serían de propiedad privada de los particulares, con lo que no habría que compaginar su fruición colectiva con los intereses privados de estos. Es cierto que esto supondría que la Administración solo podría ejercer su potestad de recuperación posesoria durante un año (ya no ilimitadamente, como ocurriría si los bienes fueran

de dominio público, arts. 55 y sigs. LPAP), pero esta pérdida en el grado de protección se vería compensada por la prestación de una mayor atención a la situación de estos bienes cuando ya han sido asegurados, mediante el establecimiento de excepciones a la inalienabilidad en las que se concretaran los casos en que los bienes arqueológicos podrían ser enajenados, lo cual sería posible precisamente por no ser demaniales, sino patrimoniales. Estas enajenaciones podrían suponer la permuta o la venta (nunca enajenaciones a título gratuito), debiéndose detallar legalmente las condiciones en que las mismas podrían llevarse a cabo. Así, respecto a los bienes a enajenar, cabría exigir la abundancia de bienes de ese mismo tipo o, incluso, cuando el fin lo requiriera (por ejemplo, para permutarlos por otro u otros especialmente valiosos y significativos para la cultura española), simplemente la existencia de más de un ejemplar¹³⁰, y respecto a la contraprestación, la determinación de la clase y valor de los bienes por los que podrían ser permutados o el establecimiento de la afectación del precio obtenido en caso de venta, a la conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico de titularidad pública, no a otros fines, así como la concreción de los mecanismos de control de todo ello, como puede ser la necesidad de informes favorables de academias y comisiones especializadas. Tales condiciones deberían ser fijadas expresamente por la ley con el fin de evitar arbitrariedades de la Administración o, más bien, de los miembros de la misma, e ir acompañadas de un severo régimen sancionador para el caso de incumplimiento de tales requisitos, el cual recaería sobre las personas integrantes de los órganos encargados de la adopción y control de estas decisiones. En todo caso, se mantendría la imprescriptibilidad e inembargabilidad, con lo que, a través de la primera, se conseguiría que los bienes fueran protegidos frente a eventuales enajenaciones ilícitas y, como consecuencia de la segunda, se evitaría que los bienes del patrimonio arqueológico terminaran respondiendo de obligaciones incumplidas por la Administración, nota esta que, en nuestra opinión, debería predicarse *lege ferenda* de todos los bienes del Patrimonio Histórico Español, en manos de las Administraciones públicas.

Por otra parte, queremos destacar que seguimos en este punto la línea propuesta por MOREU, aunque introduciendo alguna variación de importancia. Considera este autor¹³¹ discutible, como nosotros, la inclusión de los hallazgos arqueológicos en el dominio público, dado que su especial vulnerabilidad antes del descubrimiento hasta la puesta bajo el control de la Administración, no es justificación suficiente, sin que pueda encontrarse esta en los tratados internacionales ratificados por España, que lo que le exigen es solo «la persecución de los objetos arqueológicos provenientes de excavaciones ilícitas o clandestinas» o «el tráfico ilícito de bienes históricos o culturales»¹³². Destaca este autor, igualmente, la sobreabundancia de ciertos tipos de bienes depositados en los museos, respecto a los cuales la

inalienabilidad carece de sentido e, incluso que la inalienabilidad puede dar lugar a discriminaciones entre españoles cuando la misma se predica de los hallazgos arqueológicos sometidos a las leyes de las comunidades autónomas. Ante ello, lo que MOREU propone es que los hallazgos arqueológicos sean bienes patrimoniales de la Administración y, por tanto, alienables, pero con la peculiaridad de ser imprescriptibles para los particulares halladores (clandestinos) y sus causahabientes, pareciéndole razonable confiar en la sensatez de los políticos del país a la hora de hacer uso de esa alienabilidad¹³³.

En nuestra opinión, al confiar la no realización práctica de los peligros que supone la alienabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración, a la sensatez de los políticos, MOREU pone de manifiesto dónde podría estar la quiebra de las bondades de la aplicación del régimen de los bienes patrimoniales sobre los bienes del Patrimonio Histórico Español, en general, y del Patrimonio Arqueológico, en particular, cual es la posibilidad de llegar a tener unos políticos insensibles a los intereses culturales de la nación. A ello hemos tratado de hacer frente con nuestra propuesta, la cual cobra mayor justificación si se tiene en cuenta que la enajenación de los bienes patrimoniales de carácter arqueológico de titularidad administrativa no siempre podría depender de la voluntad de nuestros políticos o no siempre tendría que depender solo de ellos; nos estamos refiriendo a la influencia que la situación económica del país podría tener en esta materia, de lo que tenemos dolorosas pruebas en los numerosísimos bienes culturales, tanto muebles como inmuebles, que sujetos particulares, Ayuntamientos o la Iglesia Católica, enajenaron a coleccionistas extranjeros por razones de necesidad económica (otras veces, también es cierto, por ignorancia o avaricia) en tiempos no tan lejanos y que, en el mejor de los casos, podemos contemplar hoy en museos más allá de nuestras fronteras¹³⁴. Es cierto que la situación hasta hace unos años en este sentido podría no ser preocupante y simplemente bastara confiar en la sensatez de los políticos para tener la tranquilidad de que ese tipo de enajenaciones no se volverían a repetir respecto a los bienes patrimoniales de la Administración que fueran alienables pero, si tenemos en cuenta que la deuda pública española crece constantemente y que en la actualidad (con datos de septiembre de 2021) se sitúa en el 122% del PIB¹³⁵, cabe preguntarse qué ocurriría si los acreedores en un momento dado exigieran la satisfacción de lo que se debe y no hubiera liquidez para pagar: ¿acaso no podrían proponer el pago con alguna obra de nuestro Patrimonio Cultural, concretamente, del arqueológico, o proceder al embargo de alguna o algunas de ellas para conseguir la satisfacción de sus créditos? Esto no sería posible si fueran de dominio público, pero tampoco si fueran bienes patrimoniales a los que se aplicaran las tres notas del dominio público, con excepciones puntuales a la inalienabilidad, entre las que las enajenaciones que acabamos de aludir, precisamente, no estarían incluidas.

El Proyecto de Ley por el que se regula la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico Español, de 3 de septiembre de 1981¹³⁶, estaba mucho más cerca de estas posiciones que la LPHE de 1985, pues declaraba «propiedad del Estado [no dominio público] todos los objetos y restos materiales [por tanto, muebles e inmuebles] de interés cultural que posean más de cien años de antigüedad, descubiertos casualmente o como consecuencia de excavaciones, exploraciones, prospecciones u obras de cualquier índole en el suelo y subsuelo o bajo las aguas» (art. 51.1), y determinaba la imprescriptibilidad de los bienes muebles encontrados si el descubridor incumpliera la obligación de poner en conocimiento de la Administración su descubrimiento (art. 52.1 y 2), lo que impediría la adquisición por usucapión tanto por él como por otras personas que trajeran causa del mismo. Por otro lado, en su artículo 36.1 se declaraba la inalienabilidad de los «bienes muebles incluidos en el Catálogo del Patrimonio Histórico-Artístico Español» pertenecientes a la Administración del Estado y las demás Administraciones públicas, amén de a las personas jurídicas sin fines de lucro, «a menos que el adquirente se comprometa previamente a destinar el bien de que se trate a un Museo, Archivo o biblioteca abiertos al público», sancionándose con la anulabilidad (art. 36.2) las enajenaciones realizadas incumpliendo lo anterior. No obstante, ha de destacarse que esta inalienabilidad con las excepciones vistas, se refería solo a los bienes muebles incluidos en el citado Catálogo, en el cual únicamente figuraban los que hubieran sido integrados en él de forma expresa «por poseer de modo relevante alguno o algunos de los valores a que hace referencia el artículo 1.º», es decir, «valores históricos, artísticos, monumentales, paleontológicos, etnográficos o arqueológicos», entre los que estaban las «Antigüedades» u «Obras de Arte», bienes muebles «considerados tanto aislada, como conjuntamente, si integran una colección» (art. 7, e).

Por último el Anteproyecto de Ley por la que se modifican la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹³⁷, introduce novedades en lo relativo a la regulación específica del patrimonio arqueológico (título V de la LPHE). Concretamente, modifica el artículo 40 para incluir un apartado dedicado específicamente al Patrimonio Histórico Subacuático al que «serán de aplicación los principios de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, priorizando la conservación *in situ* del mismo» (apartado 3), atribuye al Ministerio de Cultura y Deporte la competencia para autorizar excavaciones o prospecciones arqueológicas en terrenos y bienes inmuebles del Estado cuya gestión no haya sido transferida a otras administraciones, (art. 42.1), y prohíbe el empleo de detectores de metales (art. 42.4), pero deja intacto el artículo 44, con su declaración de dominio público. Creemos que ha de aprovecharse la tramitación de este anteproyecto para plantear la posibilidad de introducir

un cambio a este respecto y declarar a estos bienes como patrimoniales de la Administración, pero con las peculiaridades señaladas y justificadas más arriba.

VI. CONCLUSIONES

I. La declaración de dominio público del patrimonio arqueológico que realiza el artículo 44.1 LPHE es una novedad en relación con toda la legislación anterior.

II. Tal declaración no tiene un alcance absoluto puesto se respetan las titularidades anteriormente existentes, aparte de otros supuestos específicos.

III. Esta declaración de dominio público se recoge en todas las leyes autonómicas.

IV. Aunque los argumentos en favor de la titularidad estatal del dominio público arqueológico son convincentes, de la realidad fáctica resulta la atribución de la titularidad a las administraciones autonómicas (o Consejos Insulares, en su caso). No obstante, ello no se desprende con la misma claridad en todas las leyes de las comunidades autónomas, debiéndose reclamar a estas que pongan fin a tal situación de indeterminación.

V. La declaración de dominio público supone, tanto en relación a los bienes muebles como a los inmuebles, un límite a la propiedad del dueño del suelo que configura su contenido.

VI. Respecto a los bienes muebles, tal declaración se realiza desplazando la aplicación del artículo 351 del Código Civil, de donde resulta que el dueño del suelo carecerá de la facultad de adquirir la totalidad o la mitad de lo encontrado por atracción real cuando ostente los valores del Patrimonio Histórico Español, lo que supone un límite a su derecho de propiedad. No existe expropiación ni, por tanto, nada por lo que haya que indemnizar.

VII. En cuanto a los inmuebles arqueológicos, la declaración de dominio público implica una expropiación, puesto que los mismos ya pertenecían al dueño del suelo antes de encontrarse. No obstante, su no patrimonialización efectiva por parte del dueño del suelo, justifica que no proceda indemnización a su favor y salva la constitucionalidad del precepto a este respecto.

VIII. El fundamento de la declaración del dominio público arqueológico está en la necesidad de establecer el régimen de titularidad más tuitivo posible dada la situación especial de vulnerabilidad de estos bienes al encontrarse.

IX. A pesar de lo anterior, no encontramos totalmente justificado este régimen si tenemos en cuenta también la situación de estos bienes una vez asegurados por la Administración. Por ello, abogamos por que se decla-

ren bienes patrimoniales de la Administración, pero inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo determinados supuestos en que podrían enajenarse con el fin de cumplir mejor con los deberes de conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español que impone a los poderes públicos la propia Constitución.

VII. RESOLUCIONES CITADAS:

- STC 11/1981, de 8 de abril (*BOE* núm. 99, 25 de abril de 1981)
- STC 108/1986, de 29 de julio (*BOE* núm. 193, 13 de agosto de 1986)
- STC 166/1986, de 19 de diciembre (*BOE* núm. 3, 3 de enero de 1987)
- STC 28/1997, de 13 de febrero (*BOE* núm. 63, 14 de marzo de 1997)
- STC 37/1987, de 26 de marzo (*BOE* núm. 89, 14 de abril de 1987)
- STC 227/1988, de 29 de noviembre (*BOE* núm. 307, 23 de diciembre de 1988)
- STC 17/1991, de 31 de enero (*BOE* núm. 48, de 25 de febrero de 1991)
- STC 149/1991, de 4 de julio (*BOE* núm. 180, de 29 de julio de 1991)
- STC 66/1995, de 8 de mayo (*BOE* núm. 140, 13 de junio de 1995)
- STC 204/2004, de 18 de noviembre, (*BOE* núm. 306, 21 de diciembre de 2004)
- STC 49/2015, de 5 de marzo (*BOE* núm. 85, 9 de abril de 2015)
- STC 144/2015, de 22 de junio (*BOE* núm. 182, 31 de julio de 2015)
- STC 45/2018, de 26 de abril (*BOE* núm. 130, 19 de mayo de 2018)
- STS (Sala de lo Civil) de 22 marzo de 1976 (*RJ* 1976, 1425)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 6928)
- STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 22 de noviembre de 2004 (*RJ* 2005, 448)
- STS ((Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de mayo de 2020 (*RJ* 2020, 1621)

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

- ACEVEDO PENCO, A. y PERALTA CARRASCO, M. (2016). *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural. Aproximación doctrinal, legal y jurisprudencial a sus mecanismos privados y públicos de protección*. Madrid: Dykinson.
- ALEGRE ÁVILA, J.M. (1991). Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 sobre la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, mayo-agosto, 181-221.

- (1994). *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, T. I.* Madrid: Ministerio de Cultura.
- (1994). *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, T. II.* Madrid: Ministerio de Cultura.
- (2019). Decálogo sobre los modos de adquisición de los tesoros arqueológicos, [en línea], <https://www.nuevoderechourbanistico.es/2019/08/14/decalogo-sobre-los-modos-de-adquisicion-de-los-tesoros-arqueologicos-por-juan-manuel-alegre-avila/>, 1-14.
- ALONSO PÉREZ, M. (1990). Artículos 353 a 383 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V-1, Artículos 333 a 391 del Código Civil, Madrid: Edersa, 274 y sigs..
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (1976). La Dama de Baza. *Revista de Derecho Privado*, vol. 60, 569-597.
- (2004). El régimen jurídico del Patrimonio Cultural en España y en la Comunidad Europea. En: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid: Marcial Pons, 449-464.
- (2004). El mecenazgo y su régimen legal. En: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid: Marcial Pons, 355-364.
- ÁLVAREZ BERCOVITZ, G. (2013). Artículo 349. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 583-584.
- BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico. *Revista de Administración pública*, núm. 151, enero-abril, 133-165.
- (2005). El patrimonio arqueológico en la legislación reguladora del Patrimonio Cultural de Cantabria. *Altamira: Revista del Centro de Estudios Montañeses*, núm. 68, 145-178.
- (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico general del patrimonio arqueológico en el ordenamiento español. *Anales de Arqueología Cordobesa*, núm. 21-22, 279-302.
- (2016). Notas sobre la recuperación de oficio del dominio público arqueológico. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 20, 179-213.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2003). *El derecho de propiedad: Límites derivados de la protección arqueológica*. Madrid: Montecorvo.
- BASOZÁBAL ARRUE, X. (2016). Artículo 350. En: *Código Civil comentado*, Vol. I, Título preliminar, De las normas jurídicas su aplicación y eficacia. Libro I, De las personas. Libro II, De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (arts. 1 a 608). Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 1459-1464.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. (1991). Artículo 334. En: *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 923-930.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2020). Artículo 358. En: *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 487-489.
- FERNÁNDEZ FERRERES, G. (2018). Artículo 132. En: M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dir.). *Comentarios a la Constitución española*, XL Aniversario, T. II. Madrid: BOE, 862-876.

- GABARDÓN DE LA BANDA, J.F. (2008). La configuración del Patrimonio Arqueológico como Bien de Dominio Público en el ordenamiento jurídico español. *SPAL: Revista de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Sevilla*, núm. 17, 27-46.
- GARCÍA CANTERO, G. (1965). La adquisición de bienes vacantes por el Estado. *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 9-78.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas. *Revista de Administración Pública*, núm. 141, septiembre-diciembre, 131-152.
- GIL NOGUERAS, L. A. (2021). El deber del Estado español de protección del Patrimonio Cultural. *Diario La Ley*, 28 de mayo, núm. 9860, 1-6.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (1998). *La titularidad de los bienes de dominio público*. Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2011). *La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La ley valenciana de Patrimonio Cultural, Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico. Normas reguladoras del Patrimonio Cultural valenciano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ VILAS, R. (1991). Artículos 353 a 374 del Código Civil. En: *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 991-1036.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). Conflicto de intereses en la adquisición de tesoros de valor histórico-artístico: una inesperada solución. En: N. Serrano Argüello (dir.) *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 349-382.
- (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍN PÉREZ, J.A. (2010). Artículo 349. En: A. Domínguez Luelmo (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 480.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (1975). V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos. *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 186, 279-292.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Artículo 349. En: *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 973-982.
- MOREU BALLONGA, J.L. (1980). *Ocupación, hallazgo y tesoro*. Barcelona: Bosch.
- (1983). Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico artístico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 37, 1983, 261-270.
- (2003). Una síntesis histórica y dogmática sobre leyes españolas de hallazgos histórico artísticos. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 17, 111-167.
- (2018). Derecho estatal e internacional sobre los pecios y el galeón San José. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 32, 127-205.
- (2021). Expropiación de terreno con yacimiento arqueológico de interés cultural y con premio por el hallazgo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 255-291.

- PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1987). Artículo 614. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol. 1, Artículos 609 a 617 del Código Civil. Madrid: Edersa, 359-454.
- PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III, Bienes públicos, Derecho urbanístico*. Madrid: Dykinson.
- PRIETO DE PEDRO, J. (1991). Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución. En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, De los derechos y deberes fundamentales. Madrid: Civitas, 1551-1572.
- (2018). Informe sobre una eventual renovación total o sobre una reforma parcial de la Ley de Patrimonio Histórico Español (2010). *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 649-662.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución española*. Madrid: BOE.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2018). Artículo 33. En: M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas Baamonde (dir.). *Comentarios a la Constitución española, XL Aniversario*, T. I. Madrid: BOE, Madrid, 1147-1175.
- RUFINO RUS, J. (2012). La protección del patrimonio arqueológico en el Código Penal: Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales. *PH: Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Año núm. 20, núm. extra 82, (Ejemplar dedicado a: Especial monográfico: Patrimonio y tribunales de justicia), 54-70.
- SAMPOL PUCURULL, M. A. (2008). Disposición adicional decimocuarta. Bienes del Patrimonio Histórico Español. En: I. Gayarre Conde (coord.). *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson Aranzadi, 1550-1588.
- SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, S. (2018). Mecanismos jurídicos para la protección de los bienes culturales contra su tráfico internacional ilícito. El caso singular de los mármoles del Partenón. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 55-93.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2004). Legislación sobre Patrimonio Histórico Español y LPAP. En: J. F. Mestre Delgado (dir.). *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 33/2002, de 3 de noviembre)*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1505-1536.
- VALLADARES RASCÓN, E. (1976). La Ley del Patrimonio del Estado y la protección del poseedor. *Revista de Derecho Privado*, vol. 60, enero-diciembre, 361-408.
- ZAFRA DE LA TORRE, N. (2017). El registro arqueológico como patrimonio histórico. *Complutum*, vol. 28, núm. 1, 23-35.

NOTAS

¹ BOE núm. 155, de 29 de junio, de 1985.

² No obstante, ha de ponerse de manifiesto la insuficiencia de la definición del citado precepto, ya que se refiere solo a manifestaciones culturales de carácter material, si bien es cierto que en algunos artículos de su regulación se hace alusión a bienes de carácter inmaterial, como el artículo 46 en el que se refiere a los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales. El concepto de Patrimonio Histórico, o mejor, el de Patrimonio Cultural, en definitiva, es un concepto en continua expansión e incluye no solo manifestaciones culturales materiales, sino también de carácter inmaterial, debiéndose destacar también su acercamiento al patrimonio ambiental.

³ Vid. sobre el significado de estos dos términos, PRIETO DE PEDRO, J. (1991). Concepto y otros aspectos del Patrimonio Cultural en la Constitución. En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los derechos y deberes fundamentales*. Madrid: Civitas, 1564 a 1566, señalando, entre otras cosas, que «conservación es... la acción previa de defensa de patrimonio y el ordenamiento recoge a tal fin, un arsenal de técnicas de policía..., de fomento... y de servicio público» (1564); el enriquecimiento, por su parte no solo supone «la recuperación de lo perdido», sino también «algo más que objetivos cuantitativistas de ampliación del repertorio de los bienes a conservar, perdidos o aún inéditos», como «función cualitativa, que... consiste... en rendir accesibles los bienes del Patrimonio Cultural al goce y disfrute de la generación actual para que pueda apreciar los valores culturales de las generaciones anteriores y servirse dinámicamente de ellos en su vida cultural y, en particular, en su expresión creadora (parte de la cual será también Patrimonio Cultural para las generaciones futuras)» (1565 y 1566).

⁴ Sobre el deber general de protección del Patrimonio Cultural por parte de todos los Estados, vid. GIL NOGUERAS, L.A. (2021). El deber del Estado español de protección del Patrimonio Cultural. *Diario La Ley*, 28 de mayo, núm. 9860, 1 y sigs.

⁵ Vid. BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico. *Revista de Administración Pública*, núm. 151, enero-abril, 134, que entiende que la cuestión de la titularidad es secundaria en dicho precepto constitucional y destaca la influencia de la teoría de los bienes culturales de GIANNINI en este argumento. En el mismo sentido, BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico general del patrimonio arqueológico en el ordenamiento español. *Anales de Arqueología Cordobesa*, núm. 21-22, 281.

⁶ Tal y como dice el preámbulo de la LPHE.

⁷ No es que las expresiones «demanio», bienes «demaniales» o «demanialidad», derivadas, según unos autores, del francés y, según otros, del italiano, nos agraden especialmente, pero las utilizaremos porque de bienes «demaniales» habla la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003); no obstante, las combinaremos con otras que consideramos más correctas y propias de nuestro idioma como «dominio público» y bienes «dominiales», tal y como hacen autores como MOREU, J.L. o BARCELONA LLOP, J., en sus escritos.

⁸ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991. Esta sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña contra determinados preceptos de la LPHE. Sobre esta sentencia puede verse el comentario de ALEGRE ÁVILA, J.M. (1991). Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991 sobre la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, mayo-agosto, 187 y sigs.

⁹ En palabras de BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 280.

¹⁰ Vid. PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III, Bienes públicos, Derecho urbanístico*. Madrid: Dykinson, 279.

¹¹ A diferencia de alguna de las leyes de las comunidades autónomas, concretamente, el artículo 21 de la Ley del Parlamento Vasco 7/1999, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco —en adelante LPCV— (BOPV núm. 93, de 20 de mayo, BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2019).

¹² No obstante, hay autores que se inclinan por considerar de dominio público los bienes del Patrimonio Histórico de titularidad estatal o, al menos, de naturaleza cercana a él. Así, SAMPOL PUCURULL, M.A. (2008). Disposición adicional decimocuarta. Bienes del Patrimonio Histórico Español. En: I. Gayarre Conde (coord.). *Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson Aranzadi, 1566 y 1567, entiende que, a pesar de los problemas derivados de la ausencia de una declaración legal específica, «existen algunos preceptos en nuestro ordenamiento que expresamente declaran o apuntan hacia esta configuración», tales como el art. 44 LPHE y el art. 60.1 LPHE, o el art. 13 del Estatuto el Museo Nacional del Prado (Real Decreto 433/2004, de 12 de marzo), concluyendo que, al menos, «es indudable... que las técnicas de intervención tanto de la LPHE como otras normas especiales... acercan su régimen jurídico al de los bienes de dominio público».

¹³ Semejante contenido tenía el artículo 1 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, BOE núm. 98, de 23 de abril), —en adelante, LPE— cuyo apartado 1.º, en su primer párrafo decía: «Constituyen el Patrimonio del Estado: 1.º Los bienes que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales».

¹⁴ BOE núm. 148, de 22 de junio de 1982.

¹⁵ Crítica MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica y dogmática sobre leyes españolas de hallazgos histórico artísticos. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 17, 155, el uso excesivo que se hace del «término «patrimonio» fraccionado según tipos de bienes tanto en la LPHE como en sus imitaciones autonómicas, puesto que las diferencias entre los distintos grupos de bienes protegidos, no... parecen como para que cada subconjunto sustente por sí solo el término».

¹⁶ Esta novedad, no obstante, es fruto de una evolución normativa que refleja la transformación del papel del Estado en relación a las excavaciones arqueológicas y los hallazgos, tal y como expone GABARDÓN DE LA BANDA. J.F. (2008). La configuración del Patrimonio Arqueológico como Bien de Dominio Público en el ordenamiento jurídico español. *SPAL: Revista de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Sevilla*, núm. 17, 27 y sigs.

¹⁷ Vid. BERMUDEZ SÁNCHEZ, J. (2003). *El derecho de propiedad: Límites derivados de la protección arqueológica*. Madrid: Montecorvo, 59; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La ley valenciana de Patrimonio Cultural, Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico. Normas reguladoras del Patrimonio Cultural valenciano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 142 y 143.

¹⁸ Vid. a este respecto: MOREU BALLONGA, J.L. (2018). Derecho estatal e internacional sobre los pecios y el galeón San José. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 32, 127 y sigs.; MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., *op. cit.*, 163 y sigs.; BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 289 y sigs., en referencia a la integración de las naves de Estado en el patrimonio arqueológico, y 298 y sigs., sobre el Patrimonio Cultural submarino. De forma genérica, afirma el primero de los autores citados en MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., *op. cit.*, 140: «serán... de propiedad privada o patrimonial estatal todos

los pecios futuros interesantes para el Patrimonio Histórico Español que se descubran y se puedan recuperar en el futuro por el Estado español bien por sus propios medios, o por los de empresas recuperadoras contratadas por él, en aguas internacionales (pecios no alcanzados por la letra de la LPHE, art. 40.1.º), o recuperables mediante pleitos internacionales, pecios de origen español con o sin tesoros, que son muy abundantes en casi todos los mares y océanos del mundo».

¹⁹ Vid. en este sentido, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2004). Legislación sobre Patrimonio Histórico Español y LPAP. En: J.F. Mestre Delgado (dir.). *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 33/2002, de 3 de noviembre)*. Madrid: EL Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1537 y 1538.

²⁰ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 57 y sigs., y MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). Conflicto de intereses en la adquisición de tesoros de valor histórico-artístico: una inesperada solución. En: N. Serrano Argüello (dir.) *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 358 y sigs.

²¹ Gaceta de Madrid, núm. 142, 22 de mayo de 1835. vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, Decálogo sobre los modos de adquisición de los tesoros arqueológicos, <https://www.nuevoderchourbanistico.es/2019/08/14/decalogo-sobre-los-modos-de-adquisicion-de-los-tesoros-arqueologicos-por-juan-manuel-alegre-avila/>, 3 y 4.

²² Gaceta de Madrid, núm. 189, 8 de julio de 1911.

²³ Gaceta de Madrid, núm. 145, 25 de mayo de 1933.

²⁴ Ya que, como dice BARCELONA LLOP, J. (2005). El patrimonio arqueológico en la legislación reguladora del Patrimonio Cultural de Cantabria. *Altamira: Revista del Centro de Estudios Montañeses*, núm. 68, 150: «El dominio público no existe por el puro voluntarismo legislativo ni por el mero deseo de excluir la propiedad privada, sino porque el régimen jurídico que acompaña al concepto se reputa necesario para garantizar que los bienes sirven eficazmente a determinados fines de interés público o general (tradicionalmente, un uso o un servicio público)».

²⁵ Vid. MOREU BALLONGA, J.L. (2018). Derecho estatal e internacional..., *op. cit.*, 127 y sigs.; MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., *op. cit.*, 163 y sigs.; BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 289 y sigs.

²⁶ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.

²⁷ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. Téngase en cuenta que, aunque en la actualidad está vigente el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE núm. 176, 24 de julio de 2001), cuya disposición derogatoria única, deroga, entre otras normas, la Ley 29/1985, de Aguas, y la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, por la que se modifica la Ley 29/1985, excepto la disposición adicional primera, las alusiones que nosotros haremos en este trabajo a la LA se referirán a la Ley 29/1985.

²⁸ Vid. ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, T. II*. Madrid: Ministerio de Cultura, 348 a 350.

²⁹ Cercana a esta tesis creemos que se encuentra BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2003). *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*, 58, según la cual «la titularidad de los bienes arqueológicos de dominio público (no su competencia) será de la entidad territorial que gestione su protección, esto es, normalmente la autonómica y, en algún caso, estatal (en conexión con el supuesto art. 6, b, LPHE). La asunción del coste de una excavación por un Ayuntamiento solo podría fundamentar la titularidad municipal de los restos..., previo acuerdo autonómico, y siempre quedarán bajo la tutela del órgano competente en materia de Patrimonio Histórico, esto es, la comunidad autónoma (o del Estado, en el supuesto mencionado)».

³⁰ Vid. ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico... T. II, op. cit.*, 351.

³¹ Vid. BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico. *op. cit.*, 142, texto y nota 24, y 145. Por su parte, es de semejante opinión, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La ley valenciana de Patrimonio Cultural...*, *op. cit.*, 142, según la cual, «el art. 44 no prejuzga sobre la titularidad de esos bienes que son de dominio público... su titular puede ser el Estado o una comunidad autónoma que haya asumido competencias en esta materia u otra Entidad Pública».

³² No obstante, observa BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 282, hay que tener en cuenta que «el territorio autonómico esté formado por la suma de los términos municipales (en este punto los estatutos de autonomía son constantes, a pesar de que utilicen fórmulas gramaticales diferentes) y, según el Tribunal Supremo, el término municipal no alcanza a los espacios marítimos; eso significa que el mar territorial no forma parte del término municipal, y *par ricochet*, tampoco del autonómico. Por lo tanto, las comunidades autónomas no son titulares de los bienes que se encuentren allí, que pertenecerán al dominio público del Estado».

³³ Realizaba también una clasificación de las leyes autonómicas existentes en su momento, algunas de ellas ya derogadas y sustituidas por otras, BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico, *op. cit.*, 143 y sigs.

³⁴ DOGV núm. 3267, de 18 de junio de 1998, BOE núm. 174, de 22 de julio de 1998.

³⁵ BOA núm. 36, de 29 de marzo de 1999, BOE núm. 88, de 13 de abril de 1999.

³⁶ BOJA núm. 248, de 19 de diciembre de 2007, BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008. Sustituye a la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía.

³⁷ DOGC núm. 1807, de 11 de octubre de 1993, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1993.

³⁸ BOIB núm. 165, de 29 de diciembre de 1998, BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1999.

³⁹ BOCT núm. 240, de 2 de febrero de 2018, BOE núm. 10, de 12 de enero de 1999.

⁴⁰ Como peculiaridad, hemos de decir que el Decreto 36/2001, de 2 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Cantabria 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural (BOC 10 de mayo de 2001), en su artículo 50, integra en el «Patrimonio Arqueológico y Paleontológico de Cantabria todos los bienes muebles, inmuebles y emplazamientos de interés histórico, así como toda la información medioambiental relacionada con la actividad humana que sean susceptibles de ser investigados con metodología arqueológica, *hayan sido o no descubiertos...*», con lo que parece haber contradicción con el artículo 82.1 de la ley.

⁴¹ DOE núm. 59, de 22 de mayo de 1999, BOE núm. 139, de 11 de junio de 1999.

⁴² BON núm. 141, de 25 de noviembre de 2005, BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2005.

⁴³ BORM núm. 66, de 12 de abril de 2007, BOE núm. 176, de 22 de julio de 2008.

⁴⁴ Es peculiaridad de esta ley que no reconoce premios a nadie en ningún caso.

⁴⁵ BOC núm. 90, de 13 de mayo de 2019, BOE núm. 140, de 12 de junio de 2019. Sustituye a la anterior Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (en adelante, LPHC)

⁴⁶ En la LPHC, de 1999, su art. 61 declaraba de dominio público los objetos arqueológicos, en especial los «pertenecientes al pasado aborigen canario», que se descubrieran en el futuro e, incluso, los ya descubiertos.

⁴⁷ BOPA núm. 75, de 30 de marzo de 2001, BOE núm. 135, de 6 de junio de 2001.

⁴⁸ Artículo 61. «Patrimonio Arqueológico. 1. Forman parte del Patrimonio Arqueológico de Asturias todos aquellos bienes, localizados o no, cuyo estudio, mediante el uso de una técnica arqueológica, pueda proporcionar información histórica significativa...».

⁴⁹ BOCL núm. 139, de 19 de junio de 2002, BOE núm. 183, de 1 de julio de 2002.

⁵⁰ BOR núm. 135, de 23 de octubre de 2004, BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2004.

⁵¹ DOG núm. 92, de 16 de mayo de 2016, BOE núm. 147, de 18 de mayo de 2016. Sustituye a la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia.

⁵² BOPV núm. 93, de 20 de mayo, BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2019. Sustituye a la LPCV de 1990, ya citada.

⁵³ BOCM núm. 144, de 19 de junio de 2013, BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2013. Sustituye a la anterior Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (en adelante, LPHCM).

⁵⁴ La exposición de motivos de esta ley no deja lugar a dudas sobre la declaración de dominio público solo de los muebles, al decir: «se establece la condición de dominio público para los descubrimientos arqueológicos de naturaleza mueble aclarando la indefinición existente en la regulación precedente». Frente a ello, la LPHCM, en su artículo 43.1 decía: «1. Los bienes integrantes del patrimonio arqueológico y paleontológico de la Comunidad de Madrid son de dominio público»; no vemos en ello «indefinición» alguna.

⁵⁵ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico...* op. cit., 99 y sigs.

⁵⁶ Según el art. 14.1 LPHE: «Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos».

⁵⁷ Vid. STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 4. Se refiere a todo ello FERNÁNDEZ FERRERES, G. (2018). Artículo 132. En: M. Rodríguez-Piñero y M. E. Casas Baamonde (dir.). *Comentarios a la Constitución española, XL Aniversario, T. II*. Madrid: BOE, 866.

⁵⁸ Según, BARCELONA LLOP, J. (2016). Notas sobre la recuperación de oficio del dominio público arqueológico. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 20, 180, la expresión dominio público natural o por naturaleza para referirse al patrimonio arqueológico es equívoca habida cuenta del significado que la misma tiene en el Derecho administrativo de los bienes; señalando en 180 y 181, que «estamos ante una clase de bienes que son demaniales en virtud de una decisión legal explícita, similar a otras de las que se sigue la misma consecuencia a propósito de conjuntos completos de cosas de titularidad administrativa que obedecen a unas determinadas características o cumplen ciertas funciones, sean naturales (por ejemplo, los acantilados sensiblemente verticales que estén en contacto con el mar, hasta su coronación) o no (por ejemplo, los inmuebles en que se alojen servicios, dependencias u órganos de la Administración)».

⁵⁹ Vid. PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, op. cit., 61 y 62, refiriéndose también, en contraposición, al «dominio público artificial», en el cual la demanialización se consigue, partiendo de que la titularidad del bien corresponde al ente público, a través de una actividad administrativa de afectación que puede consistir en un acto administrativo formal o en una situación de hecho, si así lo dispone una norma; en estos casos, la desafectación de bienes singularizados se realizará por acto expreso de la Administración (62 y 63).

⁶⁰ Este tema ya lo abordamos en MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico...*, op. cit., 97 y sigs., y a lo dicho allí nos remitimos. Sin embargo, sobre él no existe unanimidad, así, ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, T. II, op. cit., 368, que, atendiendo solo al art. 40.1 LPHE y a su expresión «hayan sido o no extraídos», entiende que esos bienes son de dominio público desde antes del descubrimiento, concretamente, desde que pasen a formar parte del Patrimonio Histórico Español. En nuestra opinión, pasarán a formar parte de este, igualmente, a partir de su descubrimiento, no mientras sean ignorados.

⁶¹ Esta exclusión se repite en las leyes autonómicas de Baleares (art. 60.1), Aragón (art. 69.1), Asturias (art. 67.3), Castilla y León (art. 59) y Castilla-La Mancha (art. 53.1).

⁶² *Vid.*, manifestándose en este sentido con gran claridad: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 6928): «La terminante exclusión que se hace en el artículo 44.1 LPHE de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil lo que precisamente demuestra es esto: la voluntad de establecer en dicha LPHE un régimen diferente al que se contiene en aquel precepto, y, por lo mismo, también ajeno a la tradición que lo alimenta».

⁶³ Seguimos en este punto la postura de PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1987). Artículo 614. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. VIII, vol. 1, Artículos 609 a 617 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 43, en relación al modo de adquirir el tesoro por el propietario del suelo.

⁶⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33. En: M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dir.). *Comentarios a la Constitución española, XL Aniversario, T. I*. Madrid: BOE, Madrid, 1156, con cita de STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 16 (BOE núm. 193, 13 de agosto de 1986), STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12 (BOE núm. 307, 23 de diciembre de 1988), STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 5 y FJ 6 (BOE núm. 85, 9 de abril de 2015) y STC 144/2015, de 22 de junio, FJ 2 (BOE núm. 182, 31 de julio de 2015).

⁶⁵ *Vid.* CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. (1991). Artículo 334. En: *Comentario del Código Civil, T. I*. Madrid: Ministerio de Justicia, 925 y 928, el cual dice en esta última página: «Tanto los edificios como las construcciones adheridas son, más que inmuebles, partes integrantes del inmueble compuesto por suelo y vuelo, esto es, se trata de bienes concebidos en tres dimensiones».

⁶⁶ Se trataría de la teoría de la accesión automática, la más segura según ALONSO PÉREZ, M. (1990). Artículos 353 a 383 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. V-1, Artículos 333 a 391 del Código Civil*, Madrid: Edersa, 376 y sigs.

⁶⁷ Hablamos, por tanto, de accesión como modo de adquirir la propiedad de las cosas accesorias, como incorporación de la cosa accesoria a la cosa principal, es decir, según expone, LÓPEZ VILAS, R. (1991). Artículos 353 a 374 del Código Civil. En: *Comentario del Código Civil, T. I*. Madrid: Ministerio de Justicia, 993, como figura que «supone fundamentalmente una adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo resultante de la unión de dos cosas inseparables, fundamentándose tal adquisición en el concepto del poder absorbente o expansivo de la propiedad»; *vid.* también, ALONSO PÉREZ, M. (1990). Artículos 353 a..., *op. cit.*, 282 y sigs. La accesión, en su variante de accesión continua de mueble a inmueble, es una institución que pretende resolver los conflictos de intereses derivados de la pertenencia del suelo y los materiales (en caso de edificación) a distintos sujetos (art. 358 CC, *vid.* DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2020). Artículo 358. En: *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 488). Igualmente ha de destacarse que según el artículo 359 del Código Civil, se presume que las obras se hacen a costa del propietario del suelo salvo prueba en contrario, lo que realmente es un caso de no accesión, al no haber tal conflicto de intereses, aunque el resultado de extensión de la propiedad del suelo a lo edificado, es el mismo. *vid.* LÓPEZ VILAS, R., (1991). Artículos 353 a..., *op. cit.*, 1012. Según ALONSO PÉREZ, M. (1990). Artículos 353 a..., *op. cit.*, 358, el artículo 359 del Código Civil es «una norma que trata de ampliar la zona dominical del propietario del suelo a todas las incorporaciones que sobre él se asientan, pero no decidir un conflicto de intereses existente entre constructores, plantadores o sembradores y dueño del terreno».

⁶⁸ *Vid.*, LÓPEZ VILAS, R. (1991). Artículos 353 a..., *op. cit.*, 1007.

⁶⁹ *Vid.* BASOZÁBAL ARRUE, X. (2016). Artículo 350. En: *Código Civil comentado, Vol. I, Título preliminar, De las normas jurídicas su aplicación y eficacia. Libro I, De las personas. Libro II, De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (arts. 1 a 608)*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 1459, 1461 y 1462.

⁷⁰ En este sentido, MOREU BALLONGA, J.L. (1983). Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico artístico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 37, 1983, 268. Contra, se manifiesta, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico... T. II, op. cit.*, 403, que entiende que el régimen del artículo 40, que unificaba el régimen de los bienes muebles, ya fueran fortuitos o casuales o fruto de excavaciones autorizadas, se extiende tanto a los muebles como a los inmuebles, como veremos más adelante.

⁷¹ Así lo entiende ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (1976). La Dama de Baza. *Revista de Derecho Privado*, vol. 60, 591 y sigs., especialmente en 593. También *vid.* la importantísima STS (Sala de lo Civil) de 22 de marzo de 1976 (*RJ* 1976, 1425), sobre la que versa este el citado artículo, relativa a la Dama de Baza cuyo pronunciamiento (muy criticable) se basó en el tratamiento de la estatua como «ruina», es decir, como inmueble.

⁷² Así lo entiende, FERNÁNDEZ FERRERES, G. (2018). Artículo 132, *op. cit.*, 866 y 867, al afirmar: «si la integración de un determinado bien o de un género de bienes en el dominio público determina la privación de derechos patrimoniales privados preexistentes sobre los mismos, puede afirmarse que la demanialización conllevará una expropiación *ope legis* que, por imperativo constitucional (art. 33.3 CE), deberá ser objeto de la correspondiente indemnización», citando en este sentido la STC 227/1988, de 29 de noviembre (BOE núm. 307, 23 de diciembre de 1988), relativa a la LA de 1985, FJ 11, y la STC 149/1991, de 4 de julio (BOE núm. 1 80, de 29 de julio de 1991), relativa a la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en adelante, LC), FJ 8, A. *vid.* también sobre esta cuestión, REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución española*. Madrid: BOE, 399 y sigs.

⁷³ *Vid.* el FJ 2 de la STC 37/1987, de 26 de marzo (BOE núm. 89, 14 de abril de 1987), sobre la Ley 81984, de 3 de julio, de Reforma Agraria Andaluza (BOJA núm. 65, 6 de julio de 1984, BOE núm. 193, 13 de agosto de 1984), según la cual: «La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

⁷⁴ *Vid.* el FJ 10, de la STC 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, 25 de abril de 1981), que define el contenido esencial como el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». *vid.* también el FJ 5 de la STC 204/2004, de 18 de noviembre (BOE núm. 306, 21 de diciembre de 2004) sobre la transferencia al Estado a los veinte años por abandono de los saldos en cuentas corrientes.

En la doctrina puede verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1161 y la relación de sentencias del Tribunal Constitucional que recoge este mismo autor, dentro de esa misma obra en 1149 a 1151.

⁷⁵ *Vid.* FJ 13, STC 166/1986, de 19 de diciembre (BOE núm. 3, 3 de enero de 1987, segunda sentencia del caso RUMASA).

⁷⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1163.

⁷⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas. *Revista de Administración Pública*, núm. 141, septiembre-diciembre, 137 y 138, en relación a la STC 227/1988, de 29 de noviembre (BOE núm. 307, 23 de diciembre de 1988) y la STC 149/1991, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), relativas, respectivamente a la LA de 1985 y a la LC de 1988.

⁷⁸ Vid. sobre esta distinción, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1165 y sigs., que subraya que la diferencia entre el concepto formal y material de expropiación está que el primero «escoge un elemento formal —el enfrentamiento entre lo singular y lo general— para caracterizar la institución», mientras que el segundo «pone en conexión la frontera entre el art. 33.2 CE (función social) y el artículo 33.3 CE (expropiación)», y reproduce el FJ 5 de la STC 204/2004, de 18 de noviembre (BOE núm. 306, 21 de diciembre de 2004), recogido también por la STC 45/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, 19 de mayo de 2018), en su FJ 3, que, por su importancia y claridad, reproducimos a continuación: «Debe entenderse por (expropiación forzosa) la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social. De ahí que sea necesario para que se aplique la garantía del artículo 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídica individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente».

⁷⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Las expropiaciones legislativas..., *op. cit.*, 137.

⁸⁰ Dice la exposición de motivos: «Su valor [el del Patrimonio Histórico Español] lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos, porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando».

⁸¹ Hay que tener en cuenta que, tal y como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1169, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido, en circunstancias excepcionales, la falta total de indemnización, es decir, el «justiprecio cero», encontrándonos con un ejemplo de ello en la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 22 de noviembre de 2004 (*RJ* 2005, 448), FJ 5, relativa a la expropiación de RUMASA: «no cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica aunque el valor de lo expropiado sea cero o negativo».

⁸² Vid. STC 166/1986, de 19 de diciembre (BOE núm. 3, 3 de enero de 1987), FJ 13, a la que se refiere RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1169, al tratar de la segunda garantía del artículo 33.3 de la Constitución (la indemnización), poniendo de manifiesto los niveles inaceptables a que hace descender el nivel de tal garantía y que «criterios de enjuiciamiento tan notoriamente distintos (de la exigencia de un razonable equilibrio a la admisión como constitucional de una regla que simplemente no excluya la indemnización) se incluyan todos juntos en dos breves párrafos de una misma resolución». Concretamente, dice esa sentencia: «Conforme a lo expuesto, la garantía constitucional de la «correspondiente indemnización» concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los

bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea este, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación. / Las Leyes singulares de expropiación, según lo razonado, no vulneran la garantía indemnizatoria del artículo 33.3 de la Constitución cuando acuerdan la inmediata ocupación de los bienes y derechos expropiados y la transmisión de su propiedad y no contienen reglas excluyentes de la indemnización o modalidades valorativas determinantes, directa o indirectamente, de consecuencias confiscatorias».

⁸³ No obstante, tal y como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Las expropiaciones legislativas..., *op. cit.*, 145 y sigs., en especial, 149 y 150, sería necesario que siempre existiera un «proporcional equilibrio» entre el valor del bien inmueble y la cuantía de la indemnización y dejar abierta la posibilidad de acudir a los tribunales para exigir en el caso concreto una indemnización complementaria de aquella, pasándose así, del «juicio abstracto» realizado por el legislador, al juicio concreto que realizaría el tribunal «desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», tal y como se deduce del FJ 13, de la STC 166/1986, de 19 de diciembre (BOE núm. 3, 3 de enero de 1987).

⁸⁴ *Vid.* la STC 149/1991, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), FJ 8.B.a, relativa a la LC de 1988: indemnización consistente en la concesión de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre por treinta años, prorrogables por otros treinta, conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, de la LC.

⁸⁵ Así, aunque refiriéndose al supuesto de consentirse la exportación por parte de la Administración, el artículo 45 de la LTAN, establecía: «...Si al tratarse de la adquisición estuviesen agotados los recursos, el Ministro de Instrucción pública consignará en los presupuestos inmediatos la cantidad para el pago, por lo menos, de parte del precio señalado. En casos excepcionales, podrán arbitrase medios especiales (rentas vitalicias, etc.), para realizar la adquisición».

⁸⁶ En nuestra opinión, el artículo 44.3 de la LPHE es aplicable tanto al descubrimiento casual de bienes muebles como inmuebles. *Vid.* sobre este particular, MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico...*, *op. cit.*, 103 a 106, especialmente, 105.

⁸⁷ La cuestión de la naturaleza de este «premio» la tratamos en nuestra obra, *Los tesoros de valor histórico artístico...*, *op. cit.*, 106 y sigs.

⁸⁸ La STC 28/1997, de 13 de febrero (BOE núm. 63, 14 de marzo de 1997) entiende que no obsta a la constitucionalidad de una ley expropiatoria que no prevea expresamente la necesidad de indemnizar, declarando en su FJ 7: «el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos». No es esta la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Las expropiaciones legislativas..., *op. cit.*, 149, que se expresa claramente a este respecto al decir: «Las leyes de naturaleza expropiatoria... serán inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización: cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una Ley de ese carácter sin tal previsión indemnizatoria tendrá obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad». Igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2018). Artículo 33, *op. cit.*, 1173, se muestra muy crítico con la STC aquí citada y considera que es necesaria la previsión expresa de la indemnización en la ley para que esta sea constitucional por varias razones: «la interpretación literal del artículo 33.3 CE; ...el monopolio del Tribunal Constitucional para expulsar del ordenamiento las leyes inconstitucionales casa mal con la posibilidad de que los órganos administrativos judiciales convaliden una ley expropiatoria que no prevé la indemnización mediante el reconocimiento *a posteriori* de una compensación no regulada legalmente... el

principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la reserva de ley en materia de propiedad (art. 53.1 CE)... el principio de legalidad presupuestaria (art. 134.2 CE) y la competencia presupuestaria del Parlamento (art. 66.2 CE)...».

⁸⁹ Tal y como observa REY MARTÍNEZ, F. (1994). *La propiedad privada...*, *op. cit.*, 401: «Normalmente la privación de indemnización se justifica [por el Tribunal Constitucional] de acuerdo a un criterio inversamente proporcional al número de personas a las que afectan las limitaciones, a efectos de evitar el alto coste económico de la compensación»; o, como dice este autor en la misma obra, 405: «En definitiva, puede deducirse que la razón más poderosa para la utilización de los criterios que emplea el Tribunal Constitucional es la de intentar evitar el alto coste económico que supondría indemnizar a un grupo numeroso de personas a los que afecta en cada caso la delimitación legislativa. Ante la insuficiencia teórica de esta justificación, sería deseable que la doctrina del TC, manteniendo la aplicación de una metodología tipológica y tópica, se orientara en los sucesivos hacia criterios mejor fundados».

⁹⁰ Vid. MONTES PENADÉS, V. (1991). Artículo 349. En: *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 980.

⁹¹ Vid. FJ 5 de la STC 204/2004, de 18 de noviembre (BOE núm. 306, 21 de diciembre de 2004), recogido también por el FJ 3 de la STC 45/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130, de 19 de mayo de 2018) reproducido en nota más arriba. Entiende que la intervención pública generalizada no excluye la expropiación y, por tanto, la indemnización: ÁLVAREZ BERCOVITZ, G. (2013). Artículo 349. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. 584; por su parte MARTÍN PÉREZ, J.A. (2010). Artículo 349. En: A. Domínguez Luelmo (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 480, declara: «Si bien la expropiación es un acto singular, si la privación legalmente actuada es general e indiscriminada es discutible que no estemos ante una expropiación... Un supuesto relevante es el de los inmuebles que, tras la CE y la LC, se integran en la zona marítimo-terrestre: la solución es clara a partir de la STC 149/1991, 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), que habla de una especial forma de expropiación donde la indemnización es la concesión temporal del uso y aprovechamiento, que se entiende equivale al derecho suprimido».

⁹² Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1999). *La ley valenciana de Patrimonio Cultural...*, *op. cit.*, 142.

⁹³ Creemos que esta sería la posición por la que opta el Tribunal Supremo en el tema que tratamos, que en STS ((Sala de lo Contencioso Administrativo) 25 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1621), en un supuesto en que se expropió el suelo en el que se descubrió un yacimiento arqueológico constituido por varios restos inmuebles, y se procedió a valorar el terreno, con separación del yacimiento, para su indemnización, se declara: «Es innegable que la expropiación solo puede tener por objeto el terreno, porque el yacimiento es de dominio público —inexpropiable por naturaleza—, y que se está ante dos titularidades dominicales diferentes, que recaen sobre objetos también distintos, que no se ven alteradas ni por la situación de indivisibilidad que les une ni por la declaración como Bien de Interés Cultural; su valoración separada es perfectamente posible porque ni la indivisibilidad ni la declaración de Bien de Interés Cultural, permiten atribuir al propietario del terreno un derecho que no tiene como es el dominio sobre el yacimiento, ni otorgarle una indemnización por una privación, la del yacimiento, que no se ha producido». Comenta esta sentencia, así como la STJ de Castilla La Mancha, de 28 de diciembre de 2018 (JUR 2019, 58550), MOREU BALLONGA, J.L. (2021). Expropiación de terreno con yacimiento..., *op. cit.*, 255 y sigs.

⁹⁴ Vid. ALEGRE ÁVILA, J.M., Decálogo..., *op. cit.*, 3 a 6.

⁹⁵ Sobre la derogación o no de la LM por el Código Civil, *vid.* VALLADARES RASCÓN, E. (1976). La Ley del Patrimonio del Estado y la protección del poseedor. *Revista de Derecho Privado*, vol. 60, enero-diciembre, 365 y sigs., inclinándose por la negativa.

⁹⁶ Creemos, salvo error por nuestra parte, que con esta explicación el autor referido matiza la opinión mantenida por él anteriormente en otro lugar. *Vid.*, concretamente, ALEGRE AVILA, J.M. (1991). Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, 181-221, donde entiende (dando por sentado que tras la publicación del Código Civil, los inmuebles descubiertos pertenecerían al dueño del suelo por accesión y que la LEAC de 1911 atribuyó las «ruinas», igualmente, al dueño del suelo, aunque concediendo al Estado la posibilidad de expropiárselas previa la correspondiente indemnización) que, ante la amplitud de los términos en los que estaba redactado el artículo 40 LTAN de 1933 (que atribuía «el disfrute de lo hallado» al descubridor —no al dueño del suelo—, pero otorgando la posibilidad al Estado de expropiárselo con la correspondiente indemnización), dicho precepto era aplicable tanto a los muebles como a los inmuebles, de modo que privaba de cualquier derecho sobre los bienes inmuebles hallados al dueño del suelo, ya que «ninguna razón sería podría justificar el hacer a aquel partícipe económicamente del legado colectivo que supone la pervivencia de los restos de antiguas civilizaciones». Esto quiere decir que el inmueble de valor arqueológico se consideraría por la Ley de 1933 como bien independiente del suelo y sin dueño (no bien perteneciente al dueño del suelo por accesión), y se atribuiría no al Estado, sino al descubridor, al cual (y no al dueño del terreno) indemnizaría aquel en caso de expropiación. El siguiente paso en esta evolución sería atribuir la propiedad de esos bienes inmuebles vacantes, ya no al descubridor, sino al Estado, paso que daría la LPHE de 1985 y que supondría la no necesidad de indemnizar, por no existir expropiación.

⁹⁷ Para justificarlo creemos que nos puede servir el argumento que nos brinda GARCÍA CANTERO, G. (1965). La adquisición de bienes vacantes por el Estado. *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 49 y 50 que, refiriéndose al artículo 21, párrafo 1, LPE de 1964 (que deroga la LM), el cual determinaba que «pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los bienes inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido», decía: «El artículo 21 contempla fundamentalmente el abandono de las fincas, sean rústicas o urbanas; y aquí debe entenderse acogido el concepto tradicional de finca como trozo de superficie terrestre, delimitado por una línea poligonal, con o sin edificaciones incorporadas. Dentro de la finca hay que incluir sus partes integrantes, el subsuelo hasta el límite de ejercicio de la propiedad privada y lo que está sobre la superficie con la misma limitación; con la finca el Estado adquirirá los frutos naturales o industriales pendientes (a menos que pertenezcan a un tercero por un justo título), mientras que la adquisición de los frutos civiles será el resultado de la subrogación del Estado en la posición jurídica de arrendador». Por consiguiente, si en el caso de finca abandonada, el Estado adquirirá el trozo de la superficie terrestre delimitado del modo descrito, las partes integrantes, lo que esté sobre dicha superficie, lo que esté debajo, los frutos... en la forma expresada, habrá que concluir que el dueño de la finca, entendida en el mismo sentido, lo es también de sus partes integrantes, lo que esté por encima, por debajo, los frutos..., razón por la que no puede aceptarse que los restos de construcciones encontrados sobre la superficie o debajo de ella, no tengan dueño, sino que será el mismo que el que lo sea de la superficie, de modo que no serán inmuebles vacantes. Sobre la adquisición de los inmuebles mostrencos bajo las distintas legislaciones, *vid.* LACRUZ MANTECÓN, M.L. (2011). *La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*. Madrid: Dykinson, 85 y sigs. (ley de 1835), 125 y sigs. (ley de 1964) y 151 y sigs. (ley de 2003).

⁹⁸ A partir de ese momento, una cosa será el suelo y otra el inmueble cultural que se descubre en él, que es el que se declara de dominio público por el artículo 44.1 LPHE. Por ello, en nuestra opinión, cabe decir lo que expone ilustrativamente, MOREU BALLONGA, J.L. (2021). Expropiación de terreno con yacimiento arqueológico de interés cultural y con premio por el hallazgo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 269 y 270, comentando la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de mayo de 2020 (*RJ* 2020, 1621): «hay como tres círculos concéntricos: la amplia “zona arqueológica”

que puede seguir siendo mayormente de propiedad privada; el “yacimiento arqueológico”, que manteniendo de inicio su propiedad privada se supone destinado a expropiarse y a ser propiedad “patrimonial” de la comunidad autónoma o de un municipio; y los mismos bienes inmuebles ocultos e “interesantes” para el PHE y que, incrustados en el “yacimiento”, son los únicos inmuebles de estricto dominio público por ministerio de la ley (art. 44.1 LPHE). La declaración de BIC alcanzará normalmente a los dos últimos inmuebles, pero puede alcanzar también a la más amplia zona arqueológica, gozando la Administración, en esto, de cierta discrecionalidad».

⁹⁹ En este punto nos inspiramos en la teoría de los bienes culturales de GIANNINI, de la que puede verse una exposición y análisis en ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, T. I*. Madrid: Ministerio de Cultura, 641 a 672. También en, MARTÍNEZ LOPEZ-MUNIZ, J.L. (1975). V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos. *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 186, 282 a 284; más brevemente, PRIETO DE PEDRO, J. (1991). Concepto y otros aspectos..., *op. cit.*, 1571; PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 281 y 282. Véase también, la crítica que a esta teoría hacen, entre nosotros, ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, T. I, *op. cit.*, 673 y sigs., o PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 282.

¹⁰⁰ *Vid.* sobre la importancia de la metodología arqueológica en cuanto determinante de la configuración del patrimonio arqueológico como tal patrimonio y como dominio público, ZAFRA DE LA TORRE, N. (2017). El registro arqueológico como patrimonio histórico. *Complutum*, vol. 28, núm. 1, 27 y sigs.

¹⁰¹ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes, 3 de abril de 1984. La enmienda a la que nos referimos es la núm. 109, presentada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., en representación del Partido Popular, y contestada por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, E., representando al Partido Socialista Obrero Español.

¹⁰² *Vid.* sobre ella, ALEGRE ÁVILA, J.M. (1991). Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, 181 a 221.

¹⁰³ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991. *vid.* FJ 2.

¹⁰⁴ Ello exige, además, la protección del patrimonio arqueológico desde el punto de vista penal. *Vid.* sobre ello: RUFINO RUS. J. (2012). La protección del patrimonio arqueológico en el Código Penal: Deficiencias y propuestas para una reforma de las leyes sustantivas y procesales. *PH: Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Año núm. 20, núm. extra 82, (Ejemplar dedicado a: Especial monográfico: Patrimonio y tribunales de justicia), 58 y sigs.

¹⁰⁵ *Vid.* sobre ellas GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (1998). *La titularidad de los bienes de dominio público*. Madrid: Marcial Pons, 80 y sigs.

¹⁰⁶ Añade este artículo, además, «su desafectación». Sobre la desafectación puede verse GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (1998). *La titularidad de los bienes...*, *op. cit.*, 86 y 87, el cual la define en 86, como «operación por la cual el bien deja de estar destinado al cumplimiento de un uso general o un servicio público y perderá en el mismo instante la condición de bien de dominio público, pasando a estar integrado en el grupo de los bienes patrimoniales o, en ciertos casos recogidos en la legislación, yendo a manos privadas»; destaca, además, este autor, que la misma requiere un «acto expreso que debe tener, como mínimo, el mismo rango que la decisión por la que entró un bien en el dominio público y en el que se justifiquen las razones que motivan el cambio de criterio de la Administración sobre el destino del bien».

¹⁰⁷ No obstante, las sanciones impuestas están bajo la revisión posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa, en caso de existencia de recursos, tal y como señala, PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 86 y 87.

¹⁰⁸ *Vid.*, no obstante, sobre las dificultades para el ejercicio de esta potestad administrativa de recuperación de la cosa cuando esta es un bien mueble del patrimonio arqueológico, BARCELONA LLOP, J. (2016). Notas sobre la recuperación de oficio..., *op. cit.*, 191 y sigs., y BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 283 y 284.

¹⁰⁹ A ello, además, colabora el principio que ha de presidir la gestión de estos bienes, cual es el deber de las Administraciones públicas de garantizar «su conservación e integridad» (art. 6, e, LPAP).

¹¹⁰ *Vid.* PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 84.

¹¹¹ *Vid.* sobre ella, PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 86 y 87.

¹¹² Tal y como señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (2004). El régimen jurídico del Patrimonio Cultural en España y en la Comunidad Europea. En: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid: Marcial Pons, 452: «Desde la perspectiva del Patrimonio Cultural y Artístico es evidente que no solo no se puede, sino que no se debe eliminar la propiedad privada, no por las razones del respeto absoluto a la propiedad, sino porque desde un punto de vista de política de conservación, con la eliminación de la propiedad privada no se fomenta el Patrimonio Cultural, sino que se le perjudica de forma muy evidente y esto se ha visto en los países que históricamente y en este siglo han eliminado la propiedad privada». Sobre la importancia del mecenazgo, destacada por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L. (2004). El mecenazgo y su régimen legal. En: *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid: Marcial Pons 355 y sigs.

¹¹³ *Vid.*, en general, sobre este expediente, ACEVEDO PENCO, A. y PERALTA CARRASCO, M. (2016), *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural. Aproximación doctrinal, legal y jurisprudencial a sus mecanismos privados y públicos de protección*. Madrid: Dykinson, 90 y sigs.

¹¹⁴ Salvo «las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre», que se declaran Bienes de Interés Cultural, por el artículo 40.2 LPHE. Según PARADA, R. y LORA-TAMAYO, M. (2019). *Derecho administrativo III...*, *op. cit.*, 292, esta declaración «se hace fundamentalmente a los efectos de aplicar a estos bienes... el régimen urbanístico de protección previsto para los bienes inmuebles (arts. 44.1, 44.2 y 40.2)».

¹¹⁵ Con la salvedad de los muebles de la Iglesia Católica declarados Bienes de Interés Cultural y los pertenecientes al Inventario General, cuya alienabilidad se limita por este hecho, en cuanto solo podrán enajenarse o cederse al Estado, a entidades de Derecho «público o a otras instituciones eclesíásticas, y, además, se declaran imprescriptibles» y además se declaran imprescriptibles (art. 28.1. y 3 LPHE).

¹¹⁶ *Vid.*, en general, sobre las medidas de protección derivadas de la declaración de Bien de Interés Cultural, ACEVEDO PENCO, A. y PERALTA CARRASCO, M. (2016), *El régimen jurídico del Patrimonio Cultural...*, *op. cit.*, 93 y sigs.

¹¹⁷ *Vid.* ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, T. II, *op. cit.*, 218 y sigs., 228 y sigs. y 366 y 367, justifica esta discriminación de trato entre los bienes muebles e inmuebles de las Administraciones públicas que realiza la LPHE, alegando que los bienes muebles son los que más peligro presentan de ser enajenados y que en la mentalidad del legislador no estaba que estuvieran afectos a un uso o servicio público, a diferencia de los inmuebles, en los que sería más probable esta afectación, de la cual derivaría para ellos la inalienabilidad y la inembargabilidad. Nosotros creemos que esta última afirmación podría ser cierta con relación a los inmuebles de la Administración en general, pero no respecto a los inmuebles de valor arqueológico respecto a los cuales no siempre será posible esta afectación.

¹¹⁸ *Vid.* disposición adicional decimocuarta, LPAP y artículo 5.4 LPAP. Sobre la cláusula «sin perjuicio de las previsiones establecidas en su legislación especial», de la

primera, *vid.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2004). Legislación sobre Patrimonio Histórico Español..., *op. cit.*, 1540.

¹¹⁹ En este sentido, ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico... T. II, op. cit.*, 365.

¹²⁰ Obsérvese que el art. 6, d LPAP, entre los principios que han de regir la gestión de los bienes de dominio público, se refiere al de su «dedicación preferente al uso común frente al uso privativo».

¹²¹ *Vid.*, PRIETO DE PEDRO, J. (2018). Informe sobre una eventual renovación total o sobre una reforma parcial de la Ley de Patrimonio Histórico Español (2010). *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 654; SAMPOL PUCURULL, M.A. (2008). Disposición adicional decimocuarta..., *op. cit.*, 1565; BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (2003). *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*, 58.

¹²² Por su parte, ZAFRA DE LA TORRE, N. (2017). El registro arqueológico..., *op. cit.*, 28 y sigs., entiende que las notas propias del dominio público son las que protegen al patrimonio arqueológico de los peligros que se ciernen sobre los bienes integrantes del mismo, derivados todos ellos, según este autor, de su valor económico, en relación con el mercado inmobiliario, el turismo cultural y el mercado anticuario, legal o ilegal.

¹²³ *Vid.*, BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico, *op. cit.*, 137 y sigs., entrecomillados en 139 y 140, respectivamente, añadiendo en esta última página: «Al fin y al cabo, si hay dominio público arqueológico hay exclusión de propiedades privadas y aplicación de un régimen jurídico plagado de exorbitancias, efecto que no es tan sencillo de conseguir íntegramente en otro caso». *Vid.*, igualmente, BARCELONA LLOP, J. (2010-2011). Algunos aspectos del tratamiento jurídico..., *op. cit.*, 284 y 285.

¹²⁴ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988, *vid.* FJ 14: «El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación... puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 CC), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares. Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la "riqueza del país", en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución)».

¹²⁵ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.

¹²⁶ *Vid.*, reflexionando sobre ellas, MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2020). *Los tesoros de valor histórico artístico...*, *op. cit.*, 29 y sigs., en las que nos referimos especialmente a las posturas de MOREU Y PANTALEÓN PRIETO, que podemos encontrar, fundamentalmente, en: MOREU BALLONGA, J.L. (1980). *Ocupación, hallazgo y tesoro*. Barcelona: Bosch, en especial, 257 y sigs., y PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1987). Artículo 614, *op. cit.*, 359 y sigs.

¹²⁷ *Vid.* ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, T. II, *op. cit.*, 367.

¹²⁸ RUFINO RUS, J. (2012). La protección del patrimonio..., *op. cit.*, 60, afirma con rotundidad que «la mayoría de los daños y expolios verificados en yacimientos arqueológicos son inmediatamente subsiguientes a su descubrimiento».

¹²⁹ Se refiere a ello, al justificar la inalienabilidad de los bienes muebles de la Administración del artículo 28.2 LPHE, ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994). *Evolución y régimen jurídico...*, T. II, op. cit., 229, nota 9, al decir: «La inalienabilidad de los bienes muebles del Patrimonio Histórico de titularidad pública persigue, justamente, el mantenimiento de las colecciones o series en que se integran aquellos, aspecto orgánico, conjunto, que es el que resulta dotado de una especial relevancia, por ser expresión del significado (histórico, artístico, ...) de la obra de un determinado autor, época o concepción, sin perjuicio, obviamente, de afirmar que idéntica finalidad esté al servicio de la conservación en manos públicas de insignes creaciones individuales del espíritu humano cuya titularidad corresponda a las Administraciones públicas».

¹³⁰ Así, en 1941 el Gobierno de Franco recuperó del Gobierno francés de Pétain, la *Dama de Elche*, el *Timaterio de Calaceite*, seis coronas de oro pertenecientes al *Tesoro de Guarrazar*, la *Diadema de Ribadeo* (realmente, procedente de Moñes, Asturias), la *Inmaculada Concepción de los Venerables* de Murillo, una colección de treinta y cuatro esculturas ibéricas de Osuna, y cuarenta y un documentos pertenecientes al Archivo de Simancas, a cambio de un retrato de *Mariana de Austria*, de Velázquez (del que existía otro del mismo pintor casi idéntico), un retrato de *Antonio de Covarrubias*, de El Greco (del que, igualmente, se conservaba otro), uno de los tapices de Goya (*La riña en la venta nueva*, a partir de un cartón del mismo pintor) y dos dibujos de Antoine Caron (*Combate en el sitio de Milán* y *Casamiento del Delfín Enrique con Catalina de Medici*), del siglo XVI.

¹³¹ Vid. MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., op. cit., 131 a 158. Lo sigue GABARDÓN DE LA BANDA. J.F. (2008). La configuración del Patrimonio Arqueológico..., 28, al declarar, citando al jurista aragonés, que «caso era en realidad innecesario» que los bienes arqueológicos fueran declarados de dominio público por la LPHE.

¹³² Vid. MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., op. cit., 156. Se refiere al Convenio Europeo de Protección del Patrimonio Arqueológico de La Valetta, de 16 de enero de 1992, ratificado por España en instrumento publicado en el BOE de 29 de julio de 2011, y al Convenio Europeo de Londres de 6 de mayo de 1969, ya sustituido, y otras normas internacionales. Sin embargo, entiende que la declaración de dominio público encaja mejor con la regulación del Convenio de 2001 sobre Patrimonio Subacuático (art. 2-7.º). Puede verse sobre este tema, SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, S. (2018). Mecanismos jurídicos para la protección de los bienes culturales contra su tráfico internacional ilícito. El caso singular de los mármoles del Partenón. *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 22, 55 y sigs.

¹³³ Vid. MOREU BALLONGA, J.L. (2003). Una síntesis histórica..., op. cit., 157 y 158, añadiendo, en esta última página, el ejemplo siguiente: «el cuadro de Goya de los Fusilamientos en la Montaña del Príncipe Pío, es un bien patrimonial del Estado y no parece que haya riesgo real de que sea vendido por el Estado a ningún extranjero, ni siquiera a ningún español, por mucho dinero que estos pudieran tener u ofrecer». No obstante, a nuestro parecer ello es así, no por sensibilidad de los políticos de turno, sino porque, como bien mueble, es inalienable salvo excepciones, según se predica por el artículo 28.2 LPHE.

¹³⁴ Basta pasarse, por ejemplo, por las salas del Museo Metropolitano de Nueva York, en el que nos encontraremos la reja de la Catedral de Valladolid o el patio de honor del palacio de Vélez-Blanco, o por el Museo de los Claustros, en el norte de la isla de Manhattan y dependiente de aquel, donde, entre otros, nos toparemos con el ábside del monasterio de Fontidueña.

¹³⁵ Así lo publica el periódico «El País», el 17 de noviembre de 2021. Vid.: <https://elpais.com/economia/2021-11-17/la-deuda-publica-marca-un-nuevo-maximo-historico-en-septiembre-con-143-billones-y-alcanza-el-122-del-pib.html>

¹³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 207-I, 14 de septiembre de 1981.

¹³⁷ Fuente, página web del Ministerio de Cultura y Deporte. Anteproyecto preparado por el Ministerio de Cultura y Deporte y presentado ante el Consejo de Ministros el 26 de junio de 2021. La finalidad de este anteproyecto respecto a la LPHE es, tal y como explica el apartado II de su exposición de motivos, la adaptación de esta a la nueva situación política tanto nacional (en la que, frente a lo que ocurría en el momento de publicación de la ley, todas las comunidades autónomas tienen sus propias leyes en materia de Patrimonio Cultural, habiéndose publicado más de cincuenta leyes), como internacional (dados los más de quince tratados ratificados por España hasta la fecha en la materia); e igualmente, obedece a la necesidad de enfrentarse a «nuevas situaciones y escenarios, propiciados por la aparición de circunstancias y amenazas insospechadas para el Patrimonio Cultural». Con estas premisas, además de lo que apuntamos en el texto en relación con el patrimonio arqueológico, ha de destacarse que actualiza la definición de Patrimonio Histórico introduciendo nuevos tipos de patrimonios, modifica el régimen de los Bienes de Interés Cultural, introduce la categoría de Bienes Culturales de Interés Mundial, da nueva regulación de la exportación de bienes culturales y a la adquisición de bienes muebles por la Administración, regula medidas de fomento...

*(Trabajo recibido el 10 de diciembre de 2021 y aceptado
para su publicación el 6 de junio de 2022)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Actos realizados por el curador representativo que precisan autorización judicial

Acts performed by the representative curator requiring judicial authorization

por

MARÍA PILAR MESA TORRES
Doctoranda. Universidad de Córdoba

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto un cambio sustancial en cuanto al prisma jurídico de las personas con discapacidad eliminando la incapacitación judicial y alterando el sistema de cargos protectores, estableciendo un sistema de medidas de apoyo. Dentro de las medidas de apoyo se contemplan las voluntarias, informales y judiciales, formando parte de estas últimas la curatela, que normalmente será de carácter meramente asistencial y, excepcionalmente, representativo. El curador representativo actúa en nombre de la persona con discapacidad, requiriendo el Código Civil la autorización judicial previa para determinados actos y la posterior aprobación judicial para otros. El presente artículo tiene por objeto examinar las principales novedades y modificaciones realizadas en la regulación de los actos tipificados en el artículo 287 del Código Civil, con respecto al anterior artículo 271.

ABSTRACT: The entry into force of Law 8/2021, of June 2, has meant a substantial change in the legal perspective of people with disabilities, eliminating judicial incapacitation and altering the system of protective charges, establishing a system of support measures. The support measures include voluntary, informal and judicial measures, the latter being the curatorship, which will normally be of a purely welfare nature and, exceptionally, representative. The representative curator acts on behalf of the person with a disability, the Civil Code requiring prior judicial authorization for certain acts and subsequent judicial approval for others. The purpose of this article is to examine the main developments and changes made in the regulation of acts defined in article 287 of the Civil Code, with respect to the previous article 271.

PALABRAS CLAVE: Curatela. Personas con discapacidad. Autorización judicial. Capacidad Jurídica. Medidas de apoyo. Guarda de hecho.

KEY WORDS: *Curatorship. Persons with disabilities. Judicial authorization. Legal capacity. Support measures. De facto guardianship.*

SUMARIO: I. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA CURATELA EN LA LEY 8/2021.—II. ACTOS PARA LOS QUE EL CURADOR REPRESENTATIVO REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL: 1. REALIZACIÓN DE ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL O FAMILIAR: A) *El internamiento involuntario.* B) *El consentimiento informado en el ámbito de la salud. En particular, la vacunación contra el Covid-19 de personas con discapacidad.* 2. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE DETERMINADOS BIENES. 3. DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS. 4. RENUNCIA DE DERECHOS Y SOMETIMIENTO A ARBITRAJE. 5. REPUDIACIÓN DE ATRIBUCIONES GRATUITAS. 6. GASTOS EXTRAORDINARIOS. 7. INTERPOSICIÓN DE DEMANDA. 8. DAR Y TOMAR DINERO A PRÉSTAMO Y PRESTAR AVAL O FIANZA. 9. CONTRATOS DE SEGURO, RENTA VITALICIA Y OTROS ANÁLOGOS.—III. LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA DEL GUARDADOR DE HECHO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA CURATELA EN LA LEY 8/2021

La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), ha supuesto un cambio de

paradigma, obligando a una relectura de la estructura tradicional recogida en el Código Civil, que diferenciaba entre capacidad jurídica y de obrar, y siguiendo el principio de igualdad de todas las personas consagrado en el artículo 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España en 2008, se promueve el abandono o la superación del concepto de capacidad de obrar, concepto que permitía la limitación de un derecho fundamental de la persona como es el derecho a tomar sus propias decisiones, la posibilidad de ejercicio de los derechos de los que es titular, afectando por tanto a la propia dignidad¹.

En su exposición de motivos se reconoce que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos —antigua capacidad jurídica— como la legitimación para su ejercicio —antigua capacidad de obrar— por sí mismo y/o con los apoyos necesarios, introduciendo un nuevo y amplio concepto de capacidad jurídica, que engloba las tradicionales vertientes de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Conforme a ello, todos los mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, gozan de plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

El avance y el progreso son dos notas características que deben imperar en toda sociedad desarrollada, y para su evolución adecuada, es necesario que todos los individuos que forman parte de la colectividad participen en esta difícil labor, siendo la única manera de lograrlo a través de la integración y la cohesión de aquellos sujetos que adolecen de alguna clase de discapacidad.

La Ley 8/2021 es un texto normativo complejo, que apela no solo a los juristas, pues son quiénes la aplican, sino también a la sociedad en su conjunto, concienciando acerca de la situación de vulnerabilidad que presentan y la importancia de esta reforma. Se ha introducido un nuevo sistema que ha supuesto el fin de la incapacitación judicial, suprimiendo el poder que tenía la autoridad judicial de incapacitar a una persona por falta de aptitud de autogobierno, situación de la cual se ha estado abusando, desoyendo la voluntad personal y deseos de la persona con discapacidad.

Asimismo, se ha eliminado la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada², de tal forma que cuando la persona menor de edad con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos del mismo modo que a cualquier otro adulto que los requiera (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 333-334; y, CARRANCHO HERRERO, 2021, 229). El apoyo incluye un amplio elenco de actuaciones como el acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, consejo, toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, etc.

La tutela ha quedado reservada para los menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad regulándose en el capítulo I «De la tutela» del título IX «De la tutela y de la guarda de los menores», del libro primero «De las personas», de los artículos 199 a 234 del Código Civil, aplicándose de forma supletoria las normas de ejercicio de la curatela según dispone el artículo 224 del Código Civil.

Tradicionalmente, la ley ofrecía la curatela como figura de asistencia en actos que no podía realizar la persona por sí sola encargándose de la protección del sujeto, pero no de su guarda ni administraba su patrimonio, y la tutela como representación y suplencia para capacidades inexistentes. Tras la reforma, el legislador ha eliminado del ámbito de la discapacidad la tutela y ha consagrado la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial de las personas con discapacidad, que procederá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente —artículo 269 CC—, es decir, si no hubiera medidas voluntarias —mandatos y poderes preventivos— o si la medida informal de apoyo —guarda de hecho— se extingue por voluntad del guardado, por desistimiento del guardador o porque la autoridad judicial así lo decidiera —artículo 267 CC—. El desarrollo normativo más extenso respecto a las demás medidas de apoyo se le dedica a la figura de la curatela, en concreto, en los artículos 268 a 294 del Código Civil. Asimismo, ha suprimido la curatela de menores emancipados y habilitados de edad, sustituyendo la intervención del curador por el consentimiento del defensor judicial —artículos 247 y 248 CC— cuando necesiten de un complemento de capacidad en la realización de determinados actos jurídicos (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2021, 504-505).

En la actualidad, no existen dos instituciones judiciales protectoras de la persona con discapacidad, sino solamente una, «la curatela», para cumplir con el principio inspirador del nuevo sistema, según el cual toda persona puede ejercitar su capacidad jurídica en mayor o menor medida a pesar de su padecimiento. Por ello, como norma general, la curatela será primordialmente de naturaleza asistencial y solo excepcionalmente podrán atribuirse al curador funciones representativas. Sin embargo, la ley no desconoce que existen personas que carecen de entendimiento, y para estos casos excepcionales no se contempla la curatela ordinaria meramente asistencial, sino que la actual legislación civil prevé la curatela representativa cuyo régimen recuerda a la tradicional «tutela» (SANTOS URBANEJA, 2021, 288; y, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 355).

Como acabamos de decir, la curatela tiene como regla general carácter asistencial. Excepcionalmente, el curador asumirá funciones representativas, como, por ejemplo, en caso de personas con patologías psíquicas severas que lo necesiten. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del Código Civil, la autoridad judicial en la resolución en la que

constituya la curatela determinará de manera precisa los actos en que el curador deba ejercer la representación de la persona con discapacidad. Así, la exposición de motivos de la Ley 8/2021 recoge textualmente «[l]a institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas».

El artículo 268 del Código Civil destaca los principios de proporcionalidad, autonomía, respeto a los deseos y preferencias de la persona que precise de las medidas de apoyo, así como el principio inspirador de la temporalidad al ser necesaria la revisión periódica de las medidas tomadas por la autoridad judicial en los procedimientos de provisión de apoyos, señalando expresamente el precepto que «[l]as medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas».

El artículo 269 del Código Civil, en sus apartados segundo y tercero, se refiere a las dos modalidades de curatela, la asistencial y la representativa, respectivamente. La curatela ordinaria es una medida de mero apoyo asistencial, de ayuda, sin sustituir la actuación de la persona con discapacidad, que será quien actúe, si bien con el apoyo o colaboración de un tercero —el curador nombrado judicialmente— atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo —artículo 269.2 CC—. Con carácter excepcional, se contempla la curatela representativa para aquellos casos en que la persona tiene las facultades intensamente afectadas que para el ejercicio de su capacidad jurídica no es suficiente con el mero apoyo o asistencia del curador, siendo necesario que el curador actúe en nombre de la persona con discapacidad.

II. ACTOS PARA LOS QUE EL CURADOR REPRESENTATIVO REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Antes de abordar el estudio de este apartado, es necesario destacar que el régimen de autorización judicial previa de actos es aplicable únicamente a los supuestos excepcionales de curatela representativa, de modo que en los casos de curatela ordinaria o asistencial no se aplica. En este último supuesto, la persona con discapacidad con la medida de apoyo de curatela asistencial, conserva su iniciativa para realizar actos y negocios jurídicos sin necesidad de autorización judicial, por ejemplo, como indica SANTOS URBANEJA, si la persona con medida de apoyo asistencial decide formalizar ante notario una venta de un inmueble de su propiedad, podría realizar el acto solemne sin necesidad de autorización judicial previa, pero tendría que ser asistido por su curador siempre que la resolución lo haya señalado para ese acto concreto —artículo 250.5 CC—. Por el contrario, si la curatela fuese representativa el curador tendrá que solicitar la autorización judicial previa del acto antes de formalizar la escritura de compraventa —artículo 287 CC— (SANTOS URBANEJA, 2021, 297-299)³.

Lo expuesto sobre la necesidad que tiene el curador representativo de solicitar autorización judicial previa para ciertos actos se refleja en el comienzo del artículo 287 del Código Civil que señala que *«[e]l curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes [...]»*. Es reseñable que el legislador no ha querido cerrar la enumeración de actos para los que será necesaria la autorización, facultando a extenderla a cualesquiera otros que determine la resolución constitutiva de la curatela —artículos 270 y 269.4 CC—. Por tanto, la resolución que establezca la curatela representativa puede establecer otros actos, en los que sea precisa autorización judicial, distintos de los recogidos en el artículo 287 del Código Civil. Asimismo, el auto puede establecer que solo es necesaria la asistencia a la actuación de la persona con discapacidad sin necesidad de la representación de su curador para alguno de los actos expresados en el artículo 287 del Código Civil. Sin embargo, no sería posible que la resolución excluyese al curador representativo de la solicitud de autorización judicial para alguno de los actos recogidos en el artículo 287 del Código Civil según la interpretación del tenor literal del precepto.

A pesar de que la reforma introducida por la Ley 8/2021 se inspira en la necesidad de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como indica PALLARÉS NEILA, el legislador se ha visto obligado a continuar con el régimen de autorizaciones judiciales previstas para el tutor en la anterior legislación —*ex* artículo 271 CC—, teniendo como fundamento servir de control de la actuación del curador

para los casos en los que su intervención tenga mayor relevancia, personal y patrimonial (PALLARÉS NEILA, 2022, 272). La autorización judicial será necesaria cuando el curador asuma funciones representativas, añadiendo el artículo 287 del Código Civil nuevos supuestos concretos al control judicial, prescindiendo de fórmulas genéricas como sería la preceptiva autorización judicial para todos aquellos actos que comprometan gravemente el patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

En este sentido, cabe mencionar en relación al anterior artículo 271 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero 2018⁴, que expone que con la autorización judicial se trata de que «el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de transcendencia económica y de que los mismos se celebran en beneficio del tutelado, atendiendo a sus circunstancias personales pero también a criterios objetivos, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, atendiendo además al momento en el que se realiza el acto», asimismo proclama con claridad su finalidad protectora en su fundamento jurídico segundo: «Queda claro, por tanto, que la finalidad de la exigencia de autorización judicial para los actos realizados por el tutor no era, en la tradición jurídica del Código Civil, ni lo es en la actualidad, la de complementar la capacidad de quien no la tiene plenamente reconocida por el ordenamiento. Se dirige, por el contrario, a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés. Más allá del control genérico de los informes periódicos o de la rendición de cuentas, se trata de que el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de transcendencia económica y de que los mismos se celebran en beneficio del tutelado, atendiendo a sus circunstancias personales pero también a criterios objetivos, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, atendiendo además al momento en el que se realiza el acto».

El artículo 271 del Código Civil actualmente regula la autocuratela que supone la designación solemne y formal de un curador para el supuesto de que alguien pretenda ante los Tribunales que se coloque a la otra persona bajo esta figura de Guarda (SANTOS URBANEJA, 2021, 138). Con esta institución, se confiere a cualquier persona, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador según dispone el artículo 271 del Código Civil. Este nombramiento vincula a la autoridad judicial al constituir la curatela, y solamente podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o al-

teración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones —artículo 272 CC—.

En este sentido, cabe señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021, siendo un claro supuesto de cumplimiento de la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad notarialmente expresados. Con arreglo a la normativa anterior, en una primera instancia se declaró a la demandada incapaz para regir su persona y bienes y se designó como tutora a la Agencia Madrileña para la tutela de adultos sin respetar la voluntad, preferencias y deseos que expresó D^a Virginia en escritura pública de autotutela. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación y «[l]a Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, consideró que era el deseo de la demandada, así como de sus hijos que fuera la familia y no una institución pública la que asumiera la tutela; pero dado que tres de los referidos hijos D. Carlos Alberto, D.^a Carmen y D.^a Constanza se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, D. Damaso, D.^a Flora y D.^a Valentina, siendo que estos tres se llevan muy bien entre sí, era lo más conveniente nombrar como tutores mancomunados a D. Carlos Alberto y a D. Damaso, que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre». Este nombramiento que efectuó la Audiencia prescindió de nuevo del criterio preferente de la voluntad de D^a Virginia notarialmente expresado, y por ello, fue recurrido en casación. Finalmente, el Alto Tribunal expuso en su sentencia, conforme a la actual normativa, que «...en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^a Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.^a Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora»⁵.

En sede de patria potestad, dentro de la administración de los bienes que ejercen los padres sobre el patrimonio de los hijos menores, el artículo 166 del Código Civil exige la obtención previa de la correspondiente autorización judicial para determinados actos de disposición, siendo los demás no contemplados en el mencionado precepto, libremente realizados por los titulares de la patria potestad. Así, el artículo 166 del Código Civil señala que: «*Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho*

de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros».

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se ha abierto un debate doctrinal en torno a si con las medidas de apoyo voluntarias —los mandatos y poderes preventivos, así como la autocuratela—, la propia persona con discapacidad en escritura pública podría excluir, de la necesidad de autorización judicial, al tercero apoderado o curador de la realización de algunos de los supuestos que recoge el artículo 287 del Código Civil. Por tanto, la discusión doctrinal radica en determinar si el mencionado precepto tiene carácter imperativo o dispositivo.

Al respecto, la mencionada Ley ha situado preferentemente la autocuratela y medidas voluntarias de apoyo en las cuales la persona con discapacidad designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance —artículos 249, 250 y 271 CC— atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, en su caso, de establecer normas de administración y disposición de sus bienes. La necesidad de autorización judicial únicamente cobra sentido en ausencia de declaración de voluntad por la persona con discapacidad que requiere de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica para organizar su patrimonio. Por ello, la voluntad, deseos y preferencias de la persona prevalecen sobre la preceptiva autorización judicial que exige el artículo 287 del Código Civil, siendo este de carácter dispositivo, y, por ende, entendemos que su aplicación puede excluirse. Por el contrario, en el régimen general, es decir, cuando no exista autocuratela o medidas de apoyo voluntarias, como sostiene GÓMEZ LINACERO, el artículo 287 del Código Civil tendrá alcance imperativo e insoslayable (GÓMEZ LINACERO, 2022)⁶.

Los supuestos que conforman el artículo 287 del Código Civil son los siguientes:

1. REALIZACIÓN DE ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL O FAMILIAR

Dispone el artículo 287 del Código Civil, en su apartado primero, que el curador representativo necesita autorización judicial para «[r]ealizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de

internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales».

Con anterioridad a la reforma, el legislador con la regulación de la tutela daba preferencia a los aspectos patrimoniales sobre los personales, motivo que ha llevado a la introducción de este supuesto de autorización judicial. Por ello, es necesario resaltar que el artículo 287.1.º del Código Civil atiende al contenido personal de las medidas de apoyo, al exigir al curador representativo la solicitud de autorización judicial previa para actos de especial transcendencia personal y familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, con la salvedad de la medida de internamiento regulada en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) o del consentimiento informado en materia de salud (PALLARÉS NEILA, 2022, 274). El anterior artículo 271 del Código Civil se limitaba al internamiento del tutelado *«en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial».*

Sin embargo, el empleo de conceptos indeterminados como *«transcendencia personal o familiar»* y posteriormente, en los apartados tercero y cuarto del artículo 287 del Código Civil con *«escasa relevancia económica»*, como considera LINACERO DE LA FUENTE, se tratan de fórmulas genéricas e imprecisas que serán objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial al respecto (LINACERO DE LA FUENTE, 2022, 593-594).

Se excluyen del ámbito de la representación del curador los actos de carácter personalísimo, por ser inherentes a la propia persona, no siendo posible, por ende, que pueda solicitar autorización judicial para contraer matrimonio el curatelado, reconocer a un hijo, hacer testamento o votar (PALLARÉS NEILA, 2022, 274). Sin embargo, la persona con discapacidad podrá separarse o divorciarse de su cónyuge por medio de su curador representativo cuando por sus condiciones no pueda actuar por sí misma, pero siempre se tenderá a cumplir su voluntad, deseos y preferencias (VALLADARES RASCÓN, 1999, 277).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000, con arreglo a la normativa anterior, otorgó el amparo solicitado por la tutora de la incapacitada, declarando que se habían vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial y efectiva, y a la igualdad, al no legitimarla para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de su tutelada. Concretamente, en su fundamento jurídico cuarto recoge que *«[...]la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el artículo 2 LECiv, el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de*

su tutor; con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que esta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado»⁷. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011⁸ legitimó a los tutores para interponer demanda de divorcio, como representantes legales de su hija incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pudiese actuar por sí misma.

El final del apartado primero del artículo 287 del Código Civil que recoge textualmente «*salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*», fue añadido tras la recomendación realizada por el Dictamen del Consejo de Estado 34/2019, de 11 de abril de 2019, en el que se considera que la expresión «actos de trascendencia personal» era tan amplia que «*podría no respetar dicha reserva, en los términos delimitados por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 129/1999, 131 y 132/2010, ya que podría interpretarse como la norma que “habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado” (Sentencia 129/1999)*»⁹. En consecuencia, se promovió la redacción alternativa que ahora estudiamos, excluyéndose el internamiento por razón de trastorno psíquico y todas las intervenciones clínicas derivadas de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002) (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 796).

A) El internamiento involuntario

El internamiento supone una medida de privación de libertad y, por ello, se exige que sea decidido voluntariamente por el afectado. Cuando se produzca de manera involuntaria y por razón de trastorno psíquico, el artículo 763.1 LEC señala que se requerirá previa autorización judicial. Sin embargo, si el internamiento se ha producido por razones de urgencia que hacían necesaria la inmediata adopción de la medida, el responsable del centro habrá de comunicarlo al juez en el plazo de veinticuatro horas para que, en su caso, ratifique tal medida.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de febrero de 2016¹⁰, analiza un supuesto de internamiento involuntario en un centro geriátrico. En este caso, la recurrente acudió al Tribunal Constitucional en amparo ante la posible vulneración de su derecho a la libertad personal por haber sido

ingresada involuntariamente en una residencia de mayores al considerar las trabajadoras sociales que se encontraba en una grave situación de riesgo por su extrema delgadez, síndrome de Diógenes y deterioro cognitivo. Las trabajadoras sociales integrantes del «equipo de internamientos involuntarios» de la Central Samur social de Madrid, comunicaron al juez de primera instancia el internamiento, que lo ratificó e igualmente sucedió en apelación. La mencionada sentencia otorgó el amparo en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 2012, puesto que el internamiento involuntario, por razones de urgencia, debe ser comunicado por el responsable del centro al juez competente en un plazo improrrogable de veinticuatro horas desde que se realizó el ingreso, y con fundamento en un informe médico que acredite el trastorno aducido. Sin embargo, la comunicación no se realizó, y el juzgado competente conoció el internamiento involuntario por medio de un informe suscrito por una trabajadora social. Por ello, la sentencia declara vulnerado el derecho a la libertad personal de la recurrente.

La relevancia de la sentencia es la consideración del procedimiento a seguir del artículo 763 LEC para el ingreso forzoso en una residencia geriátrica, realizando una interpretación amplia del precepto, a pesar de no ser un centro de salud mental, y asimismo se señala que el responsable del centro estará sujeto al régimen del mencionado precepto: «...nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el “centro” al que se refiere el artículo 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico». También se descarta que proceda el cauce del procedimiento contemplado en el artículo 763 LEC si no es precisa una urgente intervención sanitaria por enfermedades degenerativas como la demencia senil o las enfermedades de Alzheimer, puesto que son trastornos psíquicos, lo que no se da normalmente en el caso de internamiento para el cuidado en centros asistenciales o geriátricos.

B) El consentimiento informado en el ámbito de la salud. En particular, la vacunación contra el Covid-19 de personas con discapacidad

El artículo 287.1.º del Código Civil con relación al consentimiento informado para intervenciones en el ámbito de la salud e intervención del curador, se remite a la normativa especial existente en la materia. En particular, debemos atender a la Ley 41/2002 cuando establece en su artículo 9.3 que «[s]e otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

b) *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia». Interpretando este apartado conforme a la reforma efectuada por la Ley 8/2021 si la persona con discapacidad cuenta, para el ejercicio de su capacidad jurídica, con un curador representativo nombrado al efecto en resolución judicial, será quien tenga que consentir la intervención, siempre que la curatela representativa se extienda a este tipo de actos, sin necesidad de autorización judicial previa.*

En el supuesto de que la prestación del consentimiento informado, por el representante legal —en la actualidad curador representativo— sea contrario al mayor beneficio para la vida o salud del paciente dispone el artículo 9.6 de la precitada Ley 41/2002 que deberá *«...ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».*

Por tanto, la autorización judicial en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud solo será necesaria en los casos que la actuación sea contraria a los intereses del paciente, y en el supuesto de que no fuera posible recabar la autorización judicial por razones de urgencia, los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en interés del paciente.

Tenemos que mencionar que esta Ley ya contemplaba, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, la posibilidad de prestación del consentimiento de las personas con discapacidad por sí mismas, participando en la medida de sus posibilidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En concreto, en el apartado séptimo del artículo 9 de la Ley 41/2002, introducido por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, señala: *«El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».*

En los últimos tiempos han surgido numerosos conflictos ante la negativa del curador representativo de administrar la vacuna contra el Covid-19,

entendiéndose que va en contra de los intereses de la persona con discapacidad, quedando abierta la vía judicial.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la decisión para esta actuación médica por el curador representativo —o por los tutores del sistema anterior— no requiere autorización judicial previa del artículo 287 del Código Civil —anterior artículo 271 CC— de conformidad con la Ley 41/2002. Sin embargo, al ser la decisión adoptada por el curador representativo contraria a los intereses del paciente con discapacidad, se requiere la puesta en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de junio de 2021, recoge el supuesto de requerimiento de autorización judicial por un centro residencial para que una interna, incapacitada de cuarenta y dos años, se vacunase contra el Covid-19 al negarse su tutora a ello¹¹.

Por un lado, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, en su apartado b), prevé que el consentimiento para actuaciones médicas se obtendrá por representación cuando se trate de un paciente con la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. Asimismo, el apartado sexto del mencionado artículo dispone que la decisión se deberá adoptar atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Y continúa el apartado séptimo estableciendo que *«[e]l paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento»*.

Por otro lado, dispone la legislación valenciana en la materia, concretamente, en el artículo 43.4 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, cuando prevé el consentimiento por representación para personas con la capacidad modificada judicialmente, y en el apartado sexto dispone que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

La Sala autoriza judicialmente la vacunación, pese a la negativa del tutor, las siguientes razones, que constan en su fundamento de derecho tercero:

«—De acuerdo con los informes médicos obrantes en autos no existe contraindicación para la administración de la vacuna.

— Se recomienda su administración en dichos informes dado que el paciente tiene un alto riesgo al estar en régimen cerrado en una residencia con una población de alto riesgo.

— Es un hecho notorio los altos índices de infección y mortalidad a consecuencia de la epidemia de COVID en las residencias.

— Por otro lado la persona a vacunar ha expresado claramente en su examen ante el juez de instancia su voluntad de vacunarse. Se trata de una persona que a pesar de tener una discapacidad intelectual severa a consecuencia del síndrome de Down, es una paciente independiente para la mayoría de las actividades de la vida diaria y tiene una disminución cognitiva muy leve según el informe del médico de la residencia. A este respecto no hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 9.7 segundo párrafo de la anteriormente citada ley estatal de autonomía del paciente, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento». Por ello entiende la Sala que en absoluto debe desdeñarse teniendo en cuenta las anteriores circunstancias el consentimiento de la persona incapacitada.

— En contraposición no se observa una posición tan firme en la tutora que actúa más que por convencimiento propio por temor a las recriminaciones de los hermanos en el caso de que pasara algo.

— De acuerdo con el artículo 9.6 de la citada ley estatal de autonomía del paciente, y el artículo 43.6 de la citada ley de Sanidad de la Comunidad Valenciana la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Por tanto la única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente, es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualesquier otra consideración de Salud Pública, dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, debiendo quedar asimismo al margen otros intereses así como cualquier consideración accesorio como el eventual beneficio para los restantes residentes y para los trabajadores del centro residencial. Justamente en este apartado es en el que la Sala difiere de la valoración del juez de instancia, puesto que la administración de la vacuna supone, desde la perspectiva del interés individual del incapaz y protección para la vida y salud del mismo, un beneficio incontestable, mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma, teniendo en cuenta que si bien no se trata de una persona que por sus patologías esté en un grupo de riesgo, sí lo está por estar en régimen cerrado en una residencia, rodeado de decenas de internos, y con el tráfico de personas diversas, personal, médicos, familiares., lógico en una residencia. Hay que tener en cuenta que las vacunas que se administran en España, están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia

Española del Medicamento y Productos Sanitarios, además de sometidas a un continuo seguimiento, lo que permite suponer que las mismas se han elaborado —a pesar de la celeridad del proceso— con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia y que por ello mismo los beneficios de la administración de las mismas superan notoriamente los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento.

Por todo ello debe autorizarse la administración de la vacuna, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, y revocarse el auto de instancia».

En este mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Santander, de 3 de noviembre de 2021, en el que el juez pondera si la negativa personal de la tutora salvaguarda adecuadamente la salud física y emocional de quien no tiene capacidad para adoptar su propia decisión, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 41/2002. La directora de la Residencia de mayores solicitó autorización judicial para la vacunación contra el Covid-19 de una persona de 65 años afectada por discapacidad cuya tutora presentaba oposición a la administración de la misma. En su fundamento de derecho tercero se recoge que los informes médicos hacen constar que no existe contraindicación clínica para que se pueda administrar la vacuna. «El grupo de personas mayores con el que convive como residente la persona a vacunar ha padecido una alta tasa de mortalidad ante una infección por COVID, siendo por ello sumamente importante su vacunación. Se trata de un paciente institucionalizado en régimen cerrado con otros pacientes de alto riesgo, por lo que se trata de lograr que la vulnerable población conviviente alcance una resistencia de grupo contra un contagio o, al menos, de conseguir paliar la enfermedad en sus estadios más graves, evitando así muertes y secuelas. Por tanto, la vacunación se patentiza imprescindible para proteger la vida y la salud de la persona afectada de discapacidad y de todos aquellos que, haciendo uso del recurso residencial, y por razón de edad, constituyen un colectivo de riesgo, y también de preservar la salud del personal especializado y de los sanitarios que prestan materialmente, en primera línea y de manera continuada, su asistencia al incapacitado. Comparte este tribunal la consideración efectuada por el Ministerio Fiscal en su informe en el sentido de que no se pueden seguir obteniendo los beneficios del recurso residencial sin acatar las normas de convivencia que protegen la salud de todos, también del tutelado, y sin ofrecer tampoco otra alternativa residencial distinta. Hay que añadir, por último, que la decisión de no vacunar impide al tutelado participar en los talleres de trabajo en Ampros, generándose así una injustificada situación de aislamiento social que, sin duda alguna, compromete seriamente su bienestar emocional»¹².

Como sostiene BERROCAL (2021, 2424), en este caso, a pesar de esta doctrina jurisprudencial, no será necesaria la autorización judicial para ad-

ministrar la vacuna contra el Covid-19, puesto que el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 dispone que «[l]os facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

2. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE DETERMINADOS BIENES

Dispone el artículo 287 del Código Civil, en su apartado segundo, que el curador representativo necesita autorización judicial para «[e]najenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular».

El artículo 287.2.º del Código Civil —anterior artículo 271.2.º CC— recoge la exigencia de autorización judicial para la «enajenación de los bienes inmuebles» de la persona con discapacidad, preferentemente mediante venta directa, salvo que el tribunal considere que es necesaria la subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular¹³. En este sentido, cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria 183/2021, de 13 de octubre, que desestima el recurso en base al artículo 65.1 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015), puesto que, con la justificación ofrecida por la parte recurrente, considera el Tribunal que la enajenación no resulta conveniente a los intereses de la persona con capacidad modificada judicialmente. Por tanto, la Sentencia deniega la autorización de la venta del inmueble pues la oferta no es ventajosa para los intereses de la persona con discapacidad, y existe además un proceso abierto sobre su titularidad definitiva.

En los «establecimientos mercantiles o industriales» se requiere el otorgamiento previo de autorización judicial, solicitada por el curador represen-

tativo, para su enajenación o gravamen, así como los que se realicen sobre los elementos esenciales de los cuales depende su funcionamiento.

El señalado artículo 287.2.º del Código Civil, añade la necesidad de autorización judicial para «*enajenar o gravar bienes o derechos de especial significado familiar o personal*», siendo un concepto indeterminado, el cual en nuestra opinión no será de fácil precisión y tendrá un desarrollo doctrinal y jurisprudencial relevante.

La enajenación o gravamen de bienes muebles sujetos a autorización judicial se refiere a los de extraordinario valor —concepto que deberá establecerse en relación con el patrimonio del curatelado—, no siendo necesaria para enajenar o gravar bienes muebles de escasa relevancia económica. El precepto indica bienes muebles, puesto que los inmuebles siempre están sujetos a autorización judicial, independientemente del valor que tengan. Si bien se presenta como una novedad la referencia expresa a «*bienes muebles de extraordinario valor*», consideramos que se trata de una redundancia al entender la jurisprudencia, con anterioridad a la reforma, que se encontraban incluidos dentro del término «*objetos preciosos*» que recogía el *ex* artículo 271 del Código Civil.

El artículo 166 del Código Civil siendo el homólogo al artículo 287 del Código Civil en referencia a determinados actos de disposición que ejercen los progenitores sobre los bienes y derechos de sus hijos menores que requieren la obtención previa de la correspondiente autorización judicial, el precepto incluye objetos preciosos, pero no bienes muebles de extraordinario valor.

El término «*objetos preciosos*» hace referencia a los objetos que, sin tener un valor extraordinario, tengan la cualidad de precioso, tales como alhajas, obras artísticas o antigüedades. No se debe atender solamente al valor del objeto, sino que tiene que ponerse en relación con el resto de patrimonio del discapacitado necesitado de medidas de apoyo, puesto que un bien de cierto valor puede pasar inadvertido en un gran patrimonio, pero en otro puede constituir el elemento principal.

La enajenación o gravamen de *valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo* queda sujeta a autorización judicial previa para adoptar una decisión sobre la necesidad o conveniencia de la enajenación y disipar cualquier tipo de maniobra fraudulenta. Por el contrario, se dispensa *a sensu contrario*, la enajenación o gravamen de valores mobiliarios cotizados en mercado oficial por la agilidad que requiere la operación en el tráfico bursátil (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 805). Sin embargo, si la cuantía enajenada en los valores cotizados en mercado oficial fuese de extraordinario valor en relación con el patrimonio del curatelado, podríamos sostener que sí quedaría sujeta la operación a autorización judicial. Del mismo modo, la enajenación o gravamen de participaciones

sociales en sociedades limitadas no queda sujeta tampoco a autorización judicial, salvo que sean consideradas bienes muebles de extraordinario valor.

Asimismo, se incluye en este apartado segundo del artículo 287 del Código Civil la exigencia por el curador representativo de previa autorización judicial para *dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años*. Con esta redacción queda claro que no será necesaria autorización judicial para el arrendamiento de inmuebles con un plazo inicial inferior a seis años, aunque pudiera superarse este plazo en virtud de las prórrogas que contempla la norma, aspecto que generaba dudas en su anterior regulación en el artículo 271.6.º del Código Civil que señalaba que el tutor necesitaba autorización judicial para «*[p]ara ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años*». Al respecto, cabe mencionar la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 de julio de 2021, la cual hace referencia al artículo 287.2.º del Código Civil, aclarando que «[...] para apreciar si la duración del plazo previsto en el contrato excede o no de los seis años y, por tanto, si es un acto de disposición o de administración, no deben tenerse en cuenta las prórrogas legales forzosas, sino únicamente el “término inicial”, expresión que se utiliza en la redacción del referido artículo 287.2.º que entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021, y que, durante la elaboración parlamentaria de la nueva norma, se justificó así en la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Socialista: “Se incluye la palabra ‘término inicial’ en lugar de ‘tiempo’ dado que, de lo contrario, podría interpretarse que no se puede arrendar ninguna vivienda sin autorización judicial, teniendo en cuenta la existencia de prórrogas forzosas en favor del arrendatario”»¹⁴. Retengamos que el arrendamiento de inmuebles por un tiempo inicial superior a seis años es un acto de disposición.

La *celebración de contratos o la realización de actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción* requieren el otorgamiento de la previa autorización judicial solicitada por el curador representativo, «*exceptuándose la venta del derecho de suscripción preferente de acciones*». Si los contratos se celebran exceptuando el requisito anterior, señala el artículo 1291 del Código Civil, en su apartado primero, que son rescindibles «*siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos*».

Al final de este apartado segundo del artículo 287 del Código Civil, se incluye una referencia a la venta directa como procedimiento de enajenación de los bienes mencionados anteriormente, salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

La preferencia por el procedimiento de venta directa se trata de una inversión de lo dispuesto en la regulación anterior a la reforma. En concreto puede verse como el suprimido artículo 65.2 LJV, por el artículo 7.16 de

la Ley 8/2021, preveía la subasta como medio ordinario de enajenación en caso de que el juez otorgase la autorización judicial, y solo en el supuesto de que el solicitante lo pidiese se procedería a la venta directa acompañando un dictamen pericial de valoración o a la venta por persona o entidad especializada. Incluso con anterioridad a la Ley 15/2015, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplaba la subasta judicial, se abrió camino a la venta directa por persona o entidad especializada, como destacaba con acierto GALLEGO DOMÍNGUEZ (2010, 565-584).

Al respecto, mostramos nuestra conformidad con la supresión del apartado, puesto que normalmente los curadores representativos cuando acuden a un procedimiento de jurisdicción voluntaria tienen un comprador por un precio cierto para el bien, no siendo necesaria la subasta, y, asimismo, aplicando la subasta, el valor de los bienes normalmente se devalúa considerablemente a consecuencia de falta de postores. La pública subasta solo tendría sentido si previamente se tuviesen varios posibles compradores dispuestos a pagar un precio mínimo.

Por otro lado, consideramos conveniente que se haya prescindido de la enajenación en pública subasta puesto que además de los problemas prácticos que plantea, otros textos normativos la excluyen como el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, al disponer que *«en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido»*.

Sin embargo, la supresión de la subasta pública y su modificación por la venta directa recogida en el artículo 287.2.º del Código Civil *in fine* resulta contraria al subsistente artículo 63.3 Ley 15/2015 que recoge expresamente *«Si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar»*.

De lo expuesto, podemos concluir que la regla general actualmente es la venta directa para la enajenación de los bienes mencionados en el artículo 287.2.º del Código Civil y será preciso acompañar a la solicitud de autorización dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar —artículo 63.3 LJV—. Todo ello, como indica el final del artículo 287.2.º del Código Civil, *«salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular»*. En ambos casos, el

juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización —artículo 66 LJV— (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 804).

3. DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS

En el apartado tercero del artículo 287 del Código Civil se exige la autorización judicial previa para que el curador representativo pueda «*disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo*». Esta previsión normativa ya se encontraba en el anterior artículo 271.9.º del Código Civil para los tutores, añadiendo el nuevo artículo 287.3.º del Código Civil una excepción «*salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*», que podrán realizarse sin control judicial, siendo estos conceptos indeterminados que plantearán dudas y será labor de la doctrina y jurisprudencia su determinación. Por su parte, BERROCAL LANZAROT señala que el empleo de la conjunción copulativa «y» nos indica que deben concurrir ambos requisitos para que no sea preceptiva la previa autorización judicial (BERROCAL LANZAROT, 2021, 2420).

Nos surge la duda acerca de aquellos casos en que la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad, deseos y sus preferencias, pero en base a la conducta seguida por la misma durante su trayectoria vital, que siempre ha realizado anualmente, por ejemplo, una donación a una entidad benéfica, se permite inferir que su deseo es realizar esa disposición a título gratuito de bienes o derechos por su curador con facultades de representación. En este caso, nos preguntamos si el juez, en los supuestos de donaciones que no tengan escasa relevancia económica, denegará la autorización por considerar la donación perjudicial para el patrimonio de la persona protegida, o, por el contrario, que esta redundará en su interés personal por considerarla acorde con el respeto a su voluntad y deseos exteriorizados en el pasado. Pues bien, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, y como sostiene GUILARTE MARTÍN-CALERO, consideramos que tiene que ser autorizada la donación, puesto que se tiene que garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, y para ello, se tiene que atender a la voluntad, deseos y preferencias de las personas (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 807-808).

Por tanto, el curador representativo tiene que solicitar autorización judicial previa para la disposición gratuita de alguno de los bienes de la

persona necesitada de medidas de apoyo. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 4 de junio, expone el caso de la ocupación por el tutor de la vivienda del incapaz sin pagar renta alguna, ni haber solicitado autorización judicial previa. La sentencia argumenta, en su fundamento de derecho sexto, que, para hacer uso de la vivienda del incapaz, en su propio beneficio y sin pagar renta alguna, el tutor debería haber solicitado autorización judicial. Asimismo, el no abonar ningún tipo de renta, supone una cesión en precario de bienes del incapaz que precisa autorización judicial, la cual nunca podría otorgarse por ser contraria al interés del incapaz¹⁵.

4. RENUNCIA DE DERECHOS, TRANSACCIÓN Y SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

El apartado cuarto del artículo 287 del Código Civil dispone la preceptiva solicitud por el curador representativo para «[r]enunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo». Este artículo 287.4.º del Código Civil coincide en el inicio de su redacción con el anterior artículo 271.3.º del Código Civil, y tras la reforma se añade la dispensa de autorización judicial previa a los actos que sean «de escasa relevancia económica» tanto en el caso como de la renuncia, la transacción o sometimiento a arbitraje, quedando excluido, en todo caso, el sometimiento a arbitraje de consumo. El concepto impreciso al que se alude nos lleva a pensar que para su valoración tendrían que ponerse en relación con el patrimonio del sujeto curatelado, y así considerar si es de escasa relevancia económica (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 809).

En lo que respecta a la transacción, el artículo 1811 del Código Civil, reformado por la Ley 8/2021, reitera esta necesidad de autorización judicial «El tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica». La solicitud de esta autorización para transigir está regulada en el artículo 63.2 LJV que indica que irá acompañada del documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.

Pese a no especificar el artículo 287.4.º del Código Civil sobre qué tipo de arbitraje es aplicable la necesidad de autorización judicial, como sostiene PARRA LUCÁN, se entiende que afecta tanto al arbitraje de equidad como al arbitraje de Derecho, quedando excluido el arbitraje de consumo (PARRA LUCÁN, 2011, 311).

5. ACEPTAR SIN BENEFICIO DE INVENTARIO CUALQUIER HERENCIA O REPUDIAR ESTA O LAS LIBERALIDADES

El artículo 285.5 del Código Civil dispone que el curador representativo necesita autorización judicial para «[a]ceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.4.º del Código Civil, continuando su redacción sin modificación alguna tras la reforma, al tratarse de actos que implican un riesgo patrimonial —aceptar una herencia sin beneficio de inventario— o pueden ser perjudiciales —repudiar una herencia y liberalidades—, y por ello, no será necesaria la autorización judicial previa para aceptar a beneficio de inventario la herencia, los legados y la donación pura y simple, y será un requisito *sine qua non* para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas. La necesidad de autorización judicial se fundamenta en el hecho.

Esta exigencia se reitera en el artículo 93.2.b) LJV cuando expresa «*En todo caso, precisarán autorización judicial: Los tutores, los curadores representativos y, en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos*» y en el artículo 95 LJV dispone que: «1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. 2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos».

6. GASTOS EXTRAORDINARIOS

El apartado sexto del artículo 287 del Código Civil señala que el curador representativo, de la persona que precisa el apoyo, requiere previa autorización judicial para «[h]acer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.5.º del Código Civil, sin especificar sobre qué tipo de bienes deben recaer los gastos extraordinarios, y por ello, se entiende que se refiere a todos los bienes titularidad de la persona a la que presta el apoyo, sean muebles o inmuebles.

El curador puede actuar por sí solo en los actos ordinarios, ya sean que afecten a la esfera personal —educación y cuidado personal del curatelado—, como en la patrimonial —administración y gestión ordinaria del patrimonio—. En cambio, necesita autorización judicial para los gastos

extraordinarios, es decir, aquellos que exceden del ejercicio habitual del cargo o suponen una cifra económica elevada excediendo de la mera conservación (DÍAZ PARDO, 2022, 113; PALOMINO DÍEZ, 2006, 512).

7. INTERPOSICIÓN DE DEMANDA

El artículo 287.7.º del Código Civil dispone que el curador representativo tiene que solicitar previa autorización judicial para «*[i]nterponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos*», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.6.º del Código Civil.

Se exceptúan de control judicial los asuntos urgentes, que impliquen una pérdida de oportunidad como el vencimiento de un plazo procesal y no puedan aplazarse en el tiempo, y los de escasa cuantía por la falta de riesgo para el patrimonio del curatelado. Ambas posibles excepciones tienen que justificarse en el informe de actuación del curador a la autoridad judicial.

En el supuesto de que la demanda se interpusiese sin la preceptiva autorización judicial, el juez podrá no admitir la demanda en base a los artículos 7.2, 9 y 264.2 LEC.

Como nos indica ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, el precepto mencionado utiliza el término «interponer demanda», por ello, a *sensu contrario* no será necesaria autorización judicial para su contestación, interposición de recursos o para iniciar los trámites de la jurisdicción voluntaria, donde técnicamente, no se interpone demanda (ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, 2016, 189).

Esta nueva redacción dada por la reforma de la Ley 8/2021, introduce una novedad con respecto al anterior artículo 271.6.º del Código Civil al incluir la salvedad de autorización judicial «*cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos*». En referencia a ello, tenemos que señalar las dos reflexiones que compartimos de GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021, 811-812):

Primero, la ubicación del artículo 287.7.º del Código Civil *in fine* no es correcta puesto que del tenor literal se desprende que se refiere a actuaciones procesales que realice la persona con discapacidad por sí misma, y este precepto está dirigido a los actos que realice el curador como representante y requieran del control judicial.

Segundo, si entendemos que la intención del legislador, a pesar de no estar en concordancia con la interpretación literal, ha sido destacar que no

es preceptiva la autorización judicial cuando se inste la revisión de las medidas por parte del curador era innecesario, puesto que el precepto utiliza el término «interponer demanda» y el procedimiento para instar la revisión judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos es de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 42 bis c) LJV, por lo que se entiende excluido del requisito de autorización judicial previa.

La Ley 8/2021, introduce y prioriza un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad cuando resulte pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable y no exista oposición. La provisión judicial de apoyos es regulada por la LJV —artículos 756.1 LEC y 42 bis a) LJV—.

Sin embargo, el procedimiento puede transformarse en contencioso cuando, según el artículo 756.1 LEC, resulte pertinente el nombramiento de un curador, se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse. Los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo se regirán por la LEC y es necesario interponer demanda al ser un proceso contencioso para la adopción judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad —artículo 757.1 LEC—.

Cuando el expediente se reconduce a un proceso contencioso sí es necesario el requisito de previa autorización judicial por el curador representativo al tratarse de una interposición de demanda, y en este supuesto sí tendría sentido la redacción del precepto señalado.

8. DAR Y TOMAR DINERO A PRÉSTAMO Y PRESTAR AVAL O FIANZA

El anterior artículo 271.8.º del Código Civil requería la previa autorización judicial solicitada por el tutor «*[p]ara dar y tomar dinero a préstamo*», coincidiendo con la redacción del actual artículo 287.8.º del Código Civil. Sin embargo, tras la reforma se añade prestar garantías personales, aval y fianza, al igual que expresamente lo admite el Derecho catalán en el artículo 222-43.1.h) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «*1. El tutor y el administrador patrimonial necesitan autorización judicial para los siguientes actos: h) Avalar, prestar fianza o constituir derechos de garantía de obligaciones ajenas*». También se han de entender incluidos en este apartado otro tipo de operaciones con la misma finalidad crediticia.

El motivo del requisito preceptivo de autorización judicial en estos casos, alude al riesgo patrimonial que implican este tipo de operaciones económicas, puesto que ante el incumplimiento de la obligación principal de un tercero respondería la persona con discapacidad necesitada de medidas de

apoyo con su patrimonio. Si el curatelado toma dinero a préstamo, el control judicial verificará el destino de la cantidad prestada y las condiciones pactadas para su devolución, y si el curatelado da dinero a préstamo, el juez comprobará la solvencia del prestatario y las garantías de pago que existen ante el riesgo posible de incumplimiento (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 812).

Por último, tenemos que mencionar la no inclusión, en el artículo 287.8.º del Código Civil, como excepción de autorización judicial la compra con subrogación en el préstamo hipotecario o la financiación del precio de la compra mediante un nuevo préstamo hipotecario. Por el contrario, en el Derecho catalán se dispensa de la autorización judicial el acto de gravamen o de subrogación en un gravamen cuando «*se haga para financiar la adquisición del bien*», y exige autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo o a crédito «*salvo que este se constituya para financiar la adquisición de un bien*» —artículo 222-43.1 a) y f) del Código Civil de Cataluña—. Por tanto, si el legislador no ha contemplado esta excepción entendemos que su voluntad es continuar con el requisito preceptivo de previa autorización judicial por el curador representativo cuando se realicen estos actos.

9. CONTRATOS DE SEGURO, RENTA VITALICIA Y OTROS ANÁLOGOS

El apartado noveno del artículo 287 del Código Civil supone una novedad legislativa tras la reforma, en el cual se dispone que el curador representativo requerirá la solicitud previa de autorización judicial para «*[c]elebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*». Para GUILARTE MARTÍN-CALERO se puede apreciar la preocupación del legislador por la celebración de contratos de seguro de vida debiendo entenderse sometido al control judicial tanto la celebración del contrato como la modificación de las condiciones y de los beneficiarios establecidos inicialmente, lo que supondrá un impedimento a las situaciones de abuso que se han sucedido en la práctica (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 812-813).

Por otro lado, nos cuestionamos si solamente se refiere estrictamente a los contratos mencionados y sus similares, o podría ampliarse este supuesto a otros tipos distintos, al no quedar clara la determinación del concepto de «*otros análogos*», en cuanto que se puedan incluir diversos tipos de inversiones financieras. Consideramos, al igual que PALLARÉS NEILA, que no debemos ceñirnos al *nomen iuris* del contrato, ni la familia a la que pertenezca, sino que debemos atender a que se trate de actos con singular trascendencia patrimonial no incluidos en ninguno de los párrafos anterior-

res. En este sentido, todos aquellos contratos que las entidades bancarias promueven, como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participaciones de un fondo de inversión o similares, necesitarán una autorización judicial previa a su formalización (PALLARÉS NEILA, 2022, 276).

En cuanto al último inciso del artículo 287.9.º del Código Civil «*cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*» indica que se trata de un concepto indeterminado que para su concreción habrá que atender al valor del patrimonio de la persona con discapacidad y a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. Con ello, se apela a los actos de relevancia patrimonial que puede ocasionar un perjuicio patrimonial para el discapacitado necesitado de medidas de apoyo cuando son realizados por el curador representativo, y por ello, el precepto requiere de control judicial.

La finalidad del artículo 287 del Código Civil estableciendo una enumeración taxativa mínima de actos para los cuales el curador necesita autorización judicial, es establecer un mecanismo que garantice adecuadamente y de la forma más eficaz la protección de la persona con discapacidad que necesita apoyo¹⁶.

Se establece en el artículo 288 del Código Civil la flexibilización a la regla general al indicar que «*La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos*».

Además de las autorizaciones judiciales previas del artículo 287 del Código Civil, se contemplan en el artículo 289 del mismo cuerpo normativo, unos supuestos de autorización judicial *a posteriori*, cuyo antecedente antes de la reforma era el artículo 272 del Código Civil. Este precepto señala que no será necesaria la autorización judicial para que el curador representativo realice la partición de herencia o división de cosa común (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 357; y, CARRANCHO HERRERO, 2021, 245), sin embargo, una vez practicadas sí requerirán aprobación judicial *a posteriori*. Además, si hubiese nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento —artículo 289 CC— (ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, 2016, 190). Conviene señalar que según la STS 177/1996, de 12 de marzo de 1996, en su fundamento de derecho tercero, solo se precisa la aprobación judicial de la división de cosa común «[...] en el caso de que se lleve a cabo partición material con adjudicación de lotes entre los interesados, pero no se exige autorización judicial para que el representante de la incapaz se allane a una demanda de división de cosa común, en la que hay otros muchos demandados, entre los que sí se da

vínculo de litisconsorcio pasivo necesario, que exige una resolución uniforme. El allanamiento pues, ni perjudica en principio sus derechos, ni impide que se dicte resolución distinta a la aceptada [...]»¹⁷.

Por último, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos mencionados, la autoridad judicial deberá oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes —artículo 290 CC—.

III. LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA DEL GUARDADOR DE HECHO

El legislador, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ha habilitado al guardador de hecho ordinario para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de autorización judicial, tanto de naturaleza personal como patrimonial, por ejemplo, solicitar cualquier tipo de prestación social en favor de la persona con discapacidad (CORRIPIO GIL-DELGADO, 2022, 695-695). Así, el artículo 264.3 del Código Civil señala que «[n]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 264.2 del Código Civil «[e]n todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287». En base a este precepto, el guardador de hecho precisa autorización judicial para los actos señalados en el artículo 287 del Código Civil a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad. El juez concederá la autorización previa valoración de la situación de la guarda de hecho con los documentos acreditativos que se estimen para probar la existencia de la misma.

Con esta nueva regulación que elimina el continuo control judicial, y solamente, se acudirá al juez para solicitar su autorización en los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil. HERAS HERNÁNDEZ dispone que el legislador con la nueva Ley pretende que cuando la persona con discapacidad tenga asistencia de carácter familiar o por un centro, sea una residencia o centro específico, no cabría el nombramiento de un curador representativo, sino la designación formal como guardador de hecho. En el supuesto de que este último necesitase realizar alguna actuación de carácter representativo, debería instar el correspondiente expediente de guarda de hecho e incluso en el propio nombramiento solicitar de forma subsidiaria

que en la designación se autorice los actos que estimase conveniente el solicitante (HERAS HERNÁNDEZ, 2022, 425).

IV. CONCLUSIONES

I. Tras la aprobación de la Ley 8/2021 se ha reconocido un nuevo concepto de capacidad jurídica que engloba las tradicionales vertientes de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, es decir, tanto la titularidad de derechos como la legitimación para ejercitarlos. Se ha suprimido la incapacidad y la tutela de las personas con discapacidad, quedando reservada la institución de la tutela al ámbito de los menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad, y se ha consagrado la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial, que como regla general será de carácter asistencial, y excepcionalmente, de carácter representativa.

II. La medida de apoyo de la curatela representativa encuentra su similitud con la antigua tutela de los incapacitados, continuando el legislador con el régimen de autorizaciones judiciales que tenía previsto en el anterior artículo 271 del Código Civil para controlar la actuación del curador en aquellos casos en los que su intervención tenga tal relevancia personal y patrimonial que pueda originar un perjuicio para la persona con discapacidad. En la actualidad el curador representativo necesitará solicitar previa autorización judicial para realizar los actos de disposición sobre los bienes y derechos de la persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo comprendidos en el artículo 287 del Código Civil. No obstante, esta numeración no es una lista cerrada y el legislador ha facultado a la autoridad judicial para extenderla a cualesquiera otros que determine en su resolución constitutiva de la curatela.

III. Como regla general, el artículo 287 del Código Civil tiene carácter imperativo, cuando no existan medidas de apoyo voluntarias, mandatos y poderes preventivos o autcuratela, sin embargo, tendrá carácter dispositivo si existiesen medidas de apoyo voluntarias en las que la propia persona con discapacidad en escritura pública excluyese de la necesidad de autorización judicial al tercero apoderado o curador de la realización de alguno de los supuestos recogidos en el mencionado precepto. Los supuestos que contiene el mencionado precepto han introducido novedades y modificaciones con respecto al anterior artículo 271 del Código Civil, resaltando dos aspectos principales; primero, la preferencia del legislador por los «*actos de trascendencia personal o familiar*» que requieren actualmente autorización judicial previa, frente a la preferencia por los aspectos patrimoniales que se daba con anterioridad a la reforma, y segundo, la utilización de conceptos in-

determinados con las expresiones «*especial significado familiar o personal*», que será objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el futuro para precisar sus significados, y «*los que tengan escasa relevancia económica*» para dispensar de la preceptiva autorización judicial en algunos de los supuestos.

IV. La Ley 8/2021 ha dado prevalencia a la figura del guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad, habilitándole para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de autorización judicial, con el objetivo de acudir a los Tribunales solo para los supuestos actos de mayor importancia, que se realizan en contadas ocasiones, y que se encuentran contemplados en el artículo 287 del Código Civil que son de aplicabilidad al guardador de hecho de conformidad con el artículo 264.2 del Código Civil.

V. La valoración general de la reforma del artículo 287 del Código Civil sobre el requisito de la previa de autorización judicial para los actos dispositivos sobre bienes y derechos que realice el curador representativo es muy positiva. Si bien con el tiempo tendrían que especificarse algunos de sus conceptos indeterminados, su contenido supone un gran avance en el cambio de paradigma al tener en cuenta aspectos personales de las personas con discapacidad y dar respuesta a problemas prácticos que se sucedían.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Sala 2.^a) núm. 311/2000, de 18 de diciembre de 2000 (*RTC 2000, 311*)
- STC (Sala 1.^a) núm. 13/2016, de 1 de febrero de 2016 (*RTC 2016, 13*)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 1.^a) núm. 177/1996, de 12 de marzo de 1996 (*RJ 1996, 2175*).
- STS (Sala 1.^a) núm. 625/2011, de 21 de septiembre de 2011 (*RJ 2011, 6575*).
- STS (Sala 1.^a) núm. 2/2018, de 10 de enero de 2018 (*RJ 2018, 156*).

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de La Coruña (Sección 3.^a) núm. 45/2004, de 4 de junio de 2004 (*JUR 2006, 6823*).

- AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) núm. 158/2009, de 6 de julio de 2009 (*JUR 2009, 439483*).
- AAP de Valencia (Sección 10.^a) núm. 220/2021, de 4 de junio de 2021 (*JUR 2021, 273878*).
- AAP de Cantabria (Sección 2.^a) núm. 183/2021, de 13 de octubre de 2021 (*JUR 2021, 374949*).
- AAP de Cantabria (Sección 2.^a) núm. 210/2021, de 3 de noviembre de 2021 (*JUR 2022, 11944*).
- SAP de Oviedo (Sección 5.^a) núm. 437/2021, de 1 de diciembre de 2021 (*JUR 2022, 60566*).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de DGSJFP de 15 de julio de 2021 (*BOE núm. 180, de 29 de julio de 2021*).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad especial referencia a la tutela y la guarda de hecho. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 499-556.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021). Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2392-2442.
- CARRANCHO HERRERO, M^a.T. (2021). Lección 10. La capacidad de la persona jurídica. En E. Llamas Pombo, (dir.). *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*. Madrid: La Ley, 223-249.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a.R. (2022). El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 669-713.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- DÍAZ PARDO, G. (2022). Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. IX, núm. 1, 103-132, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/698/564>
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. (2018). La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras Leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. V, núm. 3, 85-119, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/372>

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2010). La superación de la subasta judicial como procedimiento para la enajenación de ciertos bienes de incapacitados y menores sometidos a tutela. En S. De Salas Murillo, (coord.^a). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 565-584.
- GÓMEZ LINACERO, A. (2022). Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC). *Diario La Ley*, núm. 10064, punto I. Se ha utilizado versión electrónica Smarteca.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Sección 3.^a: Del ejercicio de la curatela. Artículo 287 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero, (dir.^a). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 785-815.
- HERAS HERNÁNDEZ, M^a.M. (2022). El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. En V. Montserrat Pereña y M^a.M. Heras Hernández, (dirs.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 407-446.
- LINACERO DE LA FUENTE, M^a. (2022). *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ ESPADA, E. y DE CASTRO VÍTORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la capacidad. En A. Marín Velarde, A. L. Cabezuelo Arenas, y F. Moreno Mozo (dirs.). *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus, 113-144.
- PALLARÉS NEILA, J. (2022). El ejercicio de la nueva curatela. En M. Pereña Vicente y M^a.M. Heras Hernández (dirs.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 257-278.
- PALOMINO DÍEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRA LUCÁN, M^a.A. (2011). Instituciones de guarda (1). La tutela. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, (dirs.). *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen VI), Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 179-232.
- ROGEL VIGE, C. (2021). *Prodigalidad. Pasado y presente*. Madrid: Reus.
- ROVIRA SUEIRO, M.E. y LEGERÉN MOLINA, A. (2016). *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2021). Capítulo 18. Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 335-384.
- SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Madrid: CUNIEP.

- VALLADARES RASCÓN, E. (1999). La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación o divorcio en representación de su pupilo, (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999). *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 273-295.
- VIVAS TESÓN, I. (2021). Curatela y asistencia. En P. A. Munar Bernat (coord.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Madrid: Marcial Pons, 277-302.

NOTAS

¹ *Vid* a este respecto (ROGEL VIGE, 2021, 80-82), que hace una crítica del artículo 12 de la Convención y del nuevo amplio concepto de capacidad jurídica al señalar que «Si por capacidad jurídica se entendiera —como es debido— la mera aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, capacidad de obrar al margen, no habría nada que objetar. Con todo, las cosas no se quieren así, pues en el 12.3, se habla de «ejercicio de la capacidad jurídica», cuando, en puridad, la capacidad jurídica se ostenta, que no se ejercita». Del mismo modo, se posicionan CUADRADO PÉREZ (2020, 13 y sigs.) y MUÑIZ ESPADA y DE CASTRO VÍTORES (2021, 113 y sigs.).

² Al igual que VIVAS TESÓN, no compartimos la justificación, de la supresión en el ámbito de las personas con discapacidad de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que se contiene en la exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre la inadecuación de los padres «[...] para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo [...]», puesto que no guarda relación con lo afirmado en la misma exposición de motivos para justificar la nueva regulación de la guarda de hecho «[...] la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables [...]». Asimismo, como es sabido, en nuestra sociedad tras la extinción de la patria potestad los que con frecuencia desempeñan la guarda de hecho del hijo mayor de edad que precisa apoyo son los padres (VIVAS TESÓN, 2021, 278).

³ *JUR* 2022, 60566. La citada resolución, en su fundamento de derecho segundo, establece la medida de apoyo de la curatela con funciones representativas y se remite, para mayor concreción sobre los actos en que debe intervenir el curador representativo, a los recogidos en los números 2 a 9 del artículo 287 del Código Civil.

⁴ *RJ* 2018, 156.

⁵ *RJ* 2021, 4847.

⁶ En este sentido, ESCARTÍN IPIÉNS afirma «Toda esta reflexión se hace para confirmar lo que es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia en base a los antecedentes citados, es decir, que los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo cumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad». Cuando el autor se refiere al artículo 285 del Código Civil es la numeración que recibe durante la reforma, siendo el actual artículo 287 del Código Civil (ESCARTÍN IPIÉNS, 2018, 97).

⁷ *RTC* 2000, 311.

⁸ *RJ* 2011, 6575.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado 34/2019, de 11 de abril de 2019. [En línea] disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

¹⁰ *RTC* 2016, 13.

¹¹ *JUR* 2021, 273878.

¹² *JUR* 2022, 11944.

¹³ *JUR* 2021, 374949.

¹⁴ Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrox a inscribir una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento urbano. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2021. [En línea] disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-12744

¹⁵ *JUR* 2009, 439483.

¹⁶ *Vid JUR* 2009, 439483. En específico, la citada resolución recoge en su segundo fundamento de derecho que: «[...] el principio que inspira la institución tutelar, no es otro que procurar la guardia y custodia, no solo de sus personas, sino también de sus bienes; función tutelar que debe ejercerse en beneficio del tutelado de conformidad con el artículo 224 del Código Civil, bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. De este modo se entiende que cuando el artículo 271 del Código Civil establece una enumeración taxativa de actos para los cuales el tutor necesita autorización judicial, lo que pretende es establecer un mecanismo que garantice adecuadamente y de la forma más eficaz la protección del tutelado [...]».

¹⁷ *RJ* 1996, 2175.

(Trabajo recibido el 28 de junio de 2022 y aceptado para su publicación el 17 de julio de 2022)

**RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 31-5-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1.

HERENCIA: NULIDAD DEL TESTAMENTO.

No cabe obviar el último testamento otorgado por la causante por considerar que es nulo. Para ello será necesario la declaración judicial correspondiente

La diferencia entre sucesión testada e intestada, a efectos del título, y consiguiente, entre testamento y declaración de herederos, como títulos de la sucesión, se percibe directamente en los artículos 658 y 913 del Código Civil. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro. Desde esta perspectiva, la calificación del título sucesorio, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no solo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias. Ha de aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en este último caso no basta con que el notario relacione sucintamente las cláusulas del testamento, sino que ha de expresar la exactitud de concepto entre lo rela-

cionado y el texto original, con expresa constancia de que no existen cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto.

Señala la registradora en el primero de los defectos recurridos que el testamento que sirve de título sucesorio no es el último que resulta del certificado aportado, sino uno anterior. Y el recurrente se basa en la supuesta nulidad del último testamento del causante, que resulta del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad. Para justificar esta elusión del último testamento del causante, la notaría autorizante, en la escritura, motiva la sucesión de hechos y las circunstancias que han llevado a la conclusión de que este último testamento que resulta del citado certificado es nulo, por lo que se ha realizado la partición en virtud del anterior. No cabe sin más, utilizar como título sucesorio un testamento distinto del último reflejado en el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, como así preceptúa el artículo 78 del Reglamento Hipotecario, que impide la inscripción si existe un certificado contradictorio del citado Registro General de Actos de Última Voluntad, mientras no exista un pronunciamiento judicial sobre la nulidad del último testamento otorgado.

Resolución de 8-6-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Es inscribible el convenio que incluye una cesión de parte de la titularidad de la vivienda familiar hecha por el marido en compensación a determinadas aportaciones económicas.

El convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico-matrimonial. Por ello, la liquidación del régimen económico-matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar. Dicha liquidación ha de referirse al haber conyugal generado durante el vínculo matrimonial —o a otros pactos relativos a la vivienda habitual—, siendo indiferente si se trata de una comunidad romana o en mano común, es decir, con independencia del tipo y características del régimen económico-matrimonial bajo cuya vigencia se generó la masa patrimonial objeto de liquidación.

También ha puesto de relieve este Centro Directivo que, si bien el convenio regulador no debe ceñirse de manera estricta al contenido literal del artículo 90 del Código Civil, sus disposiciones o estipulaciones deben apoyarse en él, permitiéndose de esta forma la adjudicación de bienes privativos cuando ello pudiera obedecer a una causa matrimonial concreta, tal y como resulta de los negocios relativos al uso o titularidad de la vivienda habitual o la necesaria y completa liquidación del régimen económico del matrimonio.

Es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez (cfr. art. 633 CC), pero uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio regulador es el relativo a la vivienda familiar, como ha tenido ocasión de afirmar recientemente esta Dirección General en resolución de 11 de abril de 2012, y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos (cfr. art. 96 CC); por lo que en modo alguno puede afirmarse que sea extraño al contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio.

En el caso de este expediente, la transmisión de la propiedad de la mitad indivisa de las fincas referidas al esposo se contempla como compensación por sus aportaciones dinerarias para la compraventa de aquellas y por el hecho de que la esposa no ha aportado ingresos al sostenimiento de las cargas del matrimonio desde el año 1992, así como por el compromiso del esposo respecto del pago de los préstamos hipotecarios. Además, el carácter de vivienda familiar que tiene atribuida el piso referido tiene como consecuencia que la cesión de la propiedad de la mitad indivisa de la misma —y del garaje situado en el mismo edificio— deba considerarse en este caso que constituye también contenido propio del convenio y, por atender a los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobado judicialmente.

Por último, tiene razón la registradora respecto de otras obligaciones contenidas en el concreto convenio regulador objeto de calificación, como son las relativas a la futura venta de las fincas referidas y reparto del precio que se obtenga, o al pago de cuotas futuras de préstamos hipotecarios, obligaciones que carecen de trascendencia real (cfr. arts. 1, 2 y 98 LH y 51.6.^a RH, así como la resolución de 24 de abril de 2018). Por las mismas razones, tampoco es inscribible la prohibición de disponer, pues no se trata de una prohibición judicial sino convencional por acto que, como ha quedado expuesto, no tiene carácter gratuito (cfr. arts. 26 y 27 LH).

Resolución de 8-6-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Albaida.

PROHIBICIONES DE DISPONER: CANCELACIÓN.

Las prohibiciones de disponer no otorgan derecho real a nadie y no pueden cancelarse por renuncia del supuesto favorecido por ellas.

Como ha reiterado este Centro Directivo (véase resoluciones citadas en los «Vistos») siguiendo la doctrina más autorizada, las prohibiciones de disponer no son derechos reales, sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. Al no atribuir derecho alguno al beneficiado por las restricciones dispositivas impuestas por el donante o causante, no cabe cancelación por renuncia de aquel y debe respetarse la voluntad del donante —o en su caso del causante que es la ley por la que se rige la sucesión (art. 675 CC)—. También puede el afectado por la prohibición de disponer solicitar autorización judicial para disponer si concurre una causa justa sobrevenida.

Resolución de 8-6-2022
BOE 6-7-2022
Registro de la Propiedad de Corralejo.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se confirma la calificación de la registradora respecto de un caso de inmatriculación del artículo 205 por existir dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Para resolver el presente caso hay que atender al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que regula la inmatriculación por doble título traslativo, en la redacción dada por la Ley 13/2015, aunque el título previo y el inmatriculador sean de fecha anterior a la entrada en vigor de la citada ley, pero su presentación se produce tras la entrada en vigor de la misma, siguiendo la doctrina de la resolución de este Centro Directivo de 29 de septiembre de 2017.

En el presente caso, las dudas de la registradora están bien fundamentadas, pues alega una posible doble inmatriculación, teniendo presente que los dos caminos que constituyen los lindes de la finca y de la parcela forman un ángulo, dentro del cual puede estar incluida la finca que se pretende inmatricular. Esta Dirección General ya se ha pronunciado en otros recursos con supuestos de hecho similares al que es objeto de recurso.

Reiteradamente ha declarado este Centro Directivo que en la inmatriculación por doble título público el registrador debe extremar el celo, para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación, teniendo el procedimiento del artículo 205 menores garantías, al no exigir la intervención de los titulares de los predios colindantes, siendo como son estos los más interesados en velar por que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse en caso contrario un supuesto de indefensión.

Respecto a la afirmación de la recurrente relativa a la inmatriculación de otras fincas situadas en el mismo sector de territorio, sin que la registradora alegara tener dudas en la identidad de la finca, no pueden ser mantenidas por esta Dirección General, atendida la independencia de la calificación registral, sin que vinculen a la registradora otras calificaciones registrales, incluso efectuadas por ella misma, en otros supuestos distintos, cuyas circunstancias pueden diferir de las que concurren en el presente caso.

Resolución de 8-6-2022
BOE 6-7-2022
Registro de la Propiedad de Novelda.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL: EXPEDICIÓN SIMULTÁNEA DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS.

Se considera que no cabe practicar anotación de embargo por débitos fiscales y, a petición del embargante, no expedir de forma simultánea la certificación de cargas.

Se debate en el presente recurso si es posible practicar una anotación preventiva de ampliación de embargo en un procedimiento administrativo, sin la co-relativa expedición de certificación de cargas, que expresamente no se considera

necesaria por el órgano de recaudación recurrente. La registradora entiende que el procedimiento registral no es rogado y que no cabe anotación sin la correlativa nota marginal de haberse expedido certificación de dominio y cargas a efectos ejecutivos.

En efecto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, aunque el procedimiento registral es rogado, una vez iniciado se rige por normas de orden público, no pudiendo los registradores, presentantes o interesados elegir qué asiento practicar, ni su duración, ni los efectos que deba producir al venir todas estas circunstancias predeterminadas por el legislador.

En conclusión, no cabe hablar de dos momentos o fases, como pretende el recurrente, pues solo se contempla reglamentariamente la práctica simultánea de dos asientos: la propia anotación y la nota marginal, sirviendo además la certificación registral para que por parte de la Administración se compruebe si se han realizado por su parte las notificaciones precedentes.

Resolución de 9-6-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Se reitera que los legitimarios en el derecho común han de intervenir obligatoriamente en la partición de la herencia.

Ciertamente, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero, CC), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989.

En el presente caso los legitimarios de la causante son: el único hijo sobreviviente y, por premoriencia de la otra hija, los hijos de esta, nietos de la testadora. Así, no han intervenido en la escritura de partición dos de los nietos que son legitimarios. Por tanto, no habiendo contador-partidor designado para realizar la partición, se hace necesaria la intervención de esos nietos que no lo han hecho en la escritura de adjudicación de la herencia y no puede más que confirmarse la calificación. Alega el recurrente que la voluntad del testador es ley de la sucesión, y que además «se ve corroborada por las propias manifestaciones de los legitimarios mientras vivían». Ciertamente, la voluntad del testador es ley suprema en la partición, pero no absoluta, ya que tiene su límite en el respeto a los derechos de los legitimarios. Establece el último párrafo del artículo 814 del Código Civil que «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Por otra parte, las referidas manifestaciones fueron hechas por quien no llegó a ser legitimaria nunca por haber premuerto a la testadora.

Resolución de 9-6-2022
BOE 6-7-2022
Registro de la Propiedad de Águilas.

CANCELACIÓN: DERECHOS INSCRITOS SIN PLAZO DE EJERCICIO.

No concurriendo los requisitos previstos en la regla octava del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria, hay que acudir a la regla general del artículo 82 párrafo primero para cancelar un derecho de vuelo.

Respecto de la alegación de la recurrente sobre la extinción del derecho de vuelo por la prescripción, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (cfr., entre otras citadas en «Vistos», la resolución de 25 de octubre de 2018), plasmada en la resolución de 5 de diciembre de 2014 y reiterada en innumerables ocasiones (*vid.*, por todas, resolución de 26 de abril de 2006), según la cual la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida también a la adquisitiva (*vid.* resolución de 7 de marzo de 2018).

Como bien ha recordado el registrador, la resolución de 26 de octubre de 2007 pone de relieve que «ante la falta de constancia registral (y en el propio título inscrito) de los plazos (...), debe acudir al sistema ordinario de cancelación de asientos en el Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral (...), expresado en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (cfr. art. 82 LH)».

Se plantea la aplicación del artículo 210.1, regla octava. Este precepto legal alude a un plazo («cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse»), y respecto del derecho cuya cancelación se solicita no se había señalado un plazo para su ejercicio a partir del cual pudieran contarse los cinco años previstos en dicha normativa, por lo que no es aplicable a este supuesto concreto.

Resolución de 9-6-2022
BOE 6-7-2022
Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

SEGREGACIÓN: REQUISITOS.

Para la inscripción de una segregación es necesario acreditar la obtención de la preceptiva licencia y aportar la georreferenciación de las parcelas resultantes.

La innecesariedad de licencia para las segregaciones contenidas en un proyecto de reparcelación se fundamenta en la propia aprobación administrativa del instrumento reparcelatorio por ser acorde al planeamiento que desarrolla. En el presente caso, no solo no resulta acreditada la aprobación administrativa de las segregaciones de la cláusula séptima, pues la aprobación definitiva se refiere únicamente al proyecto incorporado, sino que el propio Ayuntamiento ha puesto de manifiesto la ilegalidad de las segregaciones pretendidas mediante escrito aportado en trámite de alegaciones que no hace sino confirmar la ausencia de aprobación administrativa. Por lo que procede confirmar el defecto señalado por el registrador en cuanto a la exigencia de licencia o declaración de innecesariedad para las segregaciones formalizadas en la escritura presentada.

No es que no sean admisibles las licencias adquiridas por silencio administrativo positivo al amparo de una legislación que lo admita, sino que se necesita una manifestación expresa, en este caso del Ayuntamiento, relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción. En el presente supuesto, no solo no se acredita la concesión de licencia por silencio, estando la Administración obligada a resolver de forma expresa, la cual solo podría ser confirmatoria del silencio positivo operado, en su caso, sino que según consta en la documentación del expediente, el Ayuntamiento, en trámite de alegaciones, y en un fundamentado escrito, sostiene la ilegalidad de la segregación pretendida y la inexistencia de silencio administrativo.

En este punto cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la segregación o división (*vid.* resoluciones de 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior. Por tanto, es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

Resolución de 10-6-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 20.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE DECLARA LA NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DICTADA TRAS LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD A UN TERCERO.

A la luz de la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, no puede cancelarse la inscripción de dominio practicada a favor de terceros adjudicatarios en la subasta en virtud de una resolución judicial dictada con posterioridad a la adjudicación y que declara la nulidad del procedimiento por existir cláusulas abusivas.

La cuestión relativa al control del carácter abusivo de los pactos contenidos en un contrato que ha dado lugar a un procedimiento de ejecución y su relación con los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes dictadas en dicho procedimiento ha sido enormemente controvertida. Así, en su reciente sentencia de 17 de mayo de 2022, número de expediente C-600/19, el Tribunal ha sentado una serie de conclusiones que son de especial relevancia para este tema: en primer término, se reconoce la posibilidad, con ciertas condiciones, de enjuiciar la abusividad de una cláusula del préstamo que dio pie a la ejecución, aun después de haber esta concluido por resolución firme, pero, por otro lado, deja siempre a salvo de los efectos de dicha declaración de una cláusula como abusiva a los terceros adquirentes, ajenos a la relación contractual.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala Primera número 414/2015, de 14 de julio, ha afirmado sobre el particular: «En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento

de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la LEC, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

Por otra parte, como consta en los Hechos, en el presente caso, la resolución judicial que pone fin al incidente sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del crédito garantizado por la hipoteca se dicta cuando la finca está ya inscrita a favor de los adjudicatarios no ejecutantes en virtud del testimonio del decreto de adjudicación. Por tanto, se trata, no solo de propietarios que han adquirido su derecho desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación, sino de titulares protegidos por la eficacia del Registro de la Propiedad. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en la citada sentencia de 17 de mayo de 2022, los terceros propietarios han de quedar protegidos frente a posibles reclamaciones sobre el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario. Desde este punto de vista, el mandamiento objeto de calificación contraviene la doctrina de dicha sentencia, porque ordena la cancelación de la inscripción realizada en favor de quienes habían adquirido la titularidad de la finca por virtud de la adjudicación acordada en el procedimiento de ejecución.

En relación con la calificación registral de documentos judiciales, esta ha de ceñirse a los límites que señala el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que, en ningún caso, permite al registrador revisar el fondo de las resoluciones judiciales. A la vista de lo señalado en la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece claro que en un incidente en el que se enjuicia el carácter abusivo de alguna cláusula del préstamo garantizado con hipoteca, si este se resuelve después de que la propiedad de la finca ejecutada se haya transmitido a un tercero como consecuencia de dicha ejecución, solo se podrá acordar la reparación al deudor, en el juicio que corresponda (art. 698 LEC), de las consecuencias económicas que la aplicación de una cláusula abusiva le hayan ocasionado, pero no podrá verse afectada la titularidad transmitida a favor del tercero, especialmente si este está además protegido por la fuerza del Registro de la Propiedad. Consecuentemente, la resolución judicial calificada en este expediente resulta incongruente con el tipo de procedimiento o juicio en el que se ha dictado, debiendo la registradora calificar dicho extremo en los términos examinados.

Resolución de 10-6-2022

BOE 6-7-2022

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe sostener la negativa del registrador a tramitar el procedimiento del artículo 199 si no se alega la coincidencia de la finca con otra superficie ya inscrita o con el dominio público.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De la nota de calificación registral no resulta alusión alguna a que la georreferenciación pretendida coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, ni a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, ni a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El único reparo que opone el registrador para iniciar el procedimiento es relativo a la disparidad entre la descripción registral de las fincas afectadas y la nueva descripción que de cada una de ellas se hace ahora. También objeto que hay una finca que se describe como «resto, sin inscripción registral». Como se ha razonado, tanto el procedimiento registral del artículo 199 como el notarial del artículo 201.1 son procedimientos «especialmente cualificados» a estos efectos, ya que «incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público —registrador o notario, según el caso— competente para su tramitación».

Por tanto, aplicando la normativa y doctrina antes reseñada al caso concreto que nos ocupa, ha de concluirse que la negativa del registrador a la iniciación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria solo ha de ser confirmada en lo que se refiere a la finca sin inscripción registral, pues este procedimiento no es hábil para obtener la inmatriculación georreferenciada de fincas no inmatriculadas, sino para obtener la inscripción de la georreferenciación correspondiente a fincas previamente inmatriculadas.

Resolución de 13-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LÍMITE DE LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

El límite de responsabilidad hipotecaria por cada uno de los conceptos impide entregar al ejecutante cantidad que supere dicho límite si existen acreedores posteriores con cargas inscritas o anotadas antes de la expedición de la certificación de cargas.

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, 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. Es cierto que en el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar al deudor por todo lo debido al acreedor, aunque exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero siempre que no existan terceros con cargas inscritas con posterioridad, ya que en tal caso la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite.

La cifra de responsabilidad hipotecaria que resulta de la inscripción de la hipoteca tiene como principal misión garantizar a los titulares de cargas posteriores que, si el precio de adjudicación es superior a esa cifra, el sobrante se destinará a la satisfacción de esos créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca. Respecto a la posibilidad de utilizar el exceso de la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, esta Dirección General ha manifestado que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues la cantidad sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores.

En el presente expediente, dado que existen cargas posteriores a la hipoteca ejecutada que se reflejaron oportunamente en la certificación de dominio y cargas expedida conforme al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe constar con absoluta claridad que dicha cantidad ha quedado depositada a disposición de esos titulares de cargas posteriores (art. 692 LEC y 132 LH).

Resolución de 13-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de San Agustín de Guadalix.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 153 BIS.

En los casos de hipotecas flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria el plazo de duración de la hipoteca opera como plazo de caducidad del asiento, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

La naturaleza de la hipoteca tiene gran importancia práctica ya que, como viene reiterando este Centro Directivo, en «las hipotecas en garantía de una cuenta corriente de crédito», el plazo o duración que se estipula lo es del crédito, llegado el cual es cuando comienza a contar el plazo de prescripción de la acción real hipotecaria, por lo cual la inscripción de hipoteca no se podrá cancelar por caducidad hasta el transcurso de 21 años desde la fecha de finalización de la última de las prórrogas posibles del crédito (art. 8, párrafo quinto, LH). Sin embargo, en las «hipotecas flotantes», o en aquellas que se haya pactado una caducidad convencional, el plazo estipulado lo es de la hipoteca y, por tanto, la inscripción respectiva podrá cancelarse por caducidad llegado el término pactado o la última de sus prórrogas posibles (arts. 82, párrafo segundo, y 153 bis LH).

A estos efectos debe recordarse que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. Esta regla general expuesta es también aplicable a la cancelación por caducidad de las hipotecas flotantes por cuanto en estas la caducidad del asiento registral, aunque no se encuentra condicionada a la presunción de prescripción de acción real hipotecaria

(y consecuentemente a que aparezca posteriormente al cierre de la cuenta corriente o al último plazo del préstamo una nota marginal de inicio de la ejecución hipotecaria), sino que opera de forma automática llegado el término pactado en la escritura de constitución de la hipoteca; se encuentra también imposibilitado desde el momento que consta en el Registro de la Propiedad la nota marginal de expedición de la certificación registral de dominio y cargas a efectos ejecutivos.

Respecto de la posible indebida expedición de la certificación de dominio y cargas a efectos ejecutivos y de la extensión de la repetida nota marginal, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la corrección jurídica de la extinción del asiento de nota marginal de expedición de certificación ya practicado, o las actuaciones efectuadas por un órgano judicial, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Por último, en cuanto al tercer defecto de la nota de calificación, es decir, si el recurrente, que es el adquirente en contrato privado de la finca gravada, sin inscripción en el Registro, está legitimando para solicitar la cancelación de la inscripción de hipoteca, se trata de una cuestión que debe ser analizada desde la consideración, antes expuesta, de que, en realidad, nos encontramos ante una hipoteca flotante y que en estas debe fijarse necesariamente un plazo concreto de duración de la hipoteca, plazo cuyo vencimiento opera como un supuesto de caducidad del asiento registral que se cancelará de oficio por el registrador de la propiedad en los supuestos de aplicación del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario (expedición de certificación o práctica de un asiento respecto de la finca).

Resolución de 14-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de Hoyos.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL AFECTADO EN EL PROCEDIMIENTO.

Para poder cancelar una hipoteca como consecuencia de una sentencia dictada en procedimiento declarativo es necesario que el titular registral haya sido parte en dicho proceso.

En relación con el defecto relativo a la falta de notificación del acreedor hipotecario, el problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución española. Este principio, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En el supuesto de hecho que motiva este recurso, el titular registral afectado por la acción interpuesta, esto es, el propietario, ha sido debidamente demandado.

Si la acción entablada no fuera más allá del ejercicio de una acción declarativa, no sería necesario la notificación al acreedor hipotecario para la procedencia de la inscripción de la sentencia, pues esta en nada pondría en cuestión su derecho inscrito. Sin embargo, la sentencia dictada no se limita a resolver una acción declarativa de propiedad, sino que también se decreta «la nulidad parcial de los asientos registrales de tales fincas». El decreto de cancelación parcial de la inscripción afecta plenamente al acreedor hipotecario, pues debe tenerse en cuenta que se debe proceder a la rectificación de la descripción de la finca hipotecada, e incluso la hipoteca pasaría a recaer sobre una finca distinta en la realidad física de la que proclama el Registro.

Resolución de 14-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: DESCALIFICACIÓN.

Se confirman las dudas que manifiesta el registrador para poder hacer constar la descalificación de una VPO.

Para decidir sobre las cuestiones planteadas en este expediente debe comenzarse por recordar que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Pasando a examinar las cuestiones de fondo que suscita este expediente, en particular las dudas expuestas por el registrador respecto a la identificación del expediente de protección oficial afectante a la vivienda cuya descalificación se pretende, deben estimarse justificadas a tenor de los documentos presentados y el historial registral. Existiendo dos expedientes de calificación afectantes a la promoción, concurren circunstancias que apoyan las dudas del registrador, como son la referencia en la nota marginal de la finca matriz de 22 de abril de 1993 al componente 102 y la propia fecha de esta nota en la finca 16000 coincidente con la correspondiente al expediente 35-1G-0054/89-26. Sin que proceda hacer valoración alguna respecto al contenido de la nota simple que sirvió de base a la solicitud de descalificación ni a la documentación posterior aportada en fase de alegaciones por los motivos expuestos en el fundamento segundo de la presente resolución.

Resolución de 15-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

HERENCIA: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO.

Se recuerdan los requisitos para usar esta vía de inscripción, siendo imprescindible que verdaderamente se trate de un caso de heredero único.

Los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 79 del Reglamento Hipotecario contemplan el supuesto de heredero único, sin que exista persona con derecho a

legítima, y en este supuesto la inscripción registral se produce en virtud del título sucesorio que enumera el párrafo primero del citado artículo 14 (el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el Capítulo VI del Reglamento [UE] núm. 650/2012) El requisito esencial es que se trate de heredero único sin persona alguna con derecho a legítima.

Para reanudar el tracto (aun cuando sea en su modalidad de tracto abreviado), deben presentarse todos los títulos intermedios y, en su defecto, acudir a los procedimientos especiales para la correspondiente reanudación.

Por otra parte, debe también mantenerse la objeción opuesta por la registradora consistente en que no se trata de instancia de heredero único, pues, en realidad está suscrita por una coheredera de la heredera única.

Resolución de 15-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

HERENCIA: SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS.

Después de aclarar la interpretación más adecuada a una cláusula testamentaria que habla de sustitución, se señala que, dado que en el Registro se ha inscrito como sustitución fideicomisaria, para rectificarla es preciso el consentimiento de la llamada como sustituta.

Respecto de la calificación positiva del registrador, ha señalado reiteradamente esta Dirección General que de los artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria resulta que el recurso como el interpuesto es el cauce legalmente arbitrado, a salvo la posibilidad de acudir a los tribunales para contender acerca de la validez o nulidad de los títulos, para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado. Solo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias, y no frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, cualquiera que sea la clase de este; por tanto, tampoco si lo que se ha practicado es una cancelación. Por el contrario, una vez practicado el asiento, tal y como señala el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, el mismo queda bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley; y eso solo puede ocurrir por vía judicial y no a través del cauce del recurso contra la calificación registral.

Del artículo 675 del Código Civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador; esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico

y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Ahora bien, «extra muros» del proceso, el intérprete tiene como límite infranqueable la literalidad de lo reflejado en el testamento, y si bien siempre ha de tenderse a la interpretación favorable a la eficacia de la disposición, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), no es menos cierto que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, pues preocupación —y obligación— del notario ha de ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

En esta cuestión de la interpretación de sustituciones fideicomisarias, el Código Civil tiene normas especiales para ello: el artículo 783 establece que «para que sean válidos los llamamientos de sustitución fideicomisarias, deberán ser expresos»; y el artículo 785 determina que no surtirán efecto «las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles ese nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». Como alega el registrador, este Centro Directivo, relativo a esta materia, ha afirmado que no es imprescindible la utilización de la expresión «sustitución fideicomisaria», o un equivalente técnico de la misma, siempre que en el testamento quede clara la voluntad del testador y no haya oscuridad alguna en su expresión del deber de conservar y transmitir a un segundo heredero. En esta cláusula debatida, siendo que no se utiliza la expresión «sustitución fideicomisaria» ni equivalente técnico alguno, lo cierto es que, en el testamento, aun cuando no hay oscuridad, no queda clara la voluntad del testador en el sentido calificado por el registrador. Lo que sí es claro es que no se menciona de forma cristalina ninguna obligación de entregar los bienes a un segundo heredero. Esto, habiendo intervenido en la redacción un notario, está lejos de permitir considerar que se haya establecido una sustitución fideicomisaria. En consecuencia, la interpretación de que se trata de la misma sustitución vulgar como supletoria para la falta de descendientes es lógica.

Este supuesto concreto tiene connotaciones especiales, dado que ha sido inscrita la carga fideicomisaria y lo que se recurre es la negativa a la rectificación. Y, con independencia del error que se haya podido producir en la interpretación de la cláusula, lo cierto es que se ha generado una expectativa a favor de la hermana del testador, por lo que se hace necesaria su intervención —o la de su representante legal— para la subsanación y rectificación de la inscripción, o, en su defecto, una resolución judicial.

Resolución de 15-6-2022

BOE 7-7-2022

Registro de la Propiedad de La Palma del Condado.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: ÁMBITO.

En principio, dado el objeto del expediente de reanudación de tracto, no es necesario notificar a los titulares de fincas colindantes. Si además se pretende

una rectificación de cabida, será preciso tramitar un procedimiento del 199 de la Ley Hipotecaria o un expediente notarial del 201.

Para resolver el recurso, hay que atender en primer lugar a la doctrina establecida por este Centro Directivo en la resolución de 10 de marzo de 2017, por la cual si, presentados dos documentos, es evidente la conexión entre ambos, su calificación ha de ser conjunta. En el presente caso, esa conexión es más que evidente, porque para poder inscribir la compraventa, que el notario autoriza antes que la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, a pesar de haber conocido por la publicidad registral, que el transmitente no es titular registral, previamente debe rectificarse el tracto sucesivo interrumpido.

El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional de lograr la inscripción, por lo que el registrador ha de ser riguroso en la calificación registral de la documentación aportada al expediente, para comprobar si existe (como exige la regla primera del art. 208) una auténtica interrupción del tracto. La reanudación del tracto sucesivo interrumpido solo tiene por objeto la reanudación de la interrumpida cadena de titularidades que caracteriza el principio hipotecario del tracto sucesivo interrumpido, regulado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Pero, no se desprende de la dicción del artículo 208 de la Ley Hipotecaria que su objeto sea también la rectificación de la superficie, sin que ello pueda derivarse de las remisiones al artículo 203 de la Ley Hipotecaria. El registrador en la certificación inicial, al expresar la descripción actualizada de la parcela catastral que se corresponde con la finca registral puede estar expresando dudas en la identidad de la finca por las diferencias descriptivas, pero la resolución de las mismas no debe ser, necesariamente, objeto de resolución en la tramitación notarial de un expediente para la reanudación del tracto interrumpido, si no hay solicitud expresa del promotor del expediente.

Por ello los colindantes, tanto registrales como catastrales, no pueden entenderse incluidos en la remisión que el artículo 208, regla segunda, norma tercera hace en cuanto a los «interesados referidos en la regla quinta del apartado 1 del artículo 203», pues la remisión se hace no a la totalidad de los destinatarios de las notificaciones previstas en este último precepto en el ámbito de los expedientes de inmatriculación, sino solo a los que estando mencionados en dicha norma puedan ser considerados como «interesados» en el expediente de reanudación del tracto sucesivo, entre los que no figuran, por las razones apuntadas, los colindantes.

En relación con la modificación de la descripción de la finca. Ha de señalarse que la finca consta inscrita con una superficie de ocho varas de frente por tres de fondo y su corral sesenta varas cuadradas y según la nueva descripción que se pretende inscribir tiene una superficie de 180 metros cuadrados. Consecuentemente, la superficie registral de ocho varas de frente por tres de fondo y su corral de sesenta varas cuadradas son 84 varas cuadradas, equivalentes en su máxima expresión (912 milímetros) a 76,608 metros cuadrados y en su superficie ordinaria de vara de Burgos de 71,88783 metros cuadrados. Siendo así que la nueva superficie con la que se pretende inscribir la finca es de 180 metros cuadrados. Por ello no se trata, como dice el notario recurrente, de una mera conversión de superficie, sino de la pretensión de registración de un exceso de cabida que al exceder del 10% deberá tramitarse bien por el expediente del 199 de la Ley Hipotecaria, bien por el expediente del 201 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL: EXPEDICIÓN SIMULTÁNEA DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS.

Se considera que no cabe practicar anotación de embargo por débitos fiscales y, a petición del embargante, no expedir de forma simultánea la certificación de cargas.

Se debate en el presente recurso si es posible practicar una anotación preventiva de ampliación de embargo en un procedimiento administrativo, sin la correlativa expedición de certificación de cargas, que expresamente no se considera necesaria por el órgano de recaudación recurrente. La registradora entiende que el procedimiento registral no es rogado y que no cabe anotación sin correlativa nota marginal de haberse expedido certificación de dominio y cargas a efectos ejecutivos.

En efecto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, aunque el procedimiento registral es rogado, una vez iniciado se rige por normas de orden público, no pudiendo los registradores, presentantes o interesados elegir qué asiento practicar, ni su duración, ni los efectos que deba producir al venir todas estas circunstancias predeterminadas por el legislador.

En conclusión no cabe hablar de dos momentos o fases, como pretende el recurrente, pues solo se contempla reglamentariamente la práctica simultánea de dos asientos: la propia anotación y la nota marginal, sirviendo además la certificación registral para que por parte de la Administración se compruebe si se han realizado por su parte las notificaciones procedentes.

Resolución de 20-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra, número 1.

OBRA NUEVA: OTORGADA POR EL TITULAR DE LA PARTICIPACIÓN INDIVISA QUE ESTÁ INMATRICULADA.

Aunque la regla general es que para inscribir una declaración de obra nueva es necesario el consentimiento de todos los cotitulares, otra ha de ser la solución cuando solo interviene el titular de la única participación indivisa que está inmatriculada.

Ciertamente, según la doctrina de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 11 de diciembre de 2012, 12 de enero de 2015, 29 de marzo de 2017, 4 de septiembre de 2020 y 6 de junio de 2022), es necesaria la intervención de los condueños para la declaración de obra nueva conforme a las normas que rigen la comunidad romana en nuestro Código Civil. Lo que ocurre es que, en el presente caso ni de los asientos registrales ni de la escritura calificada resulta la existencia de ningún copropietario; antes bien, en dicho título manifiesta el otorgante ser el único propietario de la finca. Cuestión diferente es la trascendencia que haya de tener el hecho de que respecto de una participación indivisa de la finca —una dieciseisava parte—, que no figura inmatriculada, el otorgante se limite a declarar que pertenece por donación que no se acredita.

Resolución de 20-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Mahón.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

A la vista de los requisitos y efectos de la inscripción de bases gráficas, ha de valorarse la existencia de dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

En el presente caso, se da la circunstancia de que el propietario de la finca objeto del expediente declaró en escritura pública de obra nueva que la superficie real de su finca que solicita inscribir a través del procedimiento del artículo 199 era de 231,17 metros cuadrados, superficie coincidente con la del certificado técnico incorporado a dicha escritura. Y, sin embargo, el procedimiento se tramita con un informe de validación catastral efectuado por un técnico distinto y por una superficie distinta, en concreto, de tan solo 222 metros cuadrados, sin que constara que esa concreta georreferenciación de 222 metros cuadrados estuviera expresamente aprobada ni autenticada por el propietario de la finca. Por tanto, no era correcto iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en esas circunstancias, sin que el registrador solicitara y obtuviera previamente la aprobación expresa del propietario a esa georreferenciación y superficie contradictoria con la previa manifestación del mismo propietario en el documento público presentado.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Cuando nos encontramos ante una finca registral que tiene formalmente inscrita una determinada georreferenciación, ello supone dar cumplimiento al principio de especialidad registral sobre la necesaria claridad en la determinación de sujeto, objeto y contenido del derecho inscrito. En primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 10 de la Ley Hipotecaria proclama que alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación

gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real. Tal presunción opera también en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

Ciertamente, la mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí solo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. En cambio, cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración. Aunque es sabido que la mera constancia registral de la referencia catastral dada la laxitud de los requisitos legales para ello y la limitación de sus efectos, conforme a los artículos 45 y 48 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no supone ni rectificación de la superficie registral inscrita sí que es un dato indiciario que permite ubicar geográficamente a la propia finca registral, aunque no delimitar con precisión sus linderos ni superficie interior. Procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso, —como ya se dijo en la resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 21-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2.

DERECHO DE SUPERFICIE: NO NECESITA LICENCIA.

Ni en la legislación estatal ni en la autonómica andaluza está prevista la necesidad de licencia para inscribir un derecho de superficie.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo —fundamento jurídico quinto— y 164/2001, de 11 de julio —fundamento jurídico cuarto—), lo que en el caso de Andalucía se realiza en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

El registrador cita como fundamento de su calificación varias resoluciones de esta Dirección General que abordan la cuestión relativa a la naturaleza de las licencias urbanísticas, pero se refieren a supuestos en los que legalmente, y como requisito necesario para lograr la inscripción registral del acto jurídico en cuestión, es necesaria la previa obtención de la correspondiente licencia administrativa. Sin embargo, respecto del derecho de superficie no hay precepto alguno en la legislación estatal (arts. 53 y 54 de la Ley de Suelo y Rehabilitación

Urbana), ni en la legislación autonómica (la mencionada Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía), que imponga la previa obtención de ningún tipo de licencia administrativa como requisito para que los notarios puedan autorizar y los registradores inscribir escrituras en virtud de las cuales se constituya un derecho de superficie, cualquiera que sea el contenido de este.

Resolución de 21-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL: EXPEDICIÓN SIMULTÁNEA DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS.

Se considera que no cabe practicar anotación de embargo por débitos fiscales y, a petición del embargante, no expedir de forma simultánea la certificación de cargas.

Se debate en el presente recurso si es posible practicar una anotación preventiva de ampliación de embargo en un procedimiento administrativo, sin la correlativa expedición de certificación de cargas, que expresamente no se considera necesaria por el órgano de recaudación recurrente. La registradora entiende que el procedimiento registral no es rogado y que no cabe anotación sin correlativa nota marginal de haberse expedido certificación de dominio y cargas a efectos ejecutivos.

En efecto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, aunque el procedimiento registral es rogado, una vez iniciado se rige por normas de orden público, no pudiendo los registradores, presentantes o interesados elegir qué asiento practicar, ni su duración, ni los efectos que deba producir al venir todas estas circunstancias predeterminadas por el legislador.

En conclusión no cabe hablar de dos momentos o fases, como pretende el recurrente, pues solo se contempla reglamentariamente la práctica simultánea de dos asientos: la propia anotación y la nota marginal, sirviendo además la certificación registral para que por parte de la administración se compruebe si se han realizado por su parte las notificaciones procedentes.

Resolución de 21-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Archena.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos registrales ha de ajustarse a lo establecido en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma determinada en el título VII. El artículo 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos. Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 LH y resolución de 9 de noviembre de 2009).

En el caso que nos ocupa, la calificación debe ser confirmada ya que, con independencia de que el interesado ponga de manifiesto determinadas circunstancias que a su juicio no deben constar en los libros del Registro, lo que se solicita es directamente la cancelación de dicha inscripción (ni siquiera se insta la rectificación). El artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria establece que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y la rectificación de dichos asientos debe llevarse en los supuestos y en la forma señalada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. El mero acuerdo del titular registral no puede provocar la cancelación registral solicitada sin una causa con trascendencia jurídica que la sustente y la rectificación de los asientos requerirá ajustarse al procedimiento previsto para ello, en el que se precisará la conformidad del registrador y, en caso contrario, resolución judicial (cfr. arts. 217 y 218 LH y 329 RH).

Resolución de 21-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

HIPOTECA: PRÉSTAMOS USURARIOS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.

La legislación de protección de consumidores y cláusulas abusivas es de naturaleza y efectos diferentes a la de préstamos usurarios, debiendo seguirse en cada caso el procedimiento judicial adecuado.

Calificado un préstamo como usurario por la razón que sea, los prestatarios han de devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos al prestamista, considerándose aquel nulo total y radicalmente, y la hipoteca concertada en su garantía debe quedar también extinguida, su inscripción cancelada y, en su caso, el procedimiento de ejecución comenzado sobreseído, dada la naturaleza accesorio de la hipoteca y dependiente de la obligación principal. Por su parte, el procedimiento establecido para la declaración de préstamos usurarios es el proceso ordinario correspondiente según la cuantía del préstamo. Pero, aunque lo habitual es que se entable la demanda de nulidad de los préstamos por razón de usura a través del procedimiento declarativo correspondiente, es cierto que en ocasiones en la práctica procesal actual de nuestros tribunales, se enjuicia tal declaración de nulidad en el cauce de la propia ejecución hipotecaria, al amparo de una interpretación extensiva de la causa de oposición primera del número 1 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil: «extinción de la garantía o de la obligación garantizada», sin obligar a las partes a acudir a un procedimiento declarativo ordinario, por lo que desde esta perspectiva, el auto y providencia calificados podrían considerarse congruentes con el fallo que se pretende inscribir.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que ese trámite de oposición procesal, en el supuesto que se examina, ya ha transcurrido y que, como consta en el fundamento de Derecho segundo, la providencia de fecha 24 de junio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Torrox que reabre el mismo, lo hace exclusivamente a los efectos de conceder un nuevo plazo para la interposición del incidente extraordinario de oposición basado en el carácter abusivo de una cláusula contractual, reconocido en la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que se refiere específicamente a la oposición «basada en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Dicha disposición transitoria tercera solo permite reabrir el plazo del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, en los concretos términos expuestos, para examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible; pero no para admitir la oposición del ejecutado que se funde en otras causas, ya se encuentren estas o no recogidas en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que desde esta perspectiva sí se puede considerar incongruente el fallo con el procedimiento o cauce habilitado procesalmente.

La cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, ha sido tratada por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 y 2 de diciembre de 2014, en las que si bien se declara que las partes pueden alegar inicial y simultáneamente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto de que se trate, su aplicación conjunta o integrada resulta incompatible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados. En este ámbito interesa destacar, como hacen las citadas sentencias, entre otras, las siguientes diferencias técnicas en torno a la respectiva aplicación de estas causas de oposición. Por tanto, en aplicación del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que permite al registrador de la propiedad calificar «la congruencia del mandato o resolución judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado», en este caso tal defecto se considera ajustado a Derecho.

Por lo que respecta al segundo defecto de la nota de calificación, es decir, a la circunstancia de no haber sido parte en dicho incidente de oposición el titular registral vigente de la hipoteca, como ha manifestado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 5 de febrero de 2018 y 15 de octubre de 2021) el principio de tracto sucesivo es una traducción en el ámbito hipotecario del principio de seguridad jurídica y de proscripción de la indefensión, máxime estando los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar o cancelar el vigente, es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento adecuado en el que este haya sido parte. La cesión del crédito hipotecario es un contrato traslativo de crédito que se perfecciona por el mero consentimiento de cedente y cesionario, sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho

cedido para dejar de ser titular del mismo (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1989 y 14 de febrero de 2009), pero que para que la transmisión de la hipoteca produzca efectos frente a terceros, necesita de la inscripción en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el criterio general del sistema hipotecario español de inscripción declarativa, a pesar de que la inscripción de la hipoteca tenga carácter constitutivo. Una cosa es que el cesionario nuevo acreedor no esté protegido por los efectos de la fe pública registral frente al deudor en un supuesto de declaración de nulidad de un préstamo hipotecario por usura, y otra distinta que, iniciada la tramitación del correspondiente incidente procesal para declarar tal nulidad después de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, de la notificación de la misma al Juzgado ante el que se tramita la ejecución, y de haberse operado la sucesión procesal, la cancelación registral de la inscripción de la hipoteca pueda practicarse sin que el cesionario —titular registral de la hipoteca— haya sido parte en el mismo. Lo que ocurre en el presente expediente, es que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario se produce con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas y su constancia registral y del inicio de la ejecución hipotecaria por nota marginal (art. 688 LEC). Es decir, el cesionario del crédito hipotecario tuvo conocimiento registral, por el principio de publicidad material, de que su crédito hipotecario se encontraba en ejecución, por lo que a él le incumbía el personarse en el procedimiento e instar la sucesión procesal (cfr. art. 17 LEC), proveyendo lo que en defensa de su crédito estimara preciso y para que se entiendan con él todos los trámites de la ejecución.

Resolución de 22-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y OTROS TIPOS.

La regla recogida en el artículo 17 de la LPH respecto de las viviendas de uso turístico no es aplicable a otras categorías, tales como la hospedería o las viviendas de alquiler vacacional.

La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas. Por ello se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado duodécimo del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del

título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda a los que se refiere la norma estatutaria debatida, como es el de hospedería o vivienda vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística, a los que se refiere la norma estatutaria debatida, o a la obligación de destinar las viviendas a uso residencial habitual.

Resolución de 22-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

TITULARIDAD *OB REM*: REQUISITOS PARA LA TRANSMISIÓN.

Tras analizar la naturaleza y efectos de las titularidades *ob rem*, se afirma que es suficiente para inscribir las adjudicaciones hereditarias que se describan las fincas principales y se haga referencia las *ob rem* por remisión a sus datos registrales.

La configuración jurídica de una finca registral con el carácter de «*ob rem*» de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad viene determinada mediatemente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca «*ob rem*» corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. La alteración o modificación de la configuración jurídica de la titularidad «*ob rem*» deberá haber sido efectuada y consentida por todos sus titulares; de ahí se desprende que el único consentimiento contractual preciso es el consentimiento prestado al negocio traslativo del elemento principal, sin que precise un consentimiento adicional para que se entienda asimismo transmitida la titularidad «*ob rem*» de la finca o cuota de finca vinculada y sin que la omisión de toda referencia a ella pueda considerarse que excluye la transmisión de la cuota vinculada. De ello se deduce que en la inscripción de la finca vinculada lo que debe figurar es su configuración jurídica debidamente constituida como titularidad «*ob rem*» y la determinación precisa de todas y cada una de las fincas registrales principales, pero sin que sea esencial para entender cumplido el principio de especialidad la identificación individual de cada titular, ya que esta derivará necesariamente de la titularidad de la finca principal.

En el presente caso estamos ante una inexactitud registral en tanto en cuanto el asiento publica la titularidad en favor de una persona que conforme resulta del propio Registro no puede ser titular de ella, toda vez que no es titular de la finca principal, sin que pueda alegarse falta de tracto sucesivo dado que el tracto al que en los supuestos de titularidad «*ob rem*» debe atenderse es al de la finca principal (tracto sustantivo) no al de la subordinada. El carácter de titularidad «*ob rem*» que figura en la inscripción de la finca subordinada impide que su titular registral pueda ejercitar el poder de disposición que de otra forma la propia inscripción presupondría (art. 38 LH).

Uno de los principios de nuestro Derecho registral es el de especialidad o determinación, que exige como requisito para que los títulos puedan acceder al Registro y ser por tanto objeto de inscripción, la fijación y extensión del dominio, quedando delimitados todos sus contornos de tal modo que cualquiera que adquiriera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito. Descritas las fincas principales y con ellas las titularidades «*ob rem*», aunque lo sea por su referencia a los datos registrales y sus cuotas pormenorizadas, los elementos vinculados son titularidades «*ob rem*», que no pueden seguir un régimen jurídico distinto que el elemento principal al que están adscritos, como ha quedado expuesto. En definitiva, no ofrece duda al registrador la identidad de las fincas a los efectos de la calificación por lo que se han cumplido las exigencias del denominado principio de especialidad.

Resolución de 22-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Tamarite de Litera.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS DE LAS ORDENADAS EN PROCEDIMIENTOS PENALES O ADMINISTRATIVOS.

Siguiendo la doctrina de la Dirección General se considera que la existencia de una anotación de prohibición de disponer ordenada en un proceso penal impide la inscripción de una disolución de condominio, aunque sea otorgada en fecha anterior a la anotación.

Es reiterada la doctrina de esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los «Vistos») que la eficacia preferente de las transmisiones anteriores a las prohibiciones de disponer no es aplicable en los procedimientos penales, donde prevalece el componente de orden público de las medidas cautelares adoptadas. Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición. La interpretación más correcta de la eficacia de la medida cautelar de prohibición de disponer judicialmente acordada sobre una cuota indivisa, es denegar la inscripción de la disolución de comunidad y consiguiente división material que se realice sin consentimiento del juez de lo Penal que la ordenó, pues de lo contrario sería fácilmente eludible mediante la realización de actos divisorios que la pudieran perjudicar.

Resolución de 27-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Málaga, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIÓN DE PISOS O LOCALES.

Se confirma la doctrina de la validez de las cláusulas estatutarias que permiten la división o agrupación de elementos privativos sin consentimiento de la comunidad.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la división o segregación y la agrupación de los pisos o locales y sus anejos, en cuanto modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran. Ahora bien, el consentimiento que deben prestar a la división los restantes propietarios es un acto para el que se atribuye competencia a la junta como órgano colectivo de la comunidad. Y aunque, en general, el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal exige para los acuerdos no regulados expresamente en el mismo precepto, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos, «la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación», esta regla de unanimidad ha quedado flexibilizada después de las modificaciones llevadas a cabo en dicha ley.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General (cfr., por todas, la resolución de 12 de febrero de 2016) ha admitido la validez de las cláusulas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios. Nada impide que puedan ir más allá, facultando inclusive a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad. En el supuesto objeto de este expediente, en la escritura se recoge específicamente el contenido de los estatutos, debidamente inscritos en el Registro, de los que resulta que «los propietarios del bloque mientras ostenten la propiedad de algunos de los locales o pisos que integran el edificio, se reservan el derecho de proceder a la división de los mismos para formar otros más reducidos e independientes y también aumentarlos por agregación, todo ello sin necesidad del previo consentimiento de la junta de propietarios, distribuyendo las cuotas de participación que tuviera asignado el local o piso objeto de división o agrupación entre las nuevas así formadas, pero sin alterar las restantes cuotas de las demás viviendas o locales a los que dicha división o agrupación no afecte ya que ello no implica alteración ni perjuicio, al quedar inamovibles sus respectivas cuotas».

En primer lugar, la registradora considera que la referencia a los propietarios del bloque únicamente puede entenderse, en una interpretación lógica, como los propietarios originales de la división horizontal que se constituye o los promotores de la misma, y no a los propietarios sucesivos adquirentes posteriores. Este criterio debe ser confirmado.

En segundo lugar, señala la registradora que los estatutos se refieren solo a la división de los locales o pisos para formar otros más reducidos e independientes y también aumentarlos por agregación, pero no incluye la agrupación aun cuando se menciona posteriormente, lo que se puede deber a un error de transcripción. Este criterio no puede ser confirmado, pues, como alega el notario recurrente, la redacción de los estatutos data de 1976, mientras que la reforma hipotecaria que innovó los citados artículos del Reglamento es de 1982.

Resolución de 27-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Benabarre.

URBANISMO: LICENCIA CONDICIONADA.

Es inscribible la obra nueva en construcción amparada por una licencia sometida a condición, aunque no lo será la segregación y cesión de suelo que

comporta dicha condición hasta tanto dichos actos jurídicos se ejecuten con todos sus requisitos.

Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, entre otras, la resolución de 31 de octubre de 2019), es pacífico, doctrinal y jurisprudencialmente, que la urbanística es, como toda licencia, un acto de autorización, si bien limitada a las de edificación, uso del suelo, y del subsuelo. La finalidad de este tipo de licencias es verificar si la actividad proyectada es conforme con la ordenación urbanística aplicable, representando, en este sentido, una técnica de control de la legalidad urbanística, que suprime el obstáculo para el ejercicio de derechos preexistentes y no los crea, pues es meramente declarativa de tales derechos del solicitante, ya atribuidos por el ordenamiento urbanístico y el Derecho civil. Es perfectamente posible sujetar las licencias a «*conditio iuris*», esto es, a los requisitos urbanísticos legalmente exigidos —*vid.* artículo 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2002—, cuya constancia registral está expresamente prevista —artículos 51 de la Ley de Suelo y 74 del Real Decreto 1093/1997—, en principio, bajo un régimen de publicidad noticia.

Así, entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» —artículo 65.1.d) de la Ley de Suelo y Resoluciones de 14 de mayo de 2005, 14 de julio de 2009, 26 de abril de 2011 y 22 de junio de 2013—. Ello no supone que todas las condiciones que pueda contener un acto administrativo y cuyo reflejo registral se acuerde sean susceptibles de acceso al Registro, pues el tratamiento de este tipo de determinaciones urbanísticas de base legal y afectantes a fincas concretas, pero de efectos jurídicos limitados, debe resultar coherente con las normas reguladoras del Registro de la Propiedad, entre los cuales se encuentra señaladamente la expulsión del contenido de los libros registrales de toda mención de derechos o gravámenes o limitaciones dispositivas de efectos jurídico reales susceptibles de inscripción separada y especial que deben acomodarse a sus requisitos propios de constitución —artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria—.

El legislador aragonés permite promover la edificación de parcelas que todavía no han alcanzado la condición de solar siempre y cuando se asuma la obligación de completar simultáneamente la urbanización necesaria y se disponga de la disponibilidad civil del terreno para ello, facilitando así que el propietario pueda evitar plazos y costes innecesarios, así como mejores condiciones de financiación para la materialización de su aprovechamiento urbanístico.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de estudiar el tratamiento de los distintos actos de segregación y cesión con destino a vial público, siendo de interés citar la resolución de 15 de julio de 2015 cuando recuerda que las cesiones gratuitas de terreno al Ayuntamiento pueden ser de dos tipos: las voluntarias, que obedecen a la libre disposición del cedente y cuyo régimen jurídico será el civil, y las que tienen carácter obligatorio y que responden a la ejecución de las previsiones urbanísticas. Estas últimas, pueden ser consecuencia directa de la aprobación definitiva de alguno de los procedimientos de equidistribución previstos en la Ley o tener su origen en otros actos administrativos, especialmente con motivo de la concesión de licencias que conllevan la materialización del aprovechamiento edificatorio. En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia viene manteniendo que la existencia de normas urbanísticas o acuerdos municipales sobre ejecución del planeamiento que afecten a terrenos de propiedad privada no implica que estos

pasen al dominio público por tal razón, hasta tanto no exista el acto formal de cesión de tales terrenos.

En el presente supuesto, no comparece el Ayuntamiento para aceptar la cesión efectuada, por lo que es evidente que la cesión a favor del mismo no es inscribible en tanto no concurra dicho acto formal. Respecto al acto de segregación, si bien es cierto que en la propia licencia de obra se contempla la obligación de la misma impuesta por la normativa urbanística para adquirir la condición de solar y poder materializar el aprovechamiento urbanístico, lo cierto es que a la vista de la documentación del presente expediente no se ha acreditado la «acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable» a que se refiere el artículo 26 de la Ley de Suelo. En el presente caso, la licencia de obra contempla el deber de ceder una concreta superficie, pero no se acredita la conformidad municipal con la segregación efectivamente realizada en su aspecto documental y gráfico.

Ya se ha expuesto que la legislación urbanística de aplicación prevé la posibilidad de comenzar a ejecutar las actuaciones edificatorias antes de que los terrenos adquieran la condición de solar bajo el compromiso asumido al solicitar la licencia y previsto en esta, de que simultáneamente se ejecute la urbanización pendiente necesaria para poder materializar el aprovechamiento subjetivo del propietario. El incumplimiento del deber de urbanización simultáneo a la edificación puede comportar, entre otras consecuencias: la caducidad de la licencia, sin derecho a indemnización, la prohibición de usar lo edificado o la obligación de reponer la parcela a la situación anterior, salvo que el municipio decida, de oficio, ejecutar subsidiariamente las obras de urbanización a costa del obligado.

Por lo que teniendo en cuenta estos antecedentes hemos de interpretar que, en el presente caso, la condición impuesta en la licencia de obra no es impeditiva de la declaración de obra nueva en construcción ni de su inscripción registral pues reúne los requisitos previstos por el artículo 28.1 de la Ley de Suelo, sin perjuicio de la obligada constancia en el asiento y su publicidad registral de la condición impuesta, en cuanto modaliza la eficacia de la autorización y en orden a dar a conocer a terceros los deberes pendientes de cumplir en la finca, como puede ser el eventual acreedor hipotecario que financie la obra —cfr. artículo 74 del Real Decreto 1093/1997—.

Resolución de 27-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Manresa, número 1.

EXPEDIENTE ARTÍCULO 201.1 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En los expedientes de rectificación de cabida el registrador al expedir la certificación ha de expresar las posibles dudas existentes, a fin de que puedan ser tenidas en cuenta en la tramitación.

Como cuestión previa, de carácter terminológica pero también conceptual, debe señalarse que, como se hizo en la resolución de 15 de febrero de 2022 de este Centro Directivo, tras la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2001, las actas de notoriedad han desaparecido de entre los medios legalmente habilitados para la acreditación e inscripción de rectificaciones de cabida y

georreferenciaciones de fincas, y sin que el nuevo expediente de dominio regulado en el artículo 201 constituya un acta de notoriedad.

Así como la constatación mediante certificación registral de la invasión de fincas ya inmatriculadas sí debería provocar el cierre anticipado del expediente de dominio, en cambio, la mera existencia de dudas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria no debe impedir ni la expedición de la certificación registral interesada, ni la continuación de la tramitación notarial del expediente de dominio, en el curso del cual se podrán poner de manifiesto extremos y datos que puedan ser tomados en consideración por el registrador en su calificación final y que acaben confirmando, reforzando, debilitando o excluyendo esas dudas inicialmente fundadas. En efecto, como ha reiterado este Centro Directivo desde la resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203.1, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar nuevas dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. resolución de 20 de diciembre de 2016).

Resolución de 29-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Pontevedra.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: CANCELACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN.

Para cancelar un derecho de reversión es preciso aportar una certificación del acto administrativo firme que declare su caducidad.

Como bien señala el registrador en su nota de calificación, recogiendo doctrina reiterada de esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los «Vistos»), la regla general en nuestro Derecho es que solamente con el consentimiento de los titulares registrales (o, en su caso, resolución judicial firme) se puede lograr la cancelación de los derechos inscritos. La redacción del artículo 54 de la Ley de expropiación forzosa dada por la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, parece diferenciar los supuestos de desafectación y de exceso de expropiación, de los de inejecución, al disponer que en tales casos cuando la Administración desatiende su obligación de notificar tales hechos al expropiado, este podrá ejercitar el derecho de reversión en tanto no hayan transcurrido veinte años desde la toma de posesión de los bienes. El «*dies a quo*» es en tal caso el de la toma de posesión del bien por la Administración o por el beneficiario, que constará en el acta de ocupación. Ni la Ley de expropiación forzosa ni su Reglamento dicen nada respecto de la existencia de un plazo de prescripción o de caducidad del derecho de reversión, mas la jurisprudencia viene entendiendo que no es correcta la aplicación del plazo de prescripción genérico de las acciones personales.

A la vista de los preceptos citados, de la doctrina de este Centro Directivo, y de la doctrina jurisprudencial expuesta, cabe confirmar la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa —de modo análogo al régimen registral de cesiones obligatorias de los artículos 31.4 y 63.1 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, cuyo fundamento no es otro que los artículos 1, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria—.

Resolución de 29-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DISTINTOS SUPUESTOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

Se analizan las diferentes posibilidades de anotar un embargo en los casos en los que el titular registral ha fallecido.

El artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como señaló la resolución de 9 de julio de 2011, y se ha recogido en muchas otras posteriores, convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.^a, párrafo segundo, RH). En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder

considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia.

En el supuesto de este expediente, no consta en el mandamiento, si las deudas eran de la titular registral o se trata de deudas propias de la ejecutada, tampoco resulta claramente del escrito de recurso quién era el deudor de las cuotas de comunidad, si bien parece deducirse que el fallecimiento de la titular registral se produjo con anterioridad a la interposición del procedimiento. Tampoco consta acreditada la condición de heredera de la titular registral de la demandada, no constando en autos, según resulta de las alegaciones presentadas por la letrada de la Administración de Justicia, documento alguno que confirme dicha circunstancia. Por lo tanto, para proceder a la extensión de la anotación, deberán aclararse dichos extremos y justificar, en consecuencia, los requisitos exigidos según el caso que sea de aplicación conforme a lo expuesto en el anterior fundamento.

Resolución de 29-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Se recuerda que para usar el expediente de dominio de reanudación del tracto es necesario que haya una verdadera interrupción, así como que las notificaciones se hagan adecuadamente.

Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, el auto recaído en expediente de dominio es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concorra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. Ahora bien, llegados a este punto, no puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente (como ahora ocurre y así lo reconocen expresamente en su escrito de apelación) son los compradores de los herederos de los esposos titulares registrales.

En el caso objeto del presente recurso, los promotores del expediente alegan haber adquirido su derecho por compra a todos los herederos del titular registral, por lo que ha de confirmarse el defecto opuesto por el registrador de que en este caso no existe un supuesto de interrupción de tracto susceptible de subsanarse por la vía del expediente de dominio, ni el expediente judicial anterior a la Ley 13/2015, como ocurre en el presente caso, ni expediente notarial posterior a dicha ley.

En cuanto al segundo defecto, relativo a que, dado que la inscripción de dominio contradictoria es de fecha 14 de agosto de 2012, falta la de constancia de que el titular registral o sus causahabientes hayan sido citados tres veces, una de ellas al menos personalmente. Por tanto, el recurso también ha de ser desestimado en cuanto a este segundo defecto señalado en la nota de calificación recurrida.

Resolución de 29-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se confirman las dudas expuestas por el registrador respecto de la identidad de la finca respecto de la que se pretende inscribir una rectificación de cabida.

De lo expuesto se deduce que no es realmente objeto de recurso la denegación de inscripción de la mayor cabida y georreferenciación de la finca 1761. Las dudas que expresa el registrador, basadas en la procedencia de la finca por segregación, con expresión precisa de las medidas perimetrales, y en la oposición de los titulares de la finca matriz aportando documentación gráfica acreditativa, no solo son dudas que están suficientemente fundadas, sino que incluso el recurrente viene a reconocerlo así.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. En el presente caso, como se ha dicho, las dudas que expresa el registrador, basadas en la procedencia de la finca por segregación, con expresión precisa de las medidas perimetrales, y en la oposición de los titulares de la finca matriz aportando documentación gráfica acreditativa, no solo son dudas que están suficientemente fundadas, sino que incluso el recurrente viene a reconocerlo así, por lo que se ha de interpretar que este extremo no es objeto de recurso.

Resolución de 30-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 13.

HERENCIA: ACEPTACIÓN Y PARTICIÓN.

Se ha de distinguir entre aceptación de la herencia (acto individual de cada heredero) y partición (que requiere el concurso de todos los coherederos).

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que hay que diferenciar previamente el acto de aceptación de la herencia del de su partición y adjudicación. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma. Así, en el supuesto concreto, se ha practicado la «*interpellatio in iure*» conforme el procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y, ante la contestación del requerido, en la que se opone a la partición y no renuncia (lo que está absolutamente acreditado y la registradora no objeta nada sobre este punto), la ley común —dado que se ha planteado la «*interpellatio*» en el ámbito del Código Civil— determina que la herencia está aceptada pura y simplemente. Pero esto no implica que se haya consentido en la partición y adjudicación realizada por los recurrentes de forma unilateral y sin contar con el interpelado.

En el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurren la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad. Así, una cosa es la posibilidad de aceptación separada por los herederos y otra la conversión del derecho hereditario abstracto en uno concreto sobre los bienes hereditarios, que exigiría la concurrencia de todos los herederos a falta de contador-partidor facultado para ello.

Resolución de 30-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: DESCALIFICACIÓN.

Para descalificar un local que se transforma en vivienda es preciso que el certificado administrativo lo exprese con suficiente claridad.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso la registradora ha expresado con claridad el defecto y ha fundado aquel en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de segregación, descripción de resto y cambio de uso de local a viviendas en la que concurren las circunstancias siguientes: la escritura se otorgó el día 30 de noviembre de 2018; de una finca urbana, local comercial, se segrega otra, se describe el resto y a continuación se cambia el destino de los inmuebles resultantes, que de «locales» pasan a «viviendas»; entre la documentación incorporada a la escritura, está la licencia municipal expedida por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Córdoba, autorizando la segregación y legalizando el cambio de uso; se acompaña un oficio de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, Delegación Territorial de Córdoba, que certifica que «en relación con el local comercial con referencia catastral 233170UG4923S1001LO finca registral núm. 5047, le informamos que dicho local se encuentra dentro de la promoción calificada mediante el expediente de viviendas de protección oficial número CO-VS-629/73, ostenta la condición de libre, no estando sujeto a la limitación en el precio de venta»; en la inscripción del Registro figura lo siguiente: «(...) cuyo edificio ha sido calificado definitivamente de protección oficial subvencionada, por cédula de 20 de junio de 1977, expediente CO-VS-629/73; según nota extendida el día 28 de julio de 1977, al margen de la inscripción 1.^a de dicha finca de procedencia 5047; y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 93 del Reglamento de 24 de junio de 1955, quedó afecta, durante cincuenta años, para asegurar al Estado, Provincia o Municipio, la devolución del importe de las exenciones tributarias, y de arbitrios y de sus intereses, en caso de que se decrete su descalificación».

La primera cuestión que se ha de resolver es la relativa al órgano competente para esa autorización, dado que el Instituto Nacional de la Vivienda fue extinguido en 1977. Como alega el recurrente, será la Consejería competente en materia de vivienda de la comunidad autónoma correspondiente —en este caso la Consejería de la Junta de Andalucía— quien ejerza esas funciones. En consecuencia, se ha de admitir el citado oficio por ser emitido por la entidad competente para ello. La declaración administrativa de estar libre el inmueble, no se determina de forma clara su descalificación, por lo que cabría para su inscripción otra certificación de la Administración competente aclaratoria de ese sentido.

Resolución de 30-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

DIVORCIO ENTRE CÓNYUGES EXTRANJEROS: APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 266 DEL RRC.

Si se trata de una sentencia de divorcio dictada en España entre cónyuges extranjeros, es aplicable lo establecido en el artículo 266 RRC a través del Registro Civil Central.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958, en su apartado sexto, determina: «En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable». La cuestión se centra en determinar si este precepto es aplicable a los matrimonios celebrados fuera de España, entre contrayentes extranjeros, que, sin embargo, obtienen sentencia de divorcio en España.

Como se ha expresado en el anterior fundamento de Derecho es perfectamente posible que los tribunales españoles puedan conocer de los litigios de nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en nuestro país en el momento de presentación de la demanda y que tales cónyuges hayan contraído su matrimonio fuera en España. En estos casos, dicho matrimonio no constará inscrito en el Registro Civil español.

Ante esta situación, cuando se dicta por tribunales españoles una sentencia de divorcio entre cónyuges extranjeros cuyo matrimonio no está inscrito en el Registro Civil español, el tribunal sentenciador debe remitir oficio «al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio y de la identidad de ambos litigantes, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio» (sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 24 de julio, 18 de septiembre, 12 de noviembre y 18 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 8 de abril, 3 y 10 de julio, 30 de septiembre y 30 de octubre de 2014, y resolución de este Centro Directivo de 6 de julio de 2021). Por lo tanto, ha de confirmarse el defecto observado.

Resolución de 30-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 95.4 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario implica la necesidad de consentimiento de los herederos forzosos del confesante en la enajenación que realice el cónyuge favorecido por la confesión.

La confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. art. 1324 CC). Aunque también es cierto que esta presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos pro indiviso—, sino uno más de los medios de prueba (cfr. art. 385 LEC).

Al margen de la existencia de algunas resoluciones judiciales que reconocen determinada eficacia a la confesión frente a los herederos forzosos tras el fallecimiento del confesante, creando una prueba de privatividad que les afecta y recayendo sobre dichos legitimarios la carga de la prueba necesaria para desvirtuar dicha presunción, lo cierto es que, en el ámbito registral, la norma del citado artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario debe ser aplicada, mientras no sea derogada o declarada ilegal. No obstante, esta Dirección General ha puesto de relieve que, aunque el citado precepto reglamentario no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el superstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al art. 451-1 CC de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución —la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario— sería la procedente en el Derecho civil gallego.

Resolución de 30-6-2022

BOE 26-7-2022

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas sobre la identidad de la finca en el expediente del 199 de la Ley Hipotecaria han de estar debidamente justificadas.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se

encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, por las circunstancias y razones expuestas (finca con descripción registral meramente literaria pero con linderos fijos —caminos— que conserva esos linderos fijos, y aumento de superficie de tan solo un 15%) no parece que entre el hecho demostrado (que ha habido alteraciones catastrales para incorporar a un determinado inmueble como propios caminos privados perimetrales antes no contabilizados, a petición de su titular) y aquel que se trate de deducir (que ello suponga agregación de porciones de fincas colindantes) «haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Cuestión distinta, sería, como se ha dicho, si la finca, hubiera sido inmatriculada en términos coincidentes con una determinada certificación catastral descriptiva y gráfica, o tuviera inscrita una georreferenciación previa que se pueda comparar con la que ahora se pretende para constar la alteración evidente de la identidad perimetral de la finca. Tampoco consta la existencia de oposición por colindantes, respecto de la titularidad de esos caminos privados.

Resolución de 5-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUOTA INDIVISA CON ASIGNACIÓN DE USO.

La venta de cuota indivisa con asignación de uso de una planta destinada a trastero comporta la transmisión de un derecho sobre los elementos comunes.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo —sentencia de 22 de mayo de 2000— (*vid.*, por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente, la forma en la que se ha practicado un asiento. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH). Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación o rectificación de asientos ya practicados.

La afirmación según la cual «se hace una mera mención en la escritura de venta acerca de cuáles sean los supuestos elementos comunes compartidos, que no es inscribible en el folio real (arts. 28 y 29 LH)», comporta, indudablemente, una calificación negativa y esta no puede confirmarse en este caso, por tratarse de la inscripción de una cuota indivisa de una finca destinada a trasteros (sobre la que se constituye una comunidad funcional) con asignación de uso y disfrute

exclusivo de una zona determinada (trastero), que habrá de practicarse conforme a lo establecido en los artículos 68 del Reglamento Hipotecario y 53, regla b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Es indudable que la venta de la referida cuota en la comunidad funcional comporta también transmisión al comprador de un derecho sobre los referidos elementos comunes que no puede desconocerse.

Resolución de 5-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: VENTA DE CUOTAS PROINDIVISO.

La venta de cuota indivisa de finca rústica, concurriendo una serie de indicios complementarios, implica la necesidad de licencia conforme a la legislación andaluza.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía entró en vigor el 23 de diciembre de 2021, es decir, con anterioridad a la fecha de la escritura pública (26 de enero de 2022). No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, considerando como tal según su artículo 91. La ley mantiene la norma prohibitiva de toda parcelación urbanística en suelo rústico, estableciendo, de modo idéntico al texto anterior, que se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, finca o parcela, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos anteriores, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. No obstante, el apartado quinto señala ahora que la asignación de cuotas en pro indiviso resultantes de transmisiones «*mortis causa*» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, asume tal concepción y en su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiere duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto, para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, en este caso la Ley Urbanística de Andalucía.

En el caso del presente expediente, la registradora fundamenta en su nota la concurrencia de indicios de parcelación urbanística, en particular, las sucesivas ventas de cuotas indivisas, como resulta del historial registral, el hecho de que se practicó anotación preventiva de prohibición de disponer en virtud de resolución dictada por el presidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en expediente de infracción urbanística número 22/2001, por realización de infraestructura

para parcelación, segregación fáctica y venta de parcelas, si bien encontrándose caducada, que la transmisión de la participación del 1,777% que se formaliza en la escritura calificada supone la aparición de nuevas cuotas inferiores a la existente porque se transmite, por mitades indivisas, a dos personas, cada una de las cuales sería propietaria del 0,8885%. Además, la primitiva finca (cortijo) tiene calificación urbanística, según consta registralmente, de suelo no urbanizable en zona sujeta a procesos no tolerables en medio de alto valor agrícola, y actualmente la finca tiene la calificación de Suelo No Urbanizable de Especial Protección de la Vega del Guadalquivir; por ello, no prescribe la acción administrativa para restablecimiento de la legalidad urbanística.

En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, ni siquiera por la vía del artículo 79, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes (relativas a la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, o cualesquiera otras que resulten pertinentes para tal valoración), y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable (vid. resoluciones de 13 de marzo y 24 de abril de 2019). De acuerdo con los antecedentes puestos de manifiesto por la registradora en su nota, ciertamente cabe sostener la concurrencia de indicios de parcelación urbanística en la finca de que se trata.

Como ya se ha expuesto anteriormente, este Centro Directivo ha sostenido que pueden existir actos o negocios que presenten elementos indiciarios de parcelación que no se traten por la vía procedimental del artículo 79 citado, sino que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. Es lo ocurre en el caso de la legislación andaluza con el artículo 91 de la Ley 7/2021, respecto a la transmisión de cuotas en pro indiviso atendidas las circunstancias concurrentes.

Resolución de 5-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedés.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que fundamenten la no inscripción de una base gráfica han de estar suficientemente fundadas.

El título ahora calificado es el mismo que fue objeto de una primera nota de calificación registral negativa de fecha 2 de noviembre de 2021, recurrida ante este Centro Directivo, y revocada por resolución de 23 de febrero de 2022, a la cual, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 14 de marzo de 2022. En esencia, la diferencia sustancial entre la primera nota de calificación, ya revocada por este Centro Directivo, y la segunda, objeto del presente recurso estriba en que en la segunda nota de calificación se menciona «la existencia de

un procedimiento judicial en curso al respecto», y se afirma que la razón de la calificación negativa no se deriva directamente del hecho de haberse presentado oposición por el titular de la finca colindante, sino de que «la registradora que suscribe alberga dudas fundadas acerca de la identidad de la finca que le impiden apreciar, indubitadamente, la correspondencia entre las parcelas catastrales y la finca resultante de la agrupación».

No consta acreditada la existencia de dicho procedimiento judicial, ni su identificación, contenido y objeto. Tampoco consta alegado por el opositor cuál es la porción concreta de finca que supuestamente resultaría invadida por la georreferenciación pretendida de contrario. Y la registradora no expresa en su nota de calificación de fecha 7 de marzo de 2022, como tampoco lo hizo en la inicial de fecha 2 de noviembre de 2021, hoy ya revocada, cuáles son las razones que le llevan a dar credibilidad a esta alegación de oposición. En consecuencia, esta segunda nota de calificación de fecha 7 de marzo de 2022, ahora objeto de recurso, ha de ser igualmente revocada, y por las mismas razones por la que lo fue la primera de fecha 2 de noviembre de 2021, esto es, porque «no contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad», y porque «la registradora en el informe en defensa de la nota, no en la nota de calificación, relata las circunstancias que, a su juicio, llevan a la convicción sobre las dudas en la identidad de la finca».

Resolución de 6-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro de la Propiedad de Almonte.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

La cancelación resolutoria solo puede llevarse a cabo con el consentimiento del titular registral o cumpliendo estrictamente los presupuestos pactados para tal efecto.

Como ha señalado reiteradamente esta Dirección General (cfr. resoluciones de 21 de julio y 3 y 4 de diciembre de 1986, 2 de septiembre de 1992 y 30 de mayo de 1996), la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como la de la documentación auténtica del hecho o acto inscribible para su acceso al Registro (art. 3 LH) conduce a la necesaria cancelación de un asiento solo cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (arts. 2.1.º y 79.2.º LH y 173 de su Reglamento). Por tanto, en el caso contemplado, si lo que se pretende es cancelar la condición resolutoria estipulada en garantía del cumplimiento de una obligación, será requisito imprescindible justificar la causa de la cancelación (causa de cancelación que deberá reflejarse en el asiento correspondiente, conforme al art. 193.2 RH).

Es cierto que nuestro sistema registral admite excepcionalmente la cancelación de derechos inscritos contra o sin el consentimiento del titular registral, como ocurre en los casos en que en el propio título constitutivo de la condición resolutoria pactada expresamente se contemplara determinada causa de la cancelación o por transcurso del plazo de caducidad legal. Pero ocurre que, en caso de este expediente, lo único que se pactó expresamente como supuesto de cancelación unilateral, frente a la regla general antes enunciada, fue la presentación de acta notarial acreditativa del inicio de dichas obras, o la presentación de un certificado del organismo concedente de la subvención, en el que se reconociera la ejecución de las obras y el pago total de esa subvención.

Resolución de 6-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro de la Propiedad de Vigo, número 2.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 LEY 24/2001 EN CASOS DE SUBPODERAMIENTO.

En los casos de subapoderamiento el notario ha de reseñar los datos del poder inicial y del subapoderamiento, pero solo será preciso exhibir este último título habilitante.

De acuerdo con la correcta interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado. Se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos.

La sentencia de 1 de junio de 2021, en un caso en que se producía una discrepancia entre la mención al tipo de órgano de administración que otorgaba el poder —administrador único según la escritura calificada— y el sistema de administración de la sociedad que figuraba en el propio documento y en el Registro Mercantil —consejo de administración—, afirmó lo siguiente: «Habida cuenta que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria exige la calificación registral tanto de la validez del acto dispositivo como de la capacidad de los otorgantes, resultó correcta la actuación de la registradora que contrastó lo que figuraba en el Registro Mercantil, en tanto que su contenido afecta a los terceros confiados en la legalidad y legitimidad de lo que publica. Y ello llevó a la registradora a la consecuencia lógica y ajustada a derecho de dotar de preferencia al cargo inscrito (en este caso, más que cargo, sistema de administración) frente al que no lo estaba, y que, sin embargo, fue quien otorgó el documento en representación de la sociedad. Esta consulta al Registro Mercantil y las consecuencias que resultan de la misma no queda excluida por el artículo 98 de la Ley 24/2001, puesto que, a tenor del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe calificar bajo su responsabilidad la capacidad de los otorgantes y ello incluye lógicamente sus facultades, para cuya corroboración podrá comprobar el Registro Mercantil».

En la transferencia del poder o sustitución plena se extingue la relación entre el principal y el apoderado-sustituyente y el sustituto queda en relación directa y única con el principal (habría entonces que cancelar el poder por autorrevocación en la hoja registral); y en los casos de subapoderamiento (sustitución en sentido impropio, o delegación subordinada del poder) la relación jurídica media entre apoderado y subapoderado sin perjuicio de los efectos del acto representativo

que continúan dándose en servicio del «dominus» y sin entender extinguido o autorrevocado el poder subapoderado (no hay que cancelar el poder del primer apoderado). En principio, autorizada la sustitución del poder *ex* artículo 1721.2.º del Código Civil, y salvo que otra cosa resulte con claridad del examen conjunto del título habilitante de la sustitución (el poder) y del título sucesivo de «sustitución» de dicho poder, hay que presumir que quien puede sustituir en sentido propio también puede subapoderar y que a menos que expresamente resulte o que claramente se infiera que es voluntad de las partes que el primer poder conferido quede revocado, el dicho primer apoderado no queda excluido en la relación jurídica con el poderdante. De cualquier modo, en ambos supuestos, habrá que estar al título principal de apoderamiento para determinar el ámbito objetivo o material de las facultades concedidas de sustitución o subapoderamiento habida cuenta que el negocio de sustitución o de subapoderamiento puede alcanzar todas o parte de las facultades primeramente concedidas (véase resolución de 14 de diciembre de 2016).

Al tratarse de un poder otorgado por vía de sustitución en favor del otorgante, es suficiente que junto a la reseña de la inicial escritura de apoderamiento y de la de sustitución de poder, con indicación de los datos antes referidos, se exhiba únicamente copia autorizada de esta última y se exprese por el notario autorizante de la escritura calificada el juicio de suficiencia congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en dicho título y con el mismo contenido de este. Ciertamente, esta Dirección General (cfr. resolución de 8 de noviembre de 2021) ha puesto de relieve que, tratándose de poderes inscritos en el Registro Mercantil, se presume la exactitud y validez de los asientos del Registro (cfr. art. 20 del Código de Comercio) y por ello es prescindible la expresión de quién concedió el poder. Pero tratándose de poderes no inscritos, no puede invocarse dicha presunción, por lo que la reseña del documento en que funda su representación el apoderado debe comprender también el título representativo del concedente del poder, de modo que el registrador pueda comprobar que el notario ha ejercido, con la precisión necesaria, su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa. A mayor abundamiento, al tratarse de un poder otorgado por una sociedad extranjera con arreglo a su legislación nacional, no es inscribible en el Registro Mercantil español y, por ende, no podrá comprobar según los asientos del Registro que el notario ha ejercido, con la precisión necesaria, su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa.

Resolución de 7-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No es el recurso el cauce adecuado para subsanar defectos apreciados en la calificación.

Es doctrina reiterada de este mismo Centro Directivo que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación.

Resolución de 7-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

OBRA NUEVA: CERTIFICADO DEL TÉCNICO.

En los casos de cambio de uso de una edificación han de aplicarse los requisitos previstos en el artículo 28 de la LS. La certificación del técnico puede ser sustituida por un certificado administrativo acreditativo de que la obra se ha ejecutado conforme a la licencia.

El cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

En la escritura calificada se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica en la que figura que la finca tiene uso residencial, que tiene destino de vivienda y como año de construcción 1994, pero en aquel título no consta que el cambio de uso a vivienda cuya inscripción se solicita se realice por la vía prevista en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo. La certificación expedida por técnico competente a que se refiere el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, tiene la finalidad de garantizar, mediante aseveración responsable de técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva. Por esa razón puede ser sustituida aquella certificación por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado, máxime si ese otro documento es expedido por organismo competente en materia urbanística, como ocurre en el caso de los Ayuntamientos.

En el presente caso, el documento incorporado a la escritura calificada («Comunicación relativa a declaración responsable. Correcta primera ocupación»), expedido por el Ayuntamiento, expresa no solo «que la vivienda se encuentra debidamente terminadas [sic] y apta según las determinaciones urbanísticas, ambientales y de seguridad de su destino específico, por lo que se informa favorablemente la solicitud de Licencia de Primera Ocupación según lo dispuesto en el artículo 63 de la OMTLU», sino que «examinada la documentación que integra el presente expediente y una vez practicada la inspección correspondiente, estos servicios técnicos observan que las obras han sido ejecutadas, y aunque se observan algunas variaciones con respecto a los planos aprobados en la licencia, no modifican el informe de conformidad con el proyecto y las condiciones de la licencia concedida con número de expediente (...) para transformación del local comercial a vivienda (...)».

Resolución de 7-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No es posible acceder a la cancelación de una inscripción en virtud de una sentencia judicial dictada en procedimiento en el que no ha sido parte el titular registral afectado.

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 examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscribida por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante.

Reiterando una consolidada doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014, que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de derechos y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos que se haya mantenido vigente, no puede determinar su cancelación automática.

En el caso de este expediente además la sentencia ordena la cancelación de la segregación y ulterior agrupación realizadas, reintegrándose la finca segregada a la matriz de la que procede (finca 42 622). Y si bien la finca agrupada consta inscrita a favor de una entidad demandada, la cancelación de las inscripciones de agrupación y segregación, reintegrando esta superficie a la finca matriz, no es posible registralmente pues esa finca matriz, como se ha indicado anteriormente, consta inscrita a nombre de persona distinta.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

AGRUPACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN DE LA PARCELA RESULTANTE.

No es posible inscribir una agrupación de fincas si se acreditan errores en la georreferenciación de la finca resultante.

Para resolver el presente recurso hay que partir de que las inscripciones de las fincas que se agrupan son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, por lo que carecen de georreferenciación inscrita y, además, ni siquiera consta registralmente su respectiva referencia catastral. Pero, aun sin georreferenciación ni referencia catastral inscrita, puede haber datos descriptivos inscritos que sí que permitan al menos ubicar geográficamente las fincas, aunque no delimitarlas con precisión. En el caso que nos ocupa, del historial registral de cada finca sí que consta con claridad, como expresa la registradora en su nota de calificación, si no su respectiva posición absoluta sobre el terreno, sí su posición relativa entre ellas, de modo que la finca registral 19 457 está al sur de la 19 939, mientras que, en la escritura, al aportar ahora por primera vez datos geográficos de cada finca, se expresa lo contrario, es decir, una inversión en su posición relativa.

Sea como fuere, necesario o no, en el caso que nos ocupa el título calificado sí que contiene la georreferenciación alegada para cada finca objeto de reorganización, esto es, de agrupación. Por tanto, si tal georreferenciación alegada demuestra ser errónea, como pone de manifiesto la nota de calificación recurrida y admite tácitamente el propio notario recurrente, lo congruente es rectificarla debidamente, y rectificar también los reconocidos errores de previas escrituras de declaración de obra nueva ya inscritas, y no pretender sin más la revocación de una nota de calificación perfectamente fundamentada en cuando a las dudas sobre la falta de mantenimiento, en el título calificado, de la identidad de las fincas objeto de agrupación.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Telde.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es posible inscribir una georreferenciación si existe una oposición fundada por parte de un colindante.

Como cuestión previa a resolver el fondo del presente recurso, de nuevo procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en las resoluciones de 5 y 13 de octubre de 2021, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrado. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, se presenta una georreferenciación de la finca resultante de la agrupación y luego las georreferenciaciones resultantes de la segregación, por lo que, siguiendo la doctrina de la resolución de este Centro Directivo, de 1 de julio de 2016, de prescindir de la inscripción de la georreferenciación de fincas registrales de vida efímera, la georreferenciación que ha de ser objeto de calificación es la resultante de la segregación.

En caso de conflicto entre colindantes, no procede que el registrador en su calificación o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver el conflicto

entre colindantes latente, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de justicia.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 54.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 LEY 24/2001 A LA CERTIFICACIÓN QUE COMPLEMENTA EL PODER.

No hay ningún obstáculo para que la facultad de representación del apoderado quede sujeta a la condición de que se acompañe certificación de la entidad poderdante aprobatorio de la operación.

De acuerdo con la correcta interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado. Se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos.

En ese sentido, no existe obstáculo para que la actuación del apoderado de la entidad de crédito, concluyendo en nombre de esta un acto o negocio jurídico —en el caso examinado, un préstamo hipotecario—, quede sujeto a un acto interno de esa misma entidad que actúa a modo de control precedente «*ad intra*» que complementa al poder que ineludiblemente ha de estar documentado en escritura pública *ex* artículo 1280.5 del Código Civil; y, todo ello, porque debe coordinarse la necesaria agilidad en el tráfico jurídico civil con la posibilidad de que el «*dominus negotii*» establezca sus mecanismos de control interno que le aseguren, primero, una unidad de criterio en el giro o tráfico que desempeña y, segundo, un adecuado control acerca de quién lo lleva a efecto.

Por las razones expuestas, en el presente supuesto debe determinarse únicamente si está o no fundada en derecho la exigencia por el registrador de una escritura pública de consentimiento o de ratificación por parte del apoderado que suscribe la referida certificación incorporada a la escritura calificada. Respecto de esta cuestión ha de concluirse necesariamente en el carácter infundado de dicha exigencia. En efecto, la certificación del acuerdo aprobatorio previsto por el propio poderdante habrá de cumplir los requisitos formales impuestos por dicho «*dominus negotii*» —con la salvedad antes expresada de las consecuencias que, en su caso, pudieran derivarse de las exigencias generales en materia de forma notarial—. Ahora bien, la valoración del juicio de suficiencia, *ex* artículo 98 de

la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, compete únicamente al notario autorizante, toda vez que se trata de un juicio acerca de unas facultades que derivan del documento auténtico exhibido para acreditar la representación. Como ya decidió esta Dirección General en resolución de 17 de noviembre de 2006, tal como está redactada la escritura calificada, dicho juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas no queda empañado por el hecho de que el notario añada que el apoderado se encuentra especialmente facultado en virtud de la certificación que se incorpora.

Los poderes bajo condición o a término son perfectamente válidos en el Derecho español. Y la condición suspensiva puede estar constituida por un acto interno de esa misma entidad que complementa al poder que ya está documentado en escritura pública. En tal caso, y aunque el registrador no puede revisar el juicio de suficiencia de las facultades representativas —en los términos ya expuestos anteriormente—, sí que podrá apreciar, por lo que resulte del título y de los asientos del propio Registro de la Propiedad —o de otros registros públicos que el notario y el registrador pueden consultar—, si es errónea esa valoración notarial sobre el cumplimiento de la condición suspensiva.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Reus, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CERTIFICACIÓN CATASTRAL. OBRA NUEVA: FINCA EN PROINDIVISO.

Después de reafirmar la clásica doctrina de la Dirección General sobre la competencia del Estado para resolver recursos gubernativos mixtos, se recuerda que para usar una certificación catastral como base acreditativa de la antigüedad en la declaración de obra es necesario que exista la correspondiente identidad conforme al artículo 45 TRLC. Si una finca pertenece en proindiviso a varias personas, para declarar la obra se necesita el concurso de todos.

La doctrina de este Centro Directivo ha sido y es meridianamente clara al establecer, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente derogada por la sentencia del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Aun cuando la argumentación en que se fundamenta la calificación

haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso. En este caso, el recurrente ha podido conocer las razones impeditivas de la inscripción expresadas por el registrador y ha podido alegar lo que a su derecho convenga.

La acreditación de la antigüedad de la obra a través de la certificación catastral se despliega en un doble aspecto: en relación con la construcción que se declara y en relación con la parcela sobre la que esta se asienta. Para ello es necesario realizar una previa operación de correspondencia de la referencia catastral con la finca registral, que se regula en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por ello, como ya se declaró en la resolución de 22 de marzo de 2017 no es inscribible la obra nueva si la descripción que de la parcela se hace en la certificación catastral en nada coincide con la del Registro, es decir, cuando difiere la superficie, los linderos, la naturaleza del terreno y el paraje en el Registro y en la certificación catastral con la que se pretende acreditar la antigüedad.

No quedando acreditada la identidad y correspondencia entre la finca registral sobre la que se levanta la obra nueva cuya declaración se pretende y la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, y no habiéndose procedido previamente, de conformidad con el principio de tracto sucesivo que emana del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a la segregación y concreción, por título de extinción de comunidad, de la participación indivisa que los declarantes de la obra nueva ostentan sobre dicha finca en la porción de terreno a segregar que manifiestan que les corresponde, sería necesario, para declarar la obra nueva sobre una finca de la que únicamente son titulares en régimen de comunidad, el consentimiento de todos los titulares registrales de la misma.

Para declarar la obra inicialmente (ya se trate de declaración de obra nueva en construcción o declaración directa de obra nueva terminada) es preciso el consentimiento unánime de los condueños. Así resulta del artículo 397 del Código Civil, según el cual «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». En cambio, para declarar solo el fin de obra, cuando ya consta previamente declarada la obra en construcción, en principio, basta con el consentimiento de la mayoría de los partícipes.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Huelva, número 3.

CONDICIÓN SUSPENSIVA: CANCELACIÓN.

Se recuerda el régimen de cancelación de las condiciones, que no permite la mera intervención del titular favorecido por dicha cancelación.

Como señalan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1991 y 12 de junio de 1999, cuando lo que accede al Registro es una transmisión dominical sujeta a condición es conveniente distinguir dos hipótesis claramente diferenciadas: una, la que tiene lugar durante la pendencia de la condición, si se señaló plazo para su cumplimiento,

o mientras no accede al Registro la suerte de la condición, en el caso de que no se hubiera fijado un plazo para su desenvolvimiento; y otra, la que se produce una vez agotado el plazo fijado para que la condición se cumpla, sin que conste en el Registro su cumplimiento o incumplimiento. En el primer caso, el Registro refleja dos titularidades diferenciadas y contrapuestas —actual una, expectante la otra— pero complementarias, por cuanto su reunión agota la plena titularidad del derecho condicionalmente transmitido. En tal caso, para la verificación y consiguiente inscripción —pero libre de la condición impuesta— de actos dispositivos sobre el dominio objeto de la transmisión se precisará la actuación conjunta de ambos titulares. En el segundo, no podrá deducirse ya de los asientos del Registro la coexistencia de esas dos titularidades sino, por el contrario, la extinción de una de ellas y la consolidación de la otra, aunque resulte indeterminado en favor de cuál de los dos sujetos de la transmisión se produjo la consolidación.

El artículo 23 de la Ley Hipotecaria regula (de forma bastante imprecisa, según la doctrina más autorizada) el asiento que debe efectuarse en el Registro como consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, y el 53 de su Reglamento las circunstancias que deben constar en el asiento correspondiente. Sin embargo, no se precisa cómo debe acreditarse el cumplimiento o incumplimiento de una condición. Apareciendo en el Registro una titularidad inscrita condicionada, en este caso suspensiva, no se ha acreditado de forma indubitada el incumplimiento de la respectiva condición para cancelar registralmente dicha titularidad (art. 23 LH); en este caso, como ahora ocurre, la rectificación no podrá hacerse, dado el principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales si no media el consentimiento del titular o el oportuno pronunciamiento judicial (arts. 1, 20, 38 y 40 LH). El incumplimiento de la condición no puede derivarse de la sola afirmación que en tal sentido formule la parte negocial, en cuyo beneficio habría de producirse la inscripción, pues podrían haberse dado circunstancias extrarregistrales que hubieran impedido tal cumplimiento. Tampoco nos encontramos ante la previsión de una cancelación automática, como podría ser la pactada introduciendo un plazo de caducidad de la condición.

Resolución de 11-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Albocásser-Morella.

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: RÉGIMEN JURÍDICO.

Se confirma que la obtención de licencia urbanística no es suficiente para segregar terrenos en suelo rústico, dado que habrá de observarse lo establecido en materia de unidades mínimas de cultivo.

Como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 10 de junio de 2009 y 2 de noviembre de 2012), si bien la licencia municipal, o la certificación de su innecesariedad, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia, por lo que no es suficiente que en suelo rústico la segregación o división del terreno esté autorizada mediante una licencia urbanística municipal, pues siendo condición necesaria, en los términos previstos en cada caso por la ley, no es suficiente, pues ni el objeto de dicha licencia responde a la necesidad de verificar el cumplimiento

de los requisitos previstos en la legislación agraria, ni los Ayuntamientos que expiden tales licencias tienen competencias en esta materia.

En el caso que ahora nos ocupa, resulta, además, que tras consulta efectuada por la registradora conforme al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, consta que con fecha 12 de marzo de 2021 se emitió comunicación del director territorial, don T. V. R., en el que se informa la no posibilidad de realizar la inmatriculación (sic) de la segregación solicitada dado que se ha comprobado que la segregación propuesta no está contemplada en ninguna de las excepciones previstas en la legislación estatal (art. 25 de la Ley 19/1995) ni en la autonómica (art. único del Decreto 217/1999 en el que se determinan las unidades mínimas de cultivo).

Queda por examinar la pretensión subsidiaria de los recurrentes conforme a la cual piden que, al menos, se revoque parcialmente la nota de calificación en lo que se refiere a la porción segregada de 89 metros cuadrados de suelo urbano y se permita su inscripción por estimar que a dicha porción no le resulta aplicable la normativa agraria. La solicitud formulada por los recurrentes plantea como cuestión determinar si, efectivamente, estamos ante suelo urbano y si la finca resto igualmente es suelo urbano o rústico, puesto que de ser suelo rústico no solo debe tenerse en cuenta la normativa urbanística, de competencia municipal, sino también la normativa reguladora del suelo rústico, referente a las unidades mínimas de cultivo, de competencia del órgano correspondiente de la comunidad autónoma.

Existe una aparente contradicción, pues respecto de la parcela segregada de 89 metros cuadrados que se corresponde con la referencia catastral 8383505YK-4688S0001RP en el Catastro se declara como urbano, pero, sin embargo, por el órgano competente de la comunidad autónoma se indica la imposibilidad de practicar la segregación por contravenir la normativa correspondiente a las unidades mínimas de cultivo. Es por ello, que este conflicto debe ser resuelto con carácter previo ante el correspondiente órgano de la comunidad autónoma competente en materia agraria, interponiendo, en su caso, los correspondientes recursos.

Resolución de 12-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Paterna, número 2.

DIVISIÓN HORIZONTAL: CASOS EN LOS QUE SERÍA EXIGIBLE LICENCIA.

Se aclara el régimen de autorización administrativa de los casos de división horizontal y similares.

El artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia

comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «*prius*» respecto de su exigencia en sede registral.

Como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo —*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos»—, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación. Así resulta también del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al afirmar que «la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de esta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18».

Sin embargo, en línea con las resoluciones citadas —*cf.* resolución de 20 de julio de 2020—, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. En el presente expediente, como señala el registrador, concurren circunstancias que pueden considerarse reveladoras de la existencia de una parcelación. En primer lugar, la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie. En segundo lugar, se expresa que cada elemento tiene su entrada independiente definida por su calle y número respectivo. En tercer lugar, la distribución del uso del suelo común agota la totalidad de la parcela. En cuarto lugar, se incorpora certificado suscrito por técnico competente en el que consta un plano en el que se diferencian los dos espacios que corresponden a cada puerta, así como el elemento común de vallado entre las dos partes resultantes.

Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye una doctrina consolidada de esta Dirección General, sobre la necesidad de diferenciar el concepto de complejo inmobiliario del de la propiedad horizontal propiamente dicha a los efectos de considerar la existencia de una parcelación sometida a licencia, como ocurre en el presente expediente. Sin embargo, como recuerdan las resoluciones de este Centro Directivo de 3 de junio de 2019 (relativa también a la Comunidad Valenciana) y 28 de julio de 2020, deben tenerse en cuenta otras normas especiales existentes. En este sentido, son de destacar los artículos 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

En definitiva, reiterando el criterio seguido en la resolución de 3 de junio de 2019, como regla general: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (resolución de 13 de julio de 2015). b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva. c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda

adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

Resolución de 12-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Archena.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. OBRA NUEVA: NECESIDAD DE LA PREVIA GEORREFERENCIACIÓN DE LA PARCELA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca, no cabe la inscripción de la base gráfica. Al inscribir una obra nueva puede ser preciso la previa o simultánea inscripción de la base gráfica de la parcela si el registrador alberga dudas sobre la ubicación de la porción de suelo ocupada.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición de la colindante que se acompaña de informe técnico contradictorio. Resulta destacable que la oposición de la colindante se encuentra debidamente sustentada con plano elaborado por técnico, lo que pone de manifiesto el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas, en concreto sobre una determinada porción de terreno y sobre la senda en medio que, según la descripción literaria, separaba las fincas en cuestión y que no tiene reflejo en la representación gráfica cuya inscripción se pretende. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al deslinde de fincas, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 LH). La posibilidad de pedir certificación de documentos que obren en los archivos del Registro debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere,

desde el punto de vista procedimental, que se lleven a cabo actuaciones especiales con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación, como ocurre en el supuesto de este expediente, sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 12-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Adra.

PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA: CANCELACIÓN DE CARGAS EN CASO DE REINSCRIPCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CESIONARIO.

En los casos de reinscripción de la finca por resolución del contrato de permuta por obra futura, para cancelar cargas posteriores, será preciso el consentimiento de sus titulares o que estos hayan sido parte en el proceso judicial.

En relación con la función calificadora que los registradores ejercen respecto de los documentos judiciales, cabe destacar la sentencia número 625/2017, de 21 de noviembre, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Dicha resolución del Alto Tribunal, analiza la función del registrador en torno a los documentos judiciales y la posterior valoración de hechos que no pudieron tenerse en cuenta por el registrador y por la Dirección General. Dice la citada sentencia en su fundamento tercero: «(...) Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Entrando en el primer defecto de la nota de calificación, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo en relación con la forma de operar la reinscripción de un contrato de permuta de solar por obra futura, cuando existen cargas intermedias que no han consentido ni han sido parte en el procedimiento. La resolución de 28 de septiembre de 2021, dictada para un caso en el que se pactó condición resolutoria para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega de la obra futura, exigió el consentimiento expreso de los titulares de las cargas intermedias, o bien sentencia en la que se ordene la cancelación de sus derechos en procedimiento en el que se haya dirigido la demanda contra ellos, conforme al principio general contenido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, y que deriva de la salvaguardia judicial de los asientos (art. 1 LH). Por todo ello, el ejercicio de la facultad de purga de asientos posteriores procedente de la condición resolutoria exige, bien que se hubiera anotado con anterioridad la demanda de su ejecución en el Registro, bien la intervención de los titulares de los indicados asientos en el procedimiento de resolución correspondiente para evitar su indefensión.

Si esto es así habiéndose pactado condición resolutoria explícita o habiéndose configurado con carácter real la contraprestación (caso de atribución inmediata de los pisos proyectados en virtud de la propia escritura de permuta), con mucha más razón debe ser esta la solución cuando los terceros adquirentes de derechos inscritos sobre el solar los adquirieron sin estar la cesión del solar sometida a condición resolutoria explícita, y haberse configurado la contraprestación con alcance meramente obligacional.

El segundo defecto debe igualmente ser confirmado. También es doctrina reiterada de esta Dirección General que a través de la nota marginal de expedición de cargas en el procedimiento de ejecución directa, consta en el Registro que está pendiente un procedimiento judicial de ejecución del derecho de hipoteca, el cual naturalmente ha de terminar con la enajenación forzosa de la finca, por lo que no cabe que sea posible la cancelación —mientras subsista la nota marginal— sin que la extinción del derecho real de hipoteca tenga por decisión que solo al juez incumbe, la consiguiente repercusión en el procedimiento mismo entablado.

Resolución de 12-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En un caso de inmatriculación por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria no procede la inscripción si existen dudas fundadas respecto a que la superficie en cuestión conste previamente inmatriculada.

Como ha señalado este Centro Directivo, en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Y aunque es doctrina ya consolidada de este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, en este caso las dudas de la registradora proceden de ser la misma persona aquella a quien se compró la finca según el título previo y el anterior titular registral de una finca ya inmatriculada en el mismo lugar de la que se practicaron múltiples segregaciones, las últimas previos excesos de cabida de esta, y además de proceder dicha finca a su vez por segregación de otra también inmatriculada de la que se han practicado también múltiples segregaciones, quedando según Registro con una superficie de 581.665,52 metros cuadrados.

La registradora, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadoradora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Como se ha dicho, no es posible por los motivos expuestos proceder a la inmatriculación de la finca, pero a lo anterior se añade, como también señala la registradora, que no es posible practicar esta sin aportar la correspondiente autorización administrativa de la segregación realizada o la declaración municipal de su innecesariedad. En el caso particular de este expediente, a la vista de la doctrina expuesta, no cabe sino confirmar el defecto objeto de recurso en cuanto a la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad o al menos una declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística infringida y, por tanto, del carácter consolidado de la parcelación que justifique la no exigencia de licencia, más aun teniendo en cuenta además el carácter de suelo rústico de protección ambiental que se da en este supuesto, como se verá más adelante. El hecho de que se trate de un suelo rústico de protección ambiental nos conduce

también, como ya pone de manifiesto la registradora en su nota de calificación, a la necesidad, para poder practicar la inscripción de la obra nueva declarada por antigüedad sobre la finca que tiene ese carácter, de que se acredite la prescripción de la eventual infracción urbanística en que se haya podido incurrir.

Resolución de 12-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. INSTANCIA PRIVADA: ACREDITACIÓN DE LA IDENTIDAD DEL FIRMANTE.

La rectificación del Registro requiere el consentimiento del titular registral o sentencia dictada en procedimiento seguido contra él. El acceso de una instancia privada al Registro requiere que se acredite la identidad del firmante.

Respecto del primero de los defectos alegados, debe ser confirmado, pues así resulta del principio de tracto sucesivo, que rige en el sistema registral español, regulado en el artículo 20.1.º de la Ley Hipotecaria, por el cual: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En cualquier caso, debe reiterarse que la inscripción practicada se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales conforme a los artículos 1, párrafo tercero, y 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que cualquier rectificación de los asientos del Registro precisa el consentimiento del titular registral o resolución judicial en procedimiento seguido contra el mismo.

Respecto del segundo de los defectos alegados, también procede el rechazo del recurso y la ratificación de la nota de calificación, pues así lo estableció, como dice la registradora en su nota, la resolución de este Centro Directivo de la Dirección General de 20 de julio de 2006, según la cual dicha solicitud es materia de calificación por el registrador, por lo que la identidad del solicitante ha de acreditarse mediante documento público o instancia privada con firma notarialmente legitimada o ratificada ante el registrador.

Resolución de 13-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1.

LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA POR PARTE DE LOS HEREDEROS.

Se recuerda que conforme a los artículos 885 del Código Civil y 81 del Reglamento Hipotecario, el legatario necesita que los herederos realicen la entrega del legado para poder obtener su inscripción, debiendo intervenir los legitimarios en dicha entrega.

El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, el causante, sin perjuicio de los legados ordenados, instituyó herederos a sus cuatro hijos por partes iguales y no ha designado albaceas contadores-partidores facultados para

hacer la entrega. La coincidencia de ambas circunstancias (existencia de legítimos e institución de herederos) pone de relieve la inaplicabilidad al presente caso de lo dispuesto por el artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la liquidación tributaria y la alteración catastral a que se refiere la recurrente debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por consiguiente, no han de ser tenidos en cuenta ninguno de aquellos documentos que acompañen al escrito de impugnación, y no se presentaron al inicio del procedimiento registral que culminó con la calificación que ahora se recurre. A mayor abundamiento, cabe añadir que, aun cuando se hubieran presentado en tiempo y forma, tampoco conducirían a la estimación del recurso toda vez que con la liquidación y pago del Impuesto de Sucesiones no se entiende aceptada la herencia.

Resolución de 13-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Baena.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se recuerda que no procede la inscripción de una base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca, basadas en la oposición de un colindante.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

En el presente caso, si se accediera a la inscripción de la georreferenciación, se estaría alterando la realidad tabular del día en que se practicó la inscripción del derecho de la recurrente, pues la finca registral número 28.488 del término municipal de Baena con CRU 14002000302576, no se corresponde con la parcela catastral con referencia catastral 14007A013000090000EQ, porque lo niega quien dice ser propietaria de la misma, frente a la pretensión del promotor del expediente, que manifiesta que la misma se corresponde con la finca 28.488 de Baena, de la que es titular.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante. En

el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante, que coincide con las sentencias judiciales previas, que se oponen a la solicitud de la recurrente y en un estudio realizado por la registradora.

No procede, por tanto, como pretende la recurrente, que la registradora en su calificación o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver el conflicto entre colindantes, ya resuelto por sentencia, siendo la autoridad judicial la competente para resolverla, en sentido contrario al pretendido con la solicitud de inscripción.

Resolución de 13-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Almuñécar.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No puede practicarse anotación de embargo sobre una finca que aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella contra la que se ha dirigido el procedimiento, aunque sí lo estuviera a favor del demandado al tiempo de acordarse la traba.

En primer lugar, conviene recordar que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura del registrador toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, pues el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, impide extender las consecuencias de un procedimiento a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita si, o bien consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata.

No modifica lo anterior el hecho de que el embargo se haya trabado con anterioridad a la fecha en la que la finca cambió de titular, ni puede sostenerse, como dice el recurrente, que el documento fue en su día presentado con anterioridad a la transmisión de la propiedad de la finca embargada a los titulares registrales actuales. Dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 LH), la calificación e inscripción de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros

títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por otra parte, como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente, una vez caducado el asiento de presentación de un documento, incluso en el caso de que se hubiera calificado negativamente y dicha calificación hubiera devenido firme por no ser recurrida en plazo, ello no es obstáculo para que presentado de nuevo el título deba ser objeto de otra calificación, que puede ser idéntica o diferir de la anterior, y frente a la que cabe interponer recurso, pero en todo caso la prioridad lograda con aquella presentación inicial se habrá perdido y la que se logre con la nueva en modo alguno se sobrepondrá a la que hubiera logrado otro título presentado en el tiempo intermedio entre aquellas.

Resolución de 13-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 44.

OPCIÓN DE COMPRA: PACTO COMISORIO. CONDICIÓN SUSPENSIVA: DISTINCIÓN ENTRE LAS PURAMENTE POTESTATIVAS Y LAS SIMPLEMENTE POTESTATIVAS O MIXTAS.

No puede rechazarse la inscripción de una opción de compra si no resulta de forma clara que se ha constituido en función de garantía y que ponga en situación de riesgo de abuso al deudor. Debe distinguirse entre condiciones puramente potestativas (dependen de la exclusiva voluntad del deudor) y las mixtas (dependen también de hechos externos).

En relación con la opción de compra cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (*vid.* las resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en la 27 de octubre de 2020, en un caso similar a este, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* arts. 6, 1859 y 1884 CC).

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la citada resolución de 28 de enero de 2020 para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisario establecida por los arts. 1859 y 1884 CC). En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

Por tales razones el defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser revocado, ya que —como ya se dijo en la resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora— no se deduce de forma patente de lo pactado que este-

mos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella. Al no existir préstamo ni crédito, ni venta con precio aplazado, en sentido técnico, no se puede concluir tampoco que exista interés ni mucho menos que sea usurario, cuya calificación por otra parte es siempre judicial.

En cuanto a la «condición suspensiva» a la que se somete la opción de compra, dejando libremente a los concedentes de la opción la posibilidad de dejar sin efecto en un determinado plazo la operación si encuentran nuevos compradores, que mejoren el precio pactado, configurando en tal caso la cantidad entregada como arras o señal que se perdería, podría discutirse —como hace el registrador en su nota de calificación— que no es propia condición suspensiva al depender en exclusiva de la voluntad de una de las partes. No obstante, como señala el recurrente, la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1115 del Código Civil, establece que no puede considerarse como puramente potestativa una condición pactada cuando la misma está estrechamente ligada y en dependencia de motivos razonables. Por lo tanto, no estaríamos en el ámbito de las denominadas condiciones «puramente potestativas» que solo dependen de la voluntad del contratante, sino en el caso de una condición suspensiva mixta o simplemente potestativa pues también depende de la producción de un hecho incierto o avatar externo a la voluntad como es encontrar dentro del plazo fijado un comprador que pague mejor precio por la finca, por lo que debe entenderse como válida e inscribible en el Registro de la propiedad.

Resolución de 13-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

No puede inscribirse una sentencia dictada en un procedimiento en el que no han sido partes los titulares registrales afectados.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

En este supuesto, no constando en el Registro anotación preventiva de demanda que esté vigente, ni habiendo sido llamados al procedimiento los titulares registrales actuales, ni estimando expresamente el juez en su resolución que los mismos hayan tenido conocimiento del procedimiento y posibilidad de defender en él sus derechos; no cabe sino confirmar la calificación registral, por exigencias del principio de tracto sucesivo (art. 20 LH), en aplicación en sede registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

Resolución de 14-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

HERENCIA: PROTOCOLIZACIÓN DE CUADERNO PARTICIONAL.

Para la inscripción de un acta de protocolización de partición de herencia es preciso que al tiempo de la calificación se aporten todos los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos de tracto y de especialidad necesarios.

Según el primero de los defectos señalados, para la inscripción del acta de protocolización de las operaciones particionales de las fincas inscritas con carácter ganancial, es necesario que, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo, las fincas aparezcan inscritas a favor del causante con carácter privativo. En el supuesto de este expediente, las fincas constan inscritas a favor del causante con carácter ganancial, por lo que se hace necesaria previamente la inscripción con carácter privativo en el Registro. En consecuencia, este defecto debe ser confirmado.

El segundo defecto consiste en que no consta la aprobación por la notaría autorizante o letrado de la Administración de Justicia de las operaciones efectuadas por el contador-partidor dativo al no constar el consentimiento expreso de todos los herederos. Para la resolución de este recurso, no se han de tener en cuenta más que los documentos y diligencias presentados en su día en el Registro para su calificación. Por tanto, no habiendo recaído en ese momento aún la aprobación de la partición, no puede más que confirmarse el defecto señalado, sin perjuicio de que, con la presentación pertinente de esa diligencia en el Registro, pueda ser subsanado el defecto.

Al igual que ha ocurrido con otros documentos antes referidos, aporta el recurrente, junto con el escrito de interposición del recurso, los testimonios de la sentencia citada y del Auto de reconocimiento de la sentencia extranjera que no lo fueron en el momento de la presentación de la escritura en el Registro para su calificación, por lo que la misma doctrina expuesta antes debe ser aplicada, y, por tanto, el defecto debe ser confirmado.

En cuanto a la necesidad de acreditar la firmeza de la citada sentencia y del auto de reconocimiento de la misma, junto a la necesidad de que se aporte el original del testimonio de la sentencia y del auto de reconocimiento de la misma, y no una fotocopia, como se ha indicado, es principio básico de nuestro Derecho hipotecario (cfr. art. 3 LH y así ha sido confirmado de forma reiterada por esta Dirección General) que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro, por lo que tratándose de documentos judiciales, sean resoluciones o diligencias de cualquier índole, el documento a presentar debe ser la ejecutoria, mandamiento o testimonio correspondiente expedido por quien se halle facultado para ello con las formas y solemnidades previstas en las leyes, extremos que no se dan en este caso, ya que la documentación aportada a calificación consiste en meras fotocopias, es decir reproducciones xerográficas de un documento.

El último de los defectos señala que, referido al documento previo —auto de reconocimiento de sentencia extranjera y la sentencia extranjera que simplemente manifiesta que don A. B. M. queda como único propietario de los bienes en España—, consiste en que no constan debidamente descritas o identificadas las fincas que se adjudican como consecuencia de esa liquidación de gananciales. Ciertamente, en estos documentos no hay descripción alguna de

las fincas objeto del expediente, de manera que se precisa de un documento complementario que subsane la falta de descripción. Uno de los principios de nuestro Derecho registral es el de especialidad o determinación, que exige como requisito para que los títulos puedan acceder al Registro y ser por tanto objeto de inscripción, la fijación y extensión del dominio, quedando de tal modo delimitados todos sus contornos que cualquiera que adquiera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito.

Resolución de 14-7-2022
BOE 2-8-2022
Registro de la Propiedad de Santoña.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

No procede la práctica de un asiento de presentación en virtud de una instancia privada que solo pretende cuestionar la validez de una asiento ya practicado.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Naturalmente, el objeto de recurso en estos casos es exclusivamente determinar si procede o no la práctica del asiento de presentación.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos claramente ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación.

Por otro lado, practicados los asientos los mismos se hallan bajo la salvaguarda judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dichos asientos ni la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Resolución de 14-7-2022
BOE 2-8-2022
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 11.

DERECHO FORAL ARAGONÉS: SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO.

La interpretación correcta de una cláusula testamentaria debe tener en cuenta el sentido técnico de las palabras recogidas en el testamento y el hecho de que

la sustitución legal preventiva de residuo no estaba vigente en Aragón a la fecha de otorgamiento.

Los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias son: que la voluntad del testador es la ley de la sucesión (cfr. arts. 667 y 675 CC); que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevinida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria.

Alega también el recurrente la doctrina foral aragonesa, y, en ese sentido, esta misma doctrina hace constar que se ha de tener en cuenta que la sustitución legal preventiva de residuo en el llamamiento entre cónyuges a la sucesión legal no existía en Aragón hasta el 23 de abril de 1999. Por tanto, siendo el testamento mancomunado de este expediente de 1990, el llamamiento a los sobrinos de los testadores mancomunados fue un llamamiento efectivo de residuo y no una sustitución preventiva de residuo, que no existía entonces. Así resulta de la mejor doctrina aragonesa y fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en varias sentencias (cfr., por todas, la de 13 de junio de 2007). En definitiva, la interpretación literal y lógica es que el llamamiento ha sido de sustitución fideicomisaria de residuo con facultades de disposición «*inter vivos*» tan solo.

Resolución de 14-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se recuerda que no procede la inscripción de una base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca, basadas en la oposición de un colindante.

El hecho de que ningún colindante haya mostrado oposición no puede determinar por sí solo que el registrador haya de acceder a la pretensión de rectificar la descripción registral, si de los documentos y actuaciones realizadas en el expediente ha concluido la existencia de operaciones de modificación de entidades hipotecarias no formalizadas debidamente, o que, con la inscripción de la representación gráfica solicitada, lo que en realidad se pretende es aplicar el folio registral a una superficie colindante adicional, faltando por tanto la necesaria correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica aportada.

El registro de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. En el presente caso, el registrador alega que la enorme diferencia entre la superficie registral y la parcela catastral determina la posibilidad de que

se pretenda hacer constar en el Registro una nueva realidad tabular, distinta de la que amparó la inscripción en su día. El registrador no se limita a determinar que esa enorme desproporción impide la inscripción de la georreferenciación, sino que aduce una serie de circunstancias que pueden determinar esa alteración de la realidad tabular.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante. En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la inmatriculación mediante expediente judicial, con todas las garantías legales y con algún medio de prueba que, en su día, fue valorado por el juez, la enorme desproporción entre la superficie registral y la catastral, acentuada por las sucesivas alteraciones catastrales de la superficie y la invariabilidad de la descripción de la finca durante largo tiempo, sin que se haya justificado la aparición de esos nuevos linderos fijos.

Resolución de 14-7-2022

BOE 2-8-2022

Registro de la Propiedad de Narón.

MINAS: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA NECESARIA PARA TRANSMITIR DERECHOS DERIVADOS DE CONCESIÓN MINERA.

De la normativa vigente en torno a la transmisión de derechos derivados de concesiones mineras, no cabe duda de la necesidad de autorización administrativa para su eficacia, siendo requisito para la inscripción.

Se debate en el presente recurso si se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión de unos derechos mineros derivados de una concesión administrativa. La registradora suspende, en base al único defecto mantenido, por falta de acreditación de la pertinente autorización administrativa previa.

De la normativa vigente en torno a la transmisión de derechos derivados de concesiones mineras, no cabe duda de la necesidad de autorización administrativa para su eficacia, como además se recuerda en la propia escritura de transmisión de derechos mineros objeto de calificación. Y al Registro solo cabe que accedan títulos plenamente válidos (art. 18 LH). El hecho de que se haya producido la transmisión en sede concursal no exime del cumplimiento de los requisitos civiles y registrales aplicables que no estén exceptuados o modificados por aplicación de la legislación concursal. Así esta no exime de la obtención de la autorización de la Administración minera cuando sea preceptiva.

Resolución de 14-7-2022
BOE 2-8-2022
Registro de la Propiedad de Narón.

MINAS: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA NECESARIA PARA TRANSMITIR DERECHOS DERIVADOS DE CONCESIÓN MINERA.

De la normativa vigente en torno a la transmisión de derechos derivados de concesiones mineras, no cabe duda de la necesidad de autorización administrativa para su eficacia, siendo requisito para la inscripción.

Se debate en el presente recurso si se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión de unos derechos mineros derivados de una concesión administrativa. La registradora suspende, en base al único defecto mantenido, por falta de acreditación de la pertinente autorización administrativa previa.

De la normativa vigente en torno a la transmisión de derechos derivados de concesiones mineras, no cabe duda de la necesidad de autorización administrativa para su eficacia, como además se recuerda en la propia escritura de transmisión de derechos mineros objeto de calificación. Y al Registro solo cabe que accedan títulos plenamente válidos (art. 18 LH). El hecho de que se haya producido la transmisión en sede concursal, no exime del cumplimiento de los requisitos civiles y registrales aplicables que no estén exceptuados o modificados por aplicación de la legislación concursal. Así esta no exime de la obtención de la autorización de la Administración minera cuando sea preceptiva.

Resolución de 12-7-2022
BOE 4-8-2022
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Se recuerdan los requisitos generales exigibles para la expedición de publicidad formal y se confirma la necesidad de un interés directo y legítimo, interés que determinará además la extensión de dicha publicidad.

En primer lugar conviene recordar que el objeto de este recurso es exclusivamente la calificación negativa del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta otros documentos que los que fueron presentados en tiempo y forma.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económico (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. En relación con el interés legítimo, ha manifestado este Centro Directivo (cfr. resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que

la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo.

En el presente expediente, lo que se cuestiona no es tanto si el recurrente tiene interés directo, legítimo y conocido, como que este no se ha acreditado convenientemente mediante la presentación de documentación auténtica a satisfacción de la registradora.

Por último, con respecto al contenido de la certificación, ante una solicitud de información, el registrador debe valorar el alcance y extensión de la publicidad que expide. En este caso es relevante a los efectos del proceso, certificar el asiento de compra de la vivienda con carácter privativo por uno solo de los cónyuges, el de la hipoteca que garantiza el préstamo solicitado durante la vigencia de la sociedad de gananciales y asientos posteriores otorgados por la titular registral que fueran relevantes para el proceso (como pudiera ser una venta en fraude de los derechos de la sociedad de gananciales), aunque estuvieran cancelados.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUOTAS CON ASIGNACIÓN DE USO DE PLAZA DE GARAJE.

La modificación de la descripción de la plaza de garaje cuyo uso exclusivo corresponde al titular de una cuota indivisa del local destinado a aparcamiento, requiere el consentimiento de todos los condueños de dicho local.

La cuestión nuclear por resolver es si los titulares de parte de las cuotas indivisas en que se encuentra dividido el local de un edificio destinado a garaje, y que atribuyen a los mismos el derecho a utilizar con carácter exclusivo y excluyente, en este caso, tres plazas de garaje colindantes entre sí, están facultados para, por sí solos, alterar esas concretas cuotas que, con asignación del uso de la respectiva plaza de garaje, les fueron atribuidas con ocasión de la constitución del régimen de comunidad, así como para modificar la superficie y linderos de tales plazas de garaje.

Resulta indudable que cualquier modificación de la cuota o descripción atribuida a las plazas o trasteros en ningún caso requiere el consentimiento de todos los propietarios del edificio. Se contrae al ámbito jurídico definido por la propiedad separada sobre el local de garaje y trasteros sin repercusión alguna respecto de los restantes departamentos privativos o respecto de los elementos comunes del edificio, ni sobre la organización y funcionamiento de la propiedad horizontal.

Se trata de una comunidad funcional regulada por los artículos 68 del Reglamento Hipotecario y 53, regla b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, figura que no debe confundirse con la de la subcomunidad o subdivisión horizontal a la que se refiere la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal y a la que es de aplicación el artículo 8.5.º de la Ley Hipotecaria, distinción que ha tenido ocasión de efectuar esta Dirección General en reiteradas ocasiones (cfr. resoluciones de 19 de julio de 2019 o 18 de octubre de 2021). La fijación de determinadas cuotas indivisas, como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte de una propiedad horizontal, no da lugar a que dichas cuotas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro

de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios, y en especial el de tracto sucesivo.

Así, la determinación de la cuota correspondiente a cada plaza de garaje en que idealmente se divide el local del que forma parte así como su descripción perimetral, lo que necesariamente implica la configuración de su superficie y linderos, reviste la naturaleza jurídica de un acto de riguroso dominio (cfr. resolución de 5 de diciembre de 2011). Es cierto, tal y como sostiene el notario recurrente, que ni la cuota ni la superficie que en total corresponden a las tres plazas de garaje resultan alteradas, pero ello no permite prescindir de la conformación del local realizada en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en cuanto define y delimita las plazas a efectos de susceptibilidad de uso y aprovechamiento. Consecuentemente, tanto la fijación inicial de la cuota y descripción correspondiente a cada plaza de garaje como cualquier ulterior modificación de las mismas requerirá, en todo caso, bien el consentimiento y acuerdo de los comuneros, bien declaración expresa en la resolución judicial en la que hayan sido parte, sin que pueda admitirse la fijación unilateral por uno de los copropietarios.

Por último, deben tenerse igualmente en cuenta las normas estatutarias reguladoras de la comunidad configurada. Así, hay que recordar, como hace el Tribunal Supremo en sentencia número 320/2020, de 18 de junio, «que el adquirente de tales plazas es copropietario, en el régimen especial de comunidad descrito, (...) cuyas facultades vienen delimitadas, además de por la legislación aplicable, por el título de su adquisición y por el título constitutivo, incluidas las normas estatutarias en él integradas, del régimen de la propiedad horizontal». No puede olvidarse que las disposiciones estatutarias deben entenderse a la luz de las normas sobre interpretación recogidas en el Código Civil por lo que hay que estar a los criterios hermenéuticos que las mismas establecen, que comprenden no solo el literal sino también los destinados a determinar la verdadera voluntad del disponente y el sentido general de las cláusulas.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

En el caso concreto se aprecia la existencia de un pacto que claramente establece un plazo de duración de la hipoteca, de suerte que procede su cancelación por caducidad convencional.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2.º, 529, 546.4.º y 1843.3.º CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa.

Si se tratara de la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del

derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas las cláusulas del contrato, resulta inequívocamente que se ha fijado un plazo de duración de la hipoteca misma (siete años desde la fecha de otorgamiento de la escritura), por lo que el recurso debe ser estimado.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de A Pobra de Trives.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

De acuerdo con las reglas generales sobre rectificación de asientos, se delimitan los casos en los que es posible admitir una rectificación del título inscrito.

Este Centro Directivo ha manifestado (cfr., entre otras, las resoluciones de 6 de julio de 2006, 12 de agosto de 2011, 28 y 29 de noviembre de 2013, 5 de septiembre de 2016, 27 de febrero de 2018 y 30 de junio y 16 de julio de 2021) que, como principio general, se pueden alterar los términos de una escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente casualizado el acto correspondiente (arts. 1261 y 1275 CC y 2 LH) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación.

En definitiva, como ha reiterado este Centro Directivo en resoluciones anteriores, nada impediría que se dejara sin efecto, o se rectificara, un título inscrito (y lo mismo debe entenderse respecto del título inscribible), con el consentimiento de todos los titulares y con base en el error de consentimiento de los contratantes, sin perjuicio de las consecuencias fiscales que ello conlleva. Pero lo que no cabe, en cuanto alteraría las reglas generales de formalización de los contratos e inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos reales en ellos formalizados, es pretender realizar una rectificación sustantiva del título por una mera subsanación como si de una simple rectificación material se tratara.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de La Unión, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LA CORRECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 671 DE LA LEC.

De acuerdo con la STS de 15 de diciembre de 2021 el registrador no puede entrar a calificar de correcta la decisión del letrado de Administración de Justicia sobre el tipo de adjudicación de la finca ejecutada.

Se debate en el presente recurso si es posible inscribir un testimonio de auto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados,

cuando la finca se ha adjudicado conforme al artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el 50 % del valor de tasación, sin que conste en el decreto de adjudicación manifestación expresa del letrado de la Administración de Justicia respecto si la ejecución recae sobre vivienda habitual o no del deudor.

En relación con esta cuestión se ha pronunciado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021: Respecto de los documentos judiciales, la función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro. Excede de la función calificadora del registrador revisar la valoración realizada por el juzgado al aplicar esta regla del artículo 671 LEC. Se trata de una cuestión de fondo, que perjudica a una de las partes en el procedimiento, el ejecutado, que en su caso puede recurrir el decreto de adjudicación para que sea revisado por el juez.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados

los actos referidos». Conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

Queda constatada la existencia de una controversia, no latente, sino expresa y manifiesta, entre titulares de fincas registrales acerca de sus respectivas georreferenciaciones, por lo que las dudas de la registradora resultan suficientemente fundadas, y por ello, su calificación ha de ser confirmada y el recurso contra ella desestimado.

Resolución de 18-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7.

OPCIÓN DE COMPRA: REQUISITOS.

Se analizan diferentes extremos en relación con la inscripción de un derecho de opción: posibilidad de apreciar la existencia de pacto comisorio, consignación del precio en caso de ejercicio, ejercicio unilateral, forma de notificación...

El Código Civil rechaza energéticamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* arts. 6, 1859 y 1884 CC). Este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la citada resolución de 28 de enero de 2020 para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes.

Por ello —se añade— podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes.

El primer defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser necesariamente revocado, porque —como ya se dijo en la resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora— no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos ante un contrato de financiación inmobiliaria ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella.

El segundo defecto se refiere a la unilateralidad del ejercicio de la opción de compra por parte del optante. Tal posibilidad ha sido reiteradamente admitida por esta Dirección General, y está expresamente admitida además en el artículo 568-12 del Código Civil de Cataluña cumpliendo los requisitos en él establecidos. Puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la

totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

No obstante, debe confirmarse la nota de calificación es la denegación de la de la expresión relativa al pago del precio mediante un «cálculo aproximado basado en la información de que pueda disponer el comprador en cada momento» según se prevé en la cláusula tercera del contrato para el caso de que dicho comprador manifieste una imposibilidad de aportar certificados de saldo pendiente de las deudas en que se haya subrogado o cuyo pago haya asumido. Esta cláusula contraviene el principio de determinación registral propio de nuestro sistema registral y puede suponer una contravención de la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato (art. 1256 CC). Ahora bien, la denegación de este inciso, como se argumentará posteriormente, no debe impedir la inscripción del resto del contenido del título.

El tercer defecto se refiere a la no admisibilidad del uso del medio burofax, como forma de comunicación del otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de la opción. Aunque el burofax haya sido admitido jurisprudencialmente para determinadas notificaciones, no puede entenderse suficiente para que —como consecuencia de ella— se proceda a practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del optante por vía unilateral, debiendo preverse una notificación por conducto notarial para que opere el ejercicio extrajudicial unilateral de la opción.

En cuanto al cuarto defecto tal y como establece la doctrina continuada de este Centro Directivo (en resoluciones de 18 de abril de 1994, 14 de julio de 2016 y 27 de octubre de 2020) «(...) el registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, pero lo que no puede hacer es alterar su contenido y transformar (...) inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública». Las cláusulas denegadas por carecer de transcendencia real, deberán ser denegadas conforme a las reglas generales (arts. 2 LH y 9 RH), y el resto del contenido del título deberá por tanto ser objeto de inscripción parcial si el interesado lo solicita (art. 565 RH), cosa que el registrador nunca ha discutido. Tan solo se opuso a inscribir la operación en su globalidad, por entender que concurría el primer defecto señalado en la nota de calificación. Pero una vez revocado este nada impide la inscripción parcial del título sin las cláusulas obligacionales una vez se subsane la forma de notificación —que sí es una es una cláusula esencial del contrato— conforme a lo dicho al analizar el tercero de los defectos de la nota de calificación.

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

CURATELA REPRESENTATIVA: CONFLICTO DE INTERESES.

En los casos en que exista un conflicto de intereses entre el curador y la persona con discapacidad, lo que procede es el nombramiento de un defensor judicial, pero no la autorización judicial, a menos que se trate de alguno de los casos del artículo 287 del Código Civil.

El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que en su preámbulo explicita claramente que la reforma de la legislación civil y procesal que introduce obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo Instrumento de Ratificación rige en nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008. Debe recordarse, también, que en la anterior regulación el tutor era el representante del menor o del incapacitado, mientras que la función del curador era la de complementar o asistir la capacidad de aquellos cuando el juez así lo establecía en la sentencia de incapacitación. Sin embargo, con la nueva ley se amplía el ámbito de las funciones del curador, al permitírsele que pueda realizar funciones representativas que, hasta el momento, tanto en el caso de los menores como de las personas con capacidad modificada judicialmente, habían venido estando reservadas en exclusiva al tutor (salvo que estuvieran desempeñadas por los progenitores).

En el Derecho vigente, el artículo 269 del Código Civil exige que la constitución judicial de la curatela se realice mediante resolución motivada, al tiempo que establece su carácter subsidiario, puesto que solo podrá constituirse cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. En adelante, pues, se permite la curatela representativa, si bien como excepción a la regla general de curatela asistencial (párrafo tercero del citado art. 269).

En relación con el conflicto de interés, debe confirmarse la nota de calificación, pues debe guardarse especial cuidado con relación a los representantes legales de los discapacitados (como es el caso de la curatela representativa que nos ocupa), y debe aplicarse plenamente lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil. No se proscribire por tanto en la Ley la autocontratación, sino la mera existencia de conflicto de interés, aunque no haya autocontrato. En el caso concreto de este expediente la situación de autocontrato puede entenderse salvada por la intervención de otro apoderado mancomunado en la confirmación de la voluntad de la sociedad vendedora y por la ratificación expresa por parte del Consejo de administración de la sociedad vendedora. Por el contrario, lo que no salva es la apreciación de la existencia de conflicto de intereses, que es una situación subjetiva, que existe siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el que una determinada persona —el curador— no solo es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora sino al mismo tiempo representante legal (curatela representativa) del comprador con discapacidad, de manera que económicamente lo que le favorece como vendedor (como es la fijación de un precio cuanto más alto mejor) le perjudica al comprador discapacitado por él representado.

En cuanto la necesidad de autorización judicial debe revocarse la nota de calificación. Tal autorización judicial no es exigible, y en esto debe revocarse la calificación. Al tutor designado con anterioridad a la reforma se le aplican las normas de la curatela representativa (disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021) y, por tanto, los casos en los que se ha de solicitar autorización judicial son los recogidos en el artículo 287, sin que ninguno de ellos requiera de autorización judicial para adquirir inmuebles.

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Toro-Fuentesaúco.

LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA POR PARTE DE LOS HEREDEROS.

Se recuerda que conforme a los artículos 885 del Código Civil y 81 del Reglamento Hipotecario, el legatario necesita que los herederos realicen la entrega del legado para poder obtener su inscripción, debiendo intervenir los legitimarios en dicha entrega.

El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, el causante, sin perjuicio de los legados ordenados, instituyó herederos a sus cuatro hijos por partes iguales y no ha designado albaceas contadores-partidores facultados para hacer la entrega. La coincidencia de ambas circunstancias (existencia de legitimarios e institución de herederos) pone de relieve la inaplicabilidad al presente caso de lo dispuesto por el artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

En base a lo expuesto, el recurso no puede prosperar. Para recapitular, cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor —se entiende posesión al tiempo de la apertura de la sucesión— tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el art. 81 RH), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo.

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Parla, número 1.

DOCUMENTOS JUDICIALES: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Si se presenta un testimonio de una sentencia firme que declara la nulidad de la compraventa inscrita, sin que existan otros asientos sobre la finca, no cabe exigir que la sentencia especifique el asiento que ha de cancelarse.

Este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (vid. resoluciones en los «Vistos») que todo documento que acceda al Registro y que pretenda alterar su contenido debe reunir los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (art. 21 LH). Esta afirmación es predicable igualmente de los documentos judiciales cualquiera que sea su naturaleza y el procedimiento del que provengan. Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación.

En el expediente que provoca la presente se da la circunstancia de que la sentencia que es firme declara la nulidad de un contrato de compraventa en el que los demandados son los titulares registrales y que el único asiento a cancelar según el historial registral es el asiento relativo a la compraventa cuya nulidad se ha declarado. El defecto no puede ser confirmado. Como ha señalado este Centro Directivo (vid. resolución de 21 de noviembre de 2012), no debe caerse en un rigor formalista injustificado si por estar debidamente identificada en la

sentencia la finca a que se refiere el pronunciamiento, el documento que recoge el negocio objeto de declaración de nulidad, así como las partes intervinientes, de modo coincidente con el contenido del Registro, no cabe albergar duda sobre su alcance cancelatorio.

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Almería, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA: NO ES PRORROGABLE LA ANOTACIÓN QUE ESTÁ YA CANCELADA.

No se puede anotar la prórroga de una anotación ya cancelada previamente.

Como cuestión previa de carácter formal, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo en virtud de la cual no es el recurso el cauce adecuado para obtener la reviviscencia de una anotación ya cancelada. Dicho recurso tiene por objeto exclusivo las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la práctica de los asientos solicitados, determinando si han sido o no ajustadas a Derecho (arts. 66 y 326 LH y 112 y sigs. RH).

No es posible la prórroga de una anotación preventiva que ha sido previamente cancelada. El artículo 86 de la Ley Hipotecaria permite la prórroga de las anotaciones preventivas «siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento». En el presente caso, al presentarse el mandamiento de prórroga (el día 7 de marzo de 2022), la anotación de sentencia ya no estaba vigente, no porque hubiese caducado, sino porque se había cancelado dicho asiento con anterioridad (el día 18 de junio de 2018) como consecuencia de la ejecución de una hipoteca anterior y en virtud del mandamiento de cancelación de cargas (arts. 134 LH y 674 LEC).

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Granada, número 6.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

En el presente caso, de la documentación obrante en el expediente no se deduce que la georreferenciación alternativa invada otra georreferenciación inscrita, en cuyo caso procede la denegación por aplicación del principio de oponibilidad registral del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y legitimación registral del artículo 1.3.º de la misma. Pretender que el acceso al Registro de la Propiedad de una determinada georreferenciación alternativa dependa del resultado positivo o negativo de un informe de validación técnica supone partir de una premisa errónea, que no deriva del texto de la ley. Un informe de validación técnica de resultado negativo no paraliza el tráfico jurídico, sino que se limita a informar del resultado de la superposición de la representación gráfica georreferenciada de una finca, y comprobar las parcelas afectadas total o parcialmente en la cartografía catastral, para poder tramitar el correspondiente expediente del título VI de la Ley Hipotecaria, para lograr la rectificación o actualización correspondiente. Como dice el apartado segundo, párrafo tercero, del punto primero, de la Resolución Conjunta de las Direcciones Generales de Seguridad Jurídica y Fe Pública y del Catastro de 23 de septiembre de 2020: «La falta de aportación del informe o la aportación de este cuando sea negativo impedirán la coordinación de las representaciones gráficas georreferenciadas alternativas». Pero, la coordinación gráfica es una cuestión distinta del acceso registral de una georreferenciación alternativa.

Resolución de 19-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Moralarzal.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

Se recuerdan las diferentes posibilidades de anotar un embargo cuando el titular registral ha fallecido.

Como se ha señalado en resoluciones anteriores (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos») el principio constitucional de protección jurisdiccional de los

derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido, el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral.

En cuanto a la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la herencia yacente, es cierto que este Centro Directivo había exigido, para poder considerar cumplimentado el tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH y 166.1 RH, por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral.

Para dilucidar la cuestión planteada, conviene recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 LH) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1, párrafo primero, RH), sin que se precise en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes del iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1, párrafo segundo, RH). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente. El fallecimiento del titular registral resulta del historial registral de la finca, como afirma el registrador en su nota de calificación.

Resolución de 20-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Albacete, número 4.

HERENCIA: FORMA DE ACREDITAR LA INEXISTENCIA DE DESCENDIENTES DEL LEGITIMARIO DESHEREDADO.

Basta la declaración de los otorgantes de la escritura de partición para determinar la inexistencia de descendencia del legitimario desheredado.

El artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, según doctrina de este Centro Directivo (cfr.,

por todas, las resoluciones de 3 de octubre de 2019, 11 de enero de 2020, 28 de enero de 2021 y 21 de marzo de 2022), es necesario que se acredite —mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho— quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en las operaciones de adjudicación de la herencia. Y, si el desheredado carece de descendientes, es necesario que se manifieste así expresamente por los otorgantes. Respecto de la inexistencia de descendientes del desheredado, esta Dirección ha declarado que hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza.

Resolución de 20-7-2022
BOE 4-8-2022
Registro de Petra.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce para discutir la corrección de una cancelación ya practicada.

Es continua la doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no a practicar una cancelación de una inscripción de inmatriculación, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 LH).

A la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos correspondientes a juicio del registrador, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar como se pretende la legalidad en la práctica de dichos asientos ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Resolución de 20-7-2022
BOE 4-8-2022
Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

COMUNIDAD DE BIENES: LA DISOLUCIÓN DEL CONDOMINIO NO TIENE EFECTOS CANCELATORIOS DE CARGAS POSTERIORES.

La disolución de un condominio no provoca la cancelación de las cargas que gravan la finca, menos en un caso en el que sus titulares no han sido parte del proceso judicial de disolución.

Dentro de los aspectos que, conforme al citado artículo 100 del Reglamento Hipotecario, puede y debe el registrador calificar cuando se presenta a inscripción un documento judicial, se halla el relativo al tracto sucesivo (art. 20 LH),

así como a la protección del titular inscrito, frente a documentos derivados de procedimientos en los que no haya sido parte y de los que no tenga conocimiento (arts. 32, 34 y 38 LH).

Respecto a la cuestión planteada en el presente recurso, de si cabe cancelar las inscripciones y anotaciones practicadas, por haberse decretado judicialmente la adjudicación de la finca, en un procedimiento de extinción de condominio, cuando los titulares de los asientos posteriores no han sido parte en dicho procedimiento judicial y ni tan siquiera han sido notificados de la iniciación del mismo ha de entenderse que, por regla general, cabría esa posibilidad si se hubiese anotado la demanda por la que se reclamaba la extinción del condominio con anterioridad a la práctica de los asientos posteriores cuya cancelación se pretende, de conformidad con lo que determina el artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, de manera que los terceros adquirentes pudiesen conocer el carácter claudicante de alguna de las titularidades que el Registro publica, pero en el presente caso, no es así, puesto que del historial de la finca resulta que nunca se practicó dicha anotación.

En relación con la hipoteca constituida, nos encontramos ante una hipoteca unitaria (cfr. art. 217 RH) que afecta a la totalidad del dominio, por lo que la posterior extinción del condominio, en nada pueden perjudicar a la hipoteca constituida por todos los condóminos. Ningún efecto de purga de las cargas existentes sobre la finca puede implicar el proceso de disolución de condominio, cualquiera que sea el procedimiento por el que se lleve a efecto: división de la finca en partes que se adjudiquen a cada comunero, enajenación (tanto en venta directa, como en subasta pública) a uno de los condueños que compensa económicamente a los demás, o venta a un tercero con reparto del precio entre los cotitulares sin perjuicio de que en este caso, por acuerdo de las partes, se minore el valor de la cuota gravada en el importe de la carga.

Uno de los trámites esenciales de dicho procedimiento es el de la expedición por el registrador de la propiedad correspondiente de la certificación de dominio y cargas de la finca. Se plantea entonces si es procedente en este caso la práctica de la nota marginal que prevé el artículo 656.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con sus consiguientes efectos, lo que podría posibilitar la cancelación de las cargas posteriores a la expedición de dicha certificación. A este respecto, este Centro Directivo, en su resolución de 2 de marzo de 2010 ya dejó claro que no. Lo indicado anteriormente no varía como consecuencia de la regulación introducida por la Ley 15/2015. Resulta claro que la nota marginal a que se refieren estos preceptos no es en absoluto equiparable a la que prevé el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, en el supuesto de este expediente, se lleva a cabo la extinción de comunidad habiendo una hipoteca sobre la totalidad de la finca; y dos anotaciones de embargo que recaen sobre la parte indivisa del comunero no adjudicatario del inmueble. En el primer caso la hipoteca recae sobre la totalidad del inmueble y no se puede cancelar. Y en cuanto a las anotaciones de embargo podrían cancelarse al recaer sobre una cuota perteneciente a persona distinta del adjudicatario, pero los principios constitucionales de tutela efectiva y el registral de tracto sucesivo (art. 20 LH) obligan a suspender la cancelación al no constar que los anotantes de embargo fuera demandados o al menos notificados del procedimiento (a los efectos de poder oponerse a la disolución de comunidad si perjudica sus derechos), ni tampoco consta la anotación preventiva de la demanda con anterioridad a la adjudicación.

Resolución de 20-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: NO PUEDE LA ADMINISTRACIÓN ACORDAR UNILATERALMENTE LA SEGREGACIÓN DE UNA PARTE DE LA FINCA EMBARGADA.

Escapa del objeto del procedimiento de apremio la posibilidad de que la Administración acuerde adjudicar solo una parte de la finca embargada y decida su segregación.

Las citadas presunciones de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos, lo único que significan a efectos registrales es la especial regulación de la calificación registral de los documentos y actos administrativos con los límites del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, según indica la resolución de 27 de marzo de 1999. Todo acto administrativo adoptado bien de oficio o a instancia del interesado, debe ajustarse a los requisitos y al procedimiento legalmente establecido, y su contenido a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. Lo que el presente recurso se centra en determinar si en el procedimiento de apremio la Administración ejecutante goza de la facultad de segregar la finca objeto del mismo, como una prerrogativa más incluida en la autotutela administrativa.

El embargo y su anotación preventiva, así como las actuaciones posteriores de enajenación deben proyectarse sobre la finca embargada que deberá coincidir con la finca registral en el caso de figurar inscrita en el Registro de la Propiedad, pues no cabe practicar embargo sobre parte una finca inscrita —cfr. resolución de 3 de mayo de 2016—. En el presente expediente, la finca finalmente adjudicada en el procedimiento de apremio es una parte de la finca registral embargada lo que determina una incongruencia en el procedimiento seguido por no referirse al objeto de derecho embargado e inscrito en el Registro de la Propiedad y carecer la Administración ejecutante de facultad de segregar la misma en esta vía procedimental, correspondiendo esa legitimación a su propietario, sin que sea suficiente el trámite de audiencia por tratarse de un acto de riguroso dominio cuya ejecución forzosa no se encuentra amparada en ninguna obligación legal. Este planteamiento basado en los principios registrales viene apoyado, a su vez, en la propia regulación del procedimiento de recaudación en cuanto a las actuaciones a seguir por la Administración ejecutante.

En el presente caso es que la propia Administración ejecutante interpreta que la mejor solución para respetar el meritado principio de proporcionalidad es acordar la enajenación de parte de la finca registral embargada lo que presupone la previa segregación de la misma, pero esta requiere que deba ser consentida por su titular como acto de riguroso dominio, al no tratarse de una facultad atribuida a la Administración ejecutante en el procedimiento de apremio.

Resolución de 20-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Iznalloz.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Aunque la oposición del colindante no se encuentra sustentada con informe y representación gráfica georreferenciada elaborada por técnico, contradictorios a los presentados por el recurrente, esta sustentación no ha sido exigida como obligatoria por la Ley Hipotecaria. El opositor aporta una serie de documentos privados para tratar de poner de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. Por tanto, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica alternativa a la catastral propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Resolución de 20-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

PROHIBICIONES DE DISPONER: SOLO SON INSCRIBIBLES LAS IMPUESTAS EN ACTOS A TÍTULO GRATUITO.

La prohibición de disponer en el caso que nos ocupa, impuesta en una compraventa, no es inscribible en el Registro de la Propiedad, por mucho que el dinero proceda por donación de los representantes legales del comprador.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo la necesidad, para que sea inscribible en el Registro de la Propiedad, que la prohibición de disponer se establezca en el mismo título de transmisión del inmueble sobre el que se pretende establecer y que esta tenga causa gratuita, salvo los supuestos excepcionalmente admitidos de prohibiciones de disponer en actos onerosos o mixtos. La prohibición de disponer es siempre complementaria de otra figura jurídica. No cabe imponerla sobre los propios bienes, sino que solo se imponen sobre aquellos que se transmiten a un tercero por herencia, legado o donación en el caso de las que se establecen a título gratuito. Su fundamento es la garantía de derechos o intereses

legítimos de otras personas, distintos de los gravados por ellas. También el Centro Directivo ha optado por el alcance puramente obligacional (no inscribible y en su caso cancelable al amparo del art. 98 LH), no solo de las prohibiciones impuestas en actos onerosos, sino también de las impuestas en actos de causa mixta.

Centrándonos en el supuesto de este expediente, la limitación de la propiedad consistente en la prohibición de enajenar que se pretende establecer, procede de un negocio jurídico referido a un bien distinto de aquel sobre el que recae la prohibición. El negocio en el que se establece la prohibición es una donación de metálico; el bien que se grava procede de una compraventa que realiza el donatario aun cuando la hace con dinero en parte procedente de esa donación. Así pues, el bien que se grava no procede del testador o del donante a través del negocio de donación que la establece, sino que fue adquirido por el donatario de un tercero en virtud de un negocio distinto (compraventa). Aun cuando la literalidad del artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria no lo impone ni se establece en el mismo de forma terminante que el objeto de la donación sea el bien sobre el que recae la prohibición o limitación, del citado artículo 26 se interpreta que el bien que se grava debe tener relación directa con ese testador o donante, de forma que el sujeto que la impone, el bien que se grava y el negocio del que resulta, deben constituir un triángulo inseparable.

Si la prohibición procede de un acto a título oneroso o incluso de carácter mixto, sin perjuicio de su validez, no puede acceder al Registro en los términos establecidos por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo con hipoteca u otra forma de garantía real se podrá asegurar su cumplimiento. De otra forma solo producirán sus efectos obligacionales. Además, el donante que impone la prohibición de enajenar, no tiene ni ha tenido nunca capacidad de disposición sobre la finca que se pretende gravar con la prohibición. Al proceder de un tercero (el vendedor) el bien que se pretende sujetar a una prohibición de disponer y, como se ha repetido, para que sea posible el convenio entre los interesados estableciendo la subrogación real es imprescindible que el transmitente que imponga la prohibición tenga poder de disposición sobre el bien transmitido, algo de lo que carece por completo el representante del que adquiere a título oneroso, lo que sitúa el supuesto en el ámbito meramente obligacional y sometido, por tanto, a lo establecido en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

En conclusión la prohibición de disponer en el caso que nos ocupa, impuesta en una compraventa, no es inscribible en el Registro de la Propiedad, por mucho que el dinero proceda por donación de los representantes legales del comprador, pues no se cumple ni con la exigencia de causa gratuita, ni con la exigencia de que la prohibición deba tener relación directa con ese testador o donante, de forma que el sujeto que la impone, el bien que se grava y el negocio del que resulta, deben constituir un triángulo inseparable. Tampoco cabe imponer la prohibición de disponer por vía de subrogación legal.

Resolución de 20-7-2022

BOE 4-8-2022

Registro de la Propiedad de Reinosa.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Con carácter previo, ha de confirmarse la adecuación a derecho de la actuación al registrador conforme a la cual le fue denegado al promotor la obtención de los títulos de propiedad aportados por los colindantes pues, como expresa el registrador en su informe «por un lado, dichos títulos contienen sin duda datos de carácter personal mercedores de protección, y respecto de los cuales el registrador no puede expedir publicidad formal por impedirselo el artículo 222.6 de la Ley Hipotecaria; y, por otro lado, y en consonancia con lo declarado en su día por la resolución de la Dirección General de catorce de noviembre de dos mil dieciséis, el registrador, conforme al artículo 342 del Reglamento Hipotecario, solo puede expedir certificaciones de aquellos documentos que obren en su poder respecto de los cuales pueda considerársele como su archivero natural, y es claro que respecto de los títulos notariales de propiedad no lo es».

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

Existiendo dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al deslinde de fincas (art. 200 LH), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 LH), o a la conciliación ante el registrador, notario o letrado de la Administración de Justicia (art. 103 bis LH).

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra.

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA A UNA ESCRITURA AUTORIZADA ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR.

Considera la Dirección General que ha sido correcta la actuación del registrador a la hora de aplicar el artículo 80 del RD 1093/1997 a una escritura otorgada antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1995.

Desde el punto de vista sustantivo, puede decirse que según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias la sanción establecida por el artículo 24 de la Ley 19/1995 es la de la nulidad radical o absoluta (es decir, sin que produzcan efecto alguno) de los contratos en virtud de los cuales se dividan o segreguen fincas rústicas dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. La norma tiene, pues, naturaleza de disposición coactiva, prohibitiva e imperativa, no definitoria de concepto alguno y, por tanto, es de aplicación el artículo 6.3, en su inciso inicial, del Código Civil, conforme al cual «los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho», nulidad radical o absoluta que impide la confirmación o convalidación del contrato y cuya acción es imprescriptible, no alcanzándole siquiera la doctrina de los actos propios. En este sentido resulta concluyente las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008 y 18 de marzo de 2009, de las que se deduce que el incumplimiento de la normativa urbanística tiene una repercusión civil evidente pues no es posible otorgar escritura pública ni inscribir en el Registro.

Se trata de una invalidez que depende de circunstancias de hecho como la naturaleza rústica de la finca, su cualidad de secano o de regadío o los fines constructivos, cuya apreciación el legislador ha previsto que corresponda al órgano competente en materia agraria, limitándose la actuación registral a la remisión de la documentación al citado órgano para que este, con los medios de que dispone pueda apreciar la infracción de la unidad mínima de cultivo mediante un pronunciamiento de naturaleza administrativa que debe estar sometido a las garantías del procedimiento administrativo. Desde el punto de vista registral, hay que atender a lo establecido por el artículo 80 del Real Decreto de 4 de julio de 1997.

Nada obsta a tal denegación, a que el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 10 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesariedad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia.

En el caso de este expediente, sin embargo, concurren circunstancias particulares como el hecho de que la escritura de segregación fuera otorgada el 24 de octubre de 1983 fecha muy anterior a la entrada en vigor de la Ley 19/1995, como defiende la recurrente y del propio Real Decreto 1093/1997 o la resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, o el hecho de que la propia Administración agraria no efectúa un pronunciamiento concluyente sobre la validez de la segregación.

En lo que respecta al aspecto temporal, tiene razón la recurrente al señalar que el mismo resulta fundamental a la hora de analizar la validez del acto documentado, pues debe descartarse, con carácter general, la aplicación retroactiva de una norma limitativa de derechos. Pero desde el punto de vista registral, el registrador actuó correctamente al aplicar el citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, aunque la escritura datara de 1983, y habiendo obtenido un pronunciamiento del órgano competente, siquiera condicional, que pone en cuestión la validez de la segregación documentada, procede denegar la inscripción de la escritura presentada, pues debe cerrarse el Registro a todo título que pueda adolecer de un vicio de invalidez —artículo 18 de la Ley Hipotecaria—.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de San Agustín de Guadalix.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN.

No es exigible que se explicita el origen concreto de las cantidades adeudadas entre los cónyuges, pero sí habrá de expresarse adecuadamente cómo se realizaron los movimientos de fondos.

Por la liquidación de gananciales, una vez disuelto dicho régimen económico-matrimonial, se divide el patrimonio común y se reparte entre los cónyuges o, en caso de fallecimiento de uno de ellos, entre sus descendientes y el cónyuge superviviente. El acto de liquidación del patrimonio ganancial se compone de una serie de operaciones, como son la formación de un inventario de los bienes y deudas de la sociedad, su avalúo, el pago de las deudas pendientes, la división del patrimonio y la adjudicación de los bienes gananciales.

En el presente caso, considerando la dinámica de las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales y las manifestaciones consignadas en acta respecto de la deuda reconocida [«tiene su origen en las relaciones económicas entre cónyuges, es decir, tiene su causa en la propia institución del matrimonio que conlleva una red dinámica de relaciones personales y patrimoniales entre los propios cónyuges (...) perteneciendo ese flujo caleidoscópico de la red matrimonial a su propia intimidad (...)»], no cabe sostener esa falta de causa que se expresa en la calificación registral como defecto, pues no parece muy acorde con el respeto a la intimidad y a la privacidad exigir un detalle exhaustivo de para qué se empleó el importe recibido y ahora reconocido como adeudado.

La constancia de los medios de pago es exigible en los actos o contratos de trascendencia real relativos a bienes inmuebles, de carácter oneroso y en que, además, la contraprestación consistiere en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente. En definitiva, será aplicable, como regla general, a todos aquellos supuestos inscribibles en que se documente un tráfico de dinero. A la liquidación de la sociedad conyugal con existencia de contraprestación en dinero o signo que lo represente, le es de aplicación la referida ley sobre medios de pago. Como se ha indicado anteriormente, si bien no es exigible descender a detalles que podrían vulnerar la privacidad, debe expresarse cómo se realizó en su día ese movimiento de fondos o pago de dinero que motivó la deuda reconocida (cuantificado por lo demás de manera exacta). Y es que, como ha reiterado en varias ocasiones esta Dirección General, la exigencia de identificación de los medios de pago se extiende a los reconocimientos de deuda.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de San Cugat del Vallès, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO DE LAS TRANSMISIONES.

Se recuerda que con carácter general no es posible la consignación en la publicidad formal del precio de las transmisiones.

Con carácter previo debemos recordar (cfr. resoluciones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 14 marzo de 2019, entre otras), que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador.

En el supuesto de este expediente, el registrador estima suficientemente acreditada tanto la finalidad perseguida con la solicitud de publicidad como el interés legítimo del solicitante para obtener la información sobre el estado actual de la finca en el Registro, pero a su juicio, no se reúnen los requisitos para que en la certificación expedida se incluya el precio de la segunda transmisión.

Como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral. Así serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 3/2018 de 5 de diciembre: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende. En el caso de la segunda transmisión el precio de venta refleja un dato sensible, como es la capacidad económica de los compradores, que no puede incluirse en ninguna de las excepciones a la normativa de protección de datos antes citadas. El anuncio de posibles acciones judiciales no es motivo suficiente para enervar el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

PUBLICIDAD FORMAL: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO DE LAS TRANSMISIONES.

Se recuerda que con carácter general no es posible la consignación en la publicidad formal del precio de las transmisiones.

En el caso de este recurso, la registradora alega en su nota que la demanda se dirige contra don V. L. F., sin que haya intervención del titular registral. Pero realmente el demandante es causahabiente del titular registral de la finca 6281 y la demanda se dirige contra un tercero que había ocupado la finca, que a su vez es titular registral afectado, como se verá a continuación y que sí ha tenido cumplida intervención en el procedimiento. Debe tenerse en cuenta además que la acción que se ejercita es la reivindicatoria. La acción reivindicatoria representa un instrumento de protección del titular del dominio frente a terceros que se encuentran en posesión del bien contra la voluntad, su finalidad es la restitución de la posesión frente a quien no es propietario o carece de título para poseer.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: CONTENIDO.

Se recomienda que en la publicidad formal no se incluyan advertencias sobre la posibilidad de una doble inmatriculación, sino que se proceda a iniciar de oficio el expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

En el caso que nos ocupa, se expidió nota simple de fecha 17 de septiembre de 2021 de una determinada finca en la que, tras su descripción y referencia catastral, y antes de los apartados dedicados a las «titularidades» y a las «cargas», figuraba la siguiente frase: «Se advierte que se aprecia la posibilidad de una doble inmatriculación entre la finca de que se trata y otra finca registral». El titular de la finca objeto de tal nota simple interpreta que consta practicada nota marginal de inicio del expediente de doble inmatriculación y solicita la cancelación de dicha nota marginal por caducidad. La registradora suspende tal cancelación porque no consta practicada tal nota ni iniciado tal expediente, pues la nota simple no reflejaba tal supuesta nota marginal, sino una mera advertencia. Y, como aclara en su informe, es ahora cuando sí que se practica, por primera vez, nota marginal de inicio de oficio por la registradora de expediente para la subsanación de la doble inmatriculación. Por tanto, aclarado que se trató de un error, la nota de calificación que deniega cancelar un asiento inexistente al tiempo de la solicitud de su cancelación ha de ser, evidentemente, confirmada.

Si la función legal de la nota simple es reproducir «(...) contenido de asientos vigentes relativos a la finca», es comprensible que el interesado pueda interpretar, como ha ocurrido en el presente caso, que una «advertencia» sobre la posibilidad de doble inmatriculación aluda en realidad a un asiento registral expresivo de tal extremo. Por ello debe recomendarse, para evitar inducir a errores de interpretación como el que ha ocurrido en este caso, que los registradores no incluyan en las notas simples ni en las certificaciones registrales «advertencias» tan confusas y poco procedentes como la que nos ocupa.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC: REQUISITOS DE CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Tratándose de una anotación de embargo prorrogada antes de la entrada en vigor de la LEC, teniendo una nota marginal de expedición de certificación fechada en 2008, no cabe su cancelación por vía del artículo 210, regla 8.ª, dado que el «*dies a quo*» será el año 2008.

La cuestión que se plantea en este expediente es por tanto la de la posible caducidad de una anotación preventiva de embargo practicada y prorrogada con anterioridad al día 8 de enero de 2001 (fecha de la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC) y a cuyo margen constan además dos notas acreditativas de haberse expedido certificación de dominio y cargas en el procedimiento en el que se decretó el embargo, una con anterioridad a dicha fecha, expedida de conformidad con el artículo 143 de la Ley Hipotecaria, y otra de fecha 16 de septiembre de 2008, expedida de conformidad con el artículo 656 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Con relación a las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no será necesario, por tanto, ordenar nuevas prórrogas, ni procederá practicar asiento alguno en el Registro de la Propiedad caso de que a pesar de todo se libre mandamiento de prórroga. En el presente caso el interesado solicita de forma expresa la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, regla octava, cuando establece que «las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

En el presente expediente resulta la expedición de una certificación en el seno del procedimiento judicial en fecha 16 de septiembre de 2008, siendo este el «*dies a quo*» para el cómputo del plazo previsto en el artículo 210.1, regla octava, al tratarse, de manera indubitada, del último asiento practicado en relación con el procedimiento en que se reclama la deuda, sin distinguir la norma respecto del carácter principal o accesorio que debiera revestir el mismo, como propone el recurrente.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DEL 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: SITUACIÓN DEL TERCER POSEEDOR.

En el procedimiento judicial sumario del antiguo 131 de la Ley Hipotecaria no resultan de aplicación los requisitos que actualmente establece la LEC en relación con la demanda y requerimiento del tercer poseedor.

Como se acaba de adelantar, el procedimiento de ejecución hipotecaria que dio lugar a la adjudicación en cuestión se tramitó como procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria (en su redacción anterior a la LEC de 2000). Por ello, la aplicación en este caso del artículo 132 de la Ley Hipotecaria en su actual redacción y de los artículos 538, 685 o 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (la registradora no cita de manera aislada ninguno de estos artículos, pero su aplicación se deduce del defecto consignado y de las resoluciones de este Centro Directivo y sentencias que cita) no procede o al menos debe ser matizada.

El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido, el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia ley) extiende la calificación registral sobre actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

En el presente supuesto se trata de dilucidar si no habiendo sido demandada —ni según la registradora requerida de pago, aunque esto no es del todo exacto según se verá— la titular registral, que adquirió la finca con posterioridad a la hipoteca e inscribió su adjudicación antes de la interposición de la demanda, cabe inscribir la finca a nombre del ejecutante y practicar las demás actuaciones derivadas del procedimiento, aunque aquella hubiera sido notificada conforme preveía el antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla quinta, teniendo en cuenta que el procedimiento se tramitó conforme a la regulación del mismo.

En el antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria no se exigía de manera expresa para el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca que la demanda se dirigiese contra el tercer poseedor del bien hipotecado, siendo discutido por la doctrina si este era o no parte demandada en el procedimiento. Por lo que se refiere al requerimiento de pago, la regla tercera, tercero, del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria exigía acompañar al escrito de demanda acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. Si no se aportaba con la demanda acta notarial justificativa del requerimiento de pago al tercer poseedor de la finca que hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, se debía proceder al requerimiento judicial al mismo.

La regla quinta del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como hemos visto, habla en sentido literal de notificación —no de requerimiento de pago— al tercer poseedor de la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca, en caso de que este no hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble y por tanto no hubiese sido antes requerido de pago conforme a las reglas tercera y cuarta del mismo artículo. Esta notificación, sea o no requerimiento de pago, brinda al tercer poseedor la posibilidad de intervenir en el procedimiento.

Consta aportada «diligencia de notificación, positiva, del SCNE de Valencia, de fecha 10 de marzo de 1993, en donde se acredita que los nuevos titulares registrales de la finca registral 17 511, don S. A. B. y doña P. R. T., fueron notificados y requeridos, de la existencia del presente procedimiento». Es decir, añade a lo que ya antes constaba que los terceros poseedores no solo fueron notificados sino requeridos.

Queda por examinar la cuestión relativa al tercer poseedor de la finca hipotecada que «hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble». El Tribunal Supremo entendió que este requisito implicaba una «conducta positiva» a cargo del adquirente. Sin embargo, esta postura no podría mantenerse tras la sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2013, de 8 de abril. Según la doctrina del Tribunal Constitucional la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos «*erga omnes*», por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral.

Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional, como acabamos de ver, resulta reforzada y es consecuencia de lo dispuesto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y en el nuevo artículo 132 de la Ley Hipotecaria tras la redacción dada al mismo por dicha ley del año 2000. En cambio, la situación con el anterior procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria era distinto. En cualquier caso, lo fundamental es que el tercer poseedor haya tenido la posibilidad de intervenir en el procedimiento y que no se haya producido indefensión al mismo. No consta en este caso la existencia de irregularidad procesal alguna y sí en cambio la notificación a los terceros poseedores en forma legal, tal como certifica la letrada de la Administración de Justicia, sin que conste que por estos se plantease la nulidad del procedimiento.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

COSTAS: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA AFECTADA POR LA LEY DE COSTAS.

La obra nueva que se pretende declarar por antigüedad ha de someterse a los efectos de la legislación de costas.

En el presente expediente, los otorgantes manifiestan en la escritura que la construcción que declaran, para la que no invocan ni acreditan autorización administrativa previa de ningún tipo, «fue completamente terminada en el año 1996», y se incorpora a la escritura certificación del Servicio Provincial de Costas de la que resulta que la finca identificada con la referencia catastral «0350806NG2705S0001IF», (que es la que en la escritura se dice corresponder con la finca) «(...) se encuentra afectada por las servidumbres de tránsito y de protección de costas (...) y que la edificación existente sobre la misma está afectada por la servidumbre de protección». Y tal extremo consta también en la nota simple de la finca que se incorpora a la escritura. Por tanto, en el año de terminación de la construcción, 1996 (según declaran los otorgantes en la escritura), ya estaba en vigor la Ley de Costas de 1988, por lo que le resulta plenamente de aplicación dicha normativa desde el punto de vista sustantivo. Y dado que la solicitud de inscripción registral de tal edificación se produce

cuando ya está en vigor el reglamento de la Ley de Costas, del año 2014, también este le resulta de aplicación en cuanto a los requisitos procedimentales exigibles para la inscripción registral.

Resolución de 27-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Belmonte.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Habiendo transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la prórroga de una anotación de embargo, la anotación se entiende caducada y no se mantiene su prioridad registral en favor del testimonio del decreto de adjudicación del mandamiento de cancelación presentados con posterioridad.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.^a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes. De otro modo: caducada la anotación, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de los asientos posteriores, debiendo el registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda. En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad (arts. 24 y 32 LH).

La reciente sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en relación a los efectos de la nota marginal de expedición de certificación sobre la duración de la anotación, modificando en parte el criterio de las anteriores sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. En conclusión, el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— ha matizado su doctrina contenida en la sentencia número 427/2017, de 7 de julio, a la que hace referencia el recurrente, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. Procede por tanto que este Centro Directivo se acomode a su vez a la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil) antes citada.

En el caso que ahora es objeto de análisis, a la vista de las anteriores consideraciones, no cabe sino desestimar el recurso y confirmar la calificación im-

pugnada. La anotación preventiva se extendió el día 11 de julio de 2009. La expedición de certificación de dominio y cargas para la ejecución se llevó a cabo con fecha de 7 de abril de 2010. La referida anotación se amplía por nota al margen el 5 de julio de 2011. Y finalmente, dicha anotación preventiva de embargo queda prorrogada por la anotación letra E) con fecha 8 de julio de 2013. Por lo tanto, la fecha final de vencimiento de la anotación es la de 8 de julio de 2017, puesto que aun entendiendo que la anotación se prorrogó al expedirse la certificación de cargas, conforme a la doctrina expuesta, la última prórroga se produjo expresamente por el mandamiento que causó la anotación E). Es decir, cuando se presenta en el Registro de la Propiedad el decreto de adjudicación, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo, y la caducidad de su prórroga, tanto si contamos el plazo desde la fecha de expedición de la certificación de dominio y cargas, con arreglo al criterio que sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2021, como si contamos el plazo desde la fecha de extensión de la anotación de prórroga.

Resolución de 28-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 11.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. NORMATIVA COVID: INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LOS ASIENTOS. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Se reitera el criterio de que no puede a través del recurso gubernativo discutirse sobre la corrección de un asiento ya practicado. Se aclara el efecto de la normativa COVID sobre la duración de los asientos sujetos a caducidad. También se aclara que las resoluciones judiciales que provocan una anotación preventiva no han de ser firmes.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en «Vistos») que el recurso tiene por objeto exclusivamente las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la práctica de los asientos solicitados, determinando si han sido o no ajustadas a Derecho (arts. 19, 19 bis, 66 y 326 LH y 112 y sigs. RH). No es por tanto el recurso el cauce adecuado para dejar sin efecto un asiento ya practicado en los libros del Registro (como es la prórroga de la anotación preventiva en este caso) ni para decidir sobre cualquier otra pretensión del recurrente que no esté directa e inmediatamente relacionada con la calificación del registrador, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

No obstante lo anterior, en el caso concreto de este expediente, resulta conveniente aclarar dos cuestiones planteadas por la parte recurrente. La disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alude a los plazos de caducidad y prescripción de derechos y acciones, mientras que el artículo 42 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, se refiere expresamente a la suspensión del plazo de caducidad de las anotaciones preventivas. Este último precepto es el que debe ser aplicado al caso concreto de ese expediente cuya problemática radica precisamente en el cómputo de los plazos de una anotación preventiva y no en el ejercicio de un derecho como erróneamente considera la parte recurrente y al que refiere la sentencia que cita en su defensa.

En cuanto al levantamiento de la suspensión de los plazos, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma, alzó la

suspensión de los plazos administrativos y procesales, así como la de los de prescripción y caducidad de acciones y derechos a través de sus artículos 8, 9 y 10, con efectos desde el 1 de junio de 2020 en el caso de los procesales y desde el 4 de junio de 2020 en los dos restantes. Pero ello no afectó a la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales previsto en el artículo 42 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, que no fue derogado por el mencionado Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo.

Se entiende (*vid.*, por todas, resolución de 8 de octubre de 2020) que la necesidad de firmeza de una resolución judicial, para que pueda provocar la práctica de un asiento registral, solo es predicable cuando el asiento sea de inscripción o de cancelación, no cuando se trate de anotaciones preventivas (que es un asiento provisional), pues solo los asientos definitivos pueden provocar el nacimiento de terceros amparados por la fe pública, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resolución 28-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Motril, número 1.

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: DURACIÓN.

Se resume la jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza, alcance y duración del derecho de uso de la vivienda familiar, recalcando la necesidad de fijación de un límite temporal a este derecho en los términos que señala esa jurisprudencia.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y, por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. art. 96, último párrafo, CC).

No hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del art. 90 CC), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En tal caso sí sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos.

Tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de

documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, según lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial. Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

En el presente caso, al otorgarse el convenio regulador se atribuye el uso de la vivienda familiar a la hija menor del matrimonio y al progenitor a quien se atribuye la guarda y custodia, dándose además la circunstancia de que, al tiempo de solicitar la inscripción registral del derecho, dicha hija ya es mayor de edad. El carácter esencialmente temporal de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido, habida cuenta además de la mencionada circunstancia relativa a la mayoría de edad de la hija. Sin duda, de la jurisprudencia reseñada y de la doctrina de este Centro Directivo, confirmada por la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil, resulta la necesidad de fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar. Por ello, el criterio del registrador en la calificación recurrida debe ser mantenido.

Resolución de 28-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Santander, número 4.

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU CONSTANCIA.

No es posible la constancia de la referencia catastral cuando, por causa de existir una expropiación no inscrita, no hay coincidencia con la finca registral.

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede reiterar la doctrina de esta Dirección General respecto a la constancia de la referencia catastral en el asiento de la finca, expresada en resoluciones como la de 4 de diciembre de 2013, en virtud de la cual la referencia catastral no sustituye a la descripción registral de la finca, ni implica una incorporación inmediata al folio registral de los datos que sobre naturaleza, linderos y superficie figuren en el Catastro. Es decir, la referencia catastral solo implica la identificación de la localización de la finca sobre la cartografía catastral, básica para la identificación de las fincas registrales, conforme al artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria, pero no que la descripción registral de la finca tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica.

La operación de correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca registral se regula en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Para que pueda declararse dicha correspondencia, es preciso que el registrador no tenga dudas de esa identidad, que no existan diferencias superficiales superiores al 10% de la cabida inscrita y que coincidan los localizadores de la parcela en el Catastro, con lo que constan registralmente de la finca, o que, al

menos, se acredite la correspondencia entre los antiguos y los actuales. Ninguno de estos requisitos se cumple en el presente caso.

Ciertamente, la existencia de la expropiación no inscrita impide apreciar la correspondencia de la referencia catastral vigente con la de la finca registral, al no haber tenido acceso al Registro la citada expropiación. Por tanto, la suspensión de la inscripción de la referencia catastral se considera correcta, por aplicación de los criterios del artículo 45 citado, por lo cual debe desestimarse el recurso en cuanto a este punto, pues la realidad física de la finca registral no coincide con la de la parcela catastral, que sí tiene en cuenta la expropiación. Para concluir, debe reiterarse la doctrina de la Resolución de esta Dirección General de 29 de junio de 2017, por la cual para que el registrador pueda rechazar la constatación registral de la referencia catastral de una finca es preciso que las dudas que alega acerca de la identidad entre la finca inscrita y la que figura en el documento aportado estén debidamente fundamentadas y en el presente caso lo están.

Respecto a la modificación de los linderos, es una rectificación de la descripción, que no puede practicarse por la vía de solicitar la inscripción de la referencia catastral, sino por la vía de iniciar un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ante el registrador, o del artículo 201.1 de dicha ley ante el notario, en el que se tendrán que aportar las correspondientes georreferenciaciones de la finca.

Resolución de 28-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Gandía, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de una base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. Conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o

anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real».

Pese a que el recurrente considere que «no le parecen de suficiente entidad» las manifestaciones de los numerosos interesados que han formulado oposición expresa a su pretensión, lo cierto es que queda constatada la existencia de una controversia, no latente, sino expresa y manifiesta, entre titulares de fincas registrales y de parcelas catastrales, e incluso con Administraciones, acerca de sus respectivas delimitaciones, por lo que las dudas del registrador resultan suficientemente fundadas, y por ello, su calificación ha de ser confirmada y el recurso contra ella desestimado, y sin que, como se ha dicho reiteradamente, competa a este Centro Directivo la resolución de la controversia de fondo entre titulares de fincas colindantes, que tienen abierta a tal efecto la posibilidad de consensuar un deslinde, bien en el seno del mismo procedimiento del artículo 199 o conforme al artículo 200, o instarlo ante los tribunales de Justicia, o, en el caso del dominio público, instar su deslinde conforme a su normativa específica.

Resolución de 28-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN ACTIVA. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA NOTARIAL COMO TÍTULO PREVIO.

No se considera legitimado para interponer el recurso al presentante, aunque el registrador habrá de requerirlo para que se subsane el defecto. Se confirma la doctrina de admisibilidad del acta notarial como sustitutiva del título previo en la inmatriculación por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Como ya dijera esta Dirección General (cfr. resoluciones de 25 de octubre de 1973 y 27 de febrero de 1999), esa representación derivada de la simple presentación de los títulos en el Registro no es suficiente a los efectos de interponer el recurso, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción que recoge el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, con la expresamente exigida para interponer el recurso de los artículos 322 y 325 de la Ley Hipotecaria que exigirá un poder otorgado a tal efecto. En el presente expediente el registrador recurrido no requirió a la recurrente para que, en su caso, subsanara la falta de acreditación de sus facultades representativas para recurrir contra la calificación, con lo que no puede ser estimada tal pretensión contenida en el informe en defensa de su calificación.

Este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición, sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañando dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha

quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla. Por tanto, este primer defecto debe decaer.

En el presente supuesto, se expresa lo siguiente: «ser notorio y quedar acreditado (...) que había adquirido la propiedad de dicha finca al menos un año antes al fallecimiento». Por tanto, al igual que ocurrió en las resoluciones de 11 de junio de 2018 y de 27 de abril de 2022, ambos requisitos deben entenderse debidamente cumplidos en el título calificado ya que el notario, por un lado, emitió el juicio de la previa adquisición; y, por otro, se refiere a la fecha de adquisición, ya que fija el momento temporal indicando que tal extremo es notorio desde hace más de un año, por lo que en debe ser suficiente la expresión utilizada.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

DERECHO FORAL VASCO: ACREDITACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL HEREDERO.

No se considera necesario acreditar el régimen económico matrimonial del heredero porque en el caso concreto solo interviene en representación de sus hijos, habiendo renunciado con anterioridad.

Esta Dirección General (cfr. las resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015, 1 de junio de 2018 y 23 de enero de 2020, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. En las actas lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro.

En la escritura de adición cuya calificación motiva el presente recurso, el primer defecto señala que no se acompaña al título presentado la herencia que se adiciona, necesaria para determinar quienes han de concurrir a la adición. Se acompañan los documentos siguientes: testimonio del testamento, que es el título que ordena la sucesión y clave en la calificación registral; certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, que probarán el fallecimiento y que es el último testamento otorgado y por tanto el vigente. En cuanto a la exigencia de la aportación del testamento, la Ley exige que sea, bien en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en este último caso no basta con que el notario relacione sucintamente las cláusulas del testamento, sino que ha de expresar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el texto original, con expresa constancia de que no existen cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto.

Es cierto que este Centro Directivo, en sus resoluciones de 27 de abril de 1999 y 16 de julio de 2009, ambas reiteradas por las de 5 de marzo de 2020 y

21 de septiembre de 2021 (así como la más reciente de 2 de febrero de 2022), ha afirmado que, en vía de principios, en la escritura de adjudicación de herencia aceptada pura y simplemente, siendo el heredero casado, no es necesario expresar el nombre de su cónyuge y su régimen económico-matrimonial. No obstante, como ha puesto de relieve la reciente resolución de 2 de febrero de 2022, la cuestión referente a la determinación de la ley aplicable a la sucesión, así como la determinación del régimen económico matrimonial legal en el ámbito del derecho civil vasco, plantea gran complejidad. Ciertamente, si se tratara de otorgante con vecindad civil vasca y del régimen de comunicación foral, habría que tomar en consideración que el artículo 135 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, dispone en su apartado 1 que «en la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia».

En el caso de que la escritura de herencia se otorgara por heredero que manifestara que tiene vecindad civil vasca, y que está casado en régimen de separación de bienes, entonces, deben observarse las normas de los artículos 51.9.^ªa) del Reglamento Hipotecario y 159 del Reglamento Notarial. Es indudable que si el régimen económico matrimonial fuera el legal supletorio de comunicación foral, conforme al artículo 127 de la Ley de Derecho Civil Vasco, la adquisición hereditaria afectaría o podría afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio, toda vez que, aun cuando el bien heredado tendría carácter privativo, para la validez de la futura venta de dicho bien también sería necesario el consentimiento del consorte, conforme al artículo 135 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, antes transcrito. Por ello, en esas escrituras de herencia se hace necesaria la acreditación del régimen económico matrimonial pactado.

En el concreto supuesto de este expediente, el compareciente para el que se requiere la acreditación de su régimen económico matrimonial, interviene como apoderado de sus dos hijos herederos, y en la escritura que se somete a calificación no adquiere nada ni renuncia a nada, pues su renuncia fue hecha antes de la escritura de entrega de legados y aceptación de herencia, sin que en la escritura objeto del expediente tenga ninguna intervención fuera de la representación de sus hijos.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 39.

NIF REVOCADO: CIERRE DEL REGISTRO.

Se confirma el cierre del Registro en el caso de títulos otorgados por personas cuyo NIF ha sido revocado.

El apartado 4 de la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, contiene las disposiciones generales relativas a la revocación del número de identificación fiscal y sus efectos: «4. La publicación de la revocación del número de identificación fiscal asignado en el “Boletín Oficial del Estado”, determinará la pérdida de validez a efectos identificativos de dicho número en el ámbito fiscal. Asimismo, la publicación anterior determinará que las entidades de crédito no realicen cargos o abonos en las cuentas o depósitos

bancarios en que consten como titulares o autorizados los titulares de dichos números revocados, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal. Cuando la revocación se refiera al número de identificación fiscal de una entidad, su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» implicará la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal. El registro público en el que esté inscrita la entidad a la que afecte la revocación, en función del tipo de entidad de que se trate, procederá a extender en la hoja abierta a dicha entidad una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a aquella, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal. Excepcionalmente, se admitirá la realización de los trámites imprescindibles para la cancelación de la nota marginal a la que se refiere el párrafo anterior. De igual modo, en todas las certificaciones registrales de la entidad titular del número revocado debe constar que el mismo está revocado. Lo dispuesto en este apartado no impedirá a la Administración Tributaria exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias pendientes. No obstante, la admisión de las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones o escritos en los que conste un número de identificación fiscal revocado quedará condicionada, en los términos reglamentariamente establecidos, a la rehabilitación del citado número de identificación fiscal».

El titular de un número de identificación fiscal revocado, podrá solicitar la rehabilitación de su número de identificación fiscal a la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 147.8. En particular, deberá acreditar que han desaparecido las causas que motivaron la revocación y deberá comunicar, además, quienes ostentan la titularidad del capital de la sociedad, con identificación completa de sus representantes legales, el domicilio fiscal, así como documentación que acredite cuál es la actividad económica que la sociedad va a desarrollar.

En definitiva, no se cumple con un requisito imperativo de la Administración Tributaria que impone la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo. En consecuencia, no puede más que desestimarse el recurso.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Soria, número 1.

HERENCIA: ACREDITACIÓN DEL ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Se reitera la doctrina sobre la diferencia entre el testamento y el acta de declaración de herederos, bastando en este último caso la relación de los particulares necesarios para la inscripción.

Esta Dirección General (cfr. las resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015, 1 de

junio de 2018 y 23 de enero de 2020, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. En las actas lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro.

En el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento (la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato) necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. La vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, confirma lo expuesto. En su artículo 22.2, delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria. La calificación registral de las actas notariales de declaraciones de herederos abintestato abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado del acta con el expediente —incluyendo la congruencia respecto del grupo de parientes declarados herederos—, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro.

En la escritura de adición cuya calificación motiva el presente recurso se contienen variadas reseñas según las distintas sucesiones que se han producido hasta la adición, para las que, en cada una de ellas, se señala la necesidad de aportar determinados documentos complementarios, que, por tanto, se han de analizar separadamente. Pues bien, efectivamente, dado que, conforme la escritura de adición, no se han acompañado los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, la aportación de estos, bastaría para cumplir la necesidad de esta acreditación, por lo que esta parte del defecto debe ser confirmada.

El segundo defecto señalado es que, para el caso de haberse adjudicado algún derecho a la viuda tal como el usufructo, es necesario aportar el certificado de defunción de la esposa del testador. Alega el recurrente que se trata de un bien privativo del causante y que conforme su testamento, resulta que «lega a su citada esposa, en pago de los derechos legitimarios que la ley le asigna, el usufructo vitalicio de todos los bienes, derechos y acciones que tengan carácter ganancial», por lo que deberá entenderse por cumplido el requisito. Pero dado que se trata de una legitimaria y el valor de la finca que se adiciona determina el valor de su legítima, habrá que acreditar en su caso que esa legítima se cubre, lo que será con la escritura de herencia; o en caso de fallecimiento de la legitimaria, habrá que acreditar el mismo, con el certificado de defunción. Por tanto, el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Escalona.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DETERMINACIÓN DE LAS CUOTAS DE TITULARIDAD DE LOS CONDUEÑOS.

Se admite que del contexto de la forma de hacer el reparto del haber particional se deduce con claridad que los bienes se adjudican por partes iguales entre los herederos.

La cuestión es si del contenido de la escritura resulta determinado de forma clara que la adquisición lo ha sido por mitad y partes iguales o con datos matemáticos que permitan conocer de forma indubitada la participación. Debe tenerse en cuenta que, en la parte expositiva, referido al título sucesorio, se hace constar que los adjudicatarios son herederos por partes iguales; se dispone en la escritura que «en pago de los derechos que en ella les corresponde, se adjudican la totalidad de los bienes descritos por el valor conjunto de noventa y dos mil treinta y nueve euros con cuarenta y nueve céntimos (92.039,49). Ascende por tanto el valor de lo adjudicado a favor de cada uno de los hijos y herederos a la cantidad de cuarenta y seis mil diecinueve euros con setenta y cinco céntimos (46.019,7), y siendo lo adjudicado igual a sus respectivos haberes netos, quedan pagados (...) Con estas adjudicaciones, los comparecientes se dan por enteramente satisfechos». Así, se ha hecho la adjudicación en comunidad a ambos, de forma que se deduce indudablemente que sus adjudicaciones son iguales y, dado que no se diferencian cuotas, como bien sostiene el recurrente, se presumen iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, conforme el artículo 393 del Código Civil. Por tanto, debe concluirse en este caso concreto, que es indubitado que el bien se adjudica a ambos herederos por mitad.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

DERECHO FORAL VASCO: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA.

Se considera que la legítima foral vasca (salvo en el territorio de Ayala) tiene naturaleza de «*pars valoris bonorum*», siendo imprescindible la intervención del legitimario en la partición.

Aunque colectiva, la naturaleza de la legítima foral vasca sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*» y, en consecuencia, la existencia de legitimarios implica la necesaria intervención de los mismos en la partición. La legítima es definida en el artículo 48.1 de la Ley 5/2015 como «una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo». En consecuencia, aunque se extiende la aplicación de la actual normativa vasca a la totalidad del País Vasco y se reduce y adapta el concepto de los derechos forzosos a la nueva legislación, por reminiscencia histórica, sigue existiendo una legítima, que siendo colectiva no es la puramente formal como la navarra; y, que conforme resulta de la exposición de motivos de la Ley 5/2015, solo se mantiene en su concepto de legítima formal, en la zona del antiguo Fuero de Ayala.

Así, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita; pero esto, como regla general, no significa, que el legitimario no apartado no pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como «*pars valoris bonorum*».

De acuerdo con estos parámetros, ante el apartamiento expreso de la única hija, se entienden como legitimarios los dos nietos nombrados por el testador, si bien con la consideración especial de que, en el caso de la legítima vasca, las nietas no tienen derecho a la legítima de un tercio, sino que lo que tienen es el derecho a concurrir en la partición (por ser «*pars valoris bonorum*») pero a los solos efectos de que se cuantifique la legítima y se les complemente, en su caso, respecto de la legítima que se dice ya entregada a la hija.

Como afirmó esta Dirección General en resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es «*pars hereditatis*», «*pars bonorum*» o «*pars valoris bonorum*», el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alcuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor. Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057, párrafo primero, CC), y aunque el testador considere que el legitimario ha sido satisfecho en sus derechos, la comparecencia e intervención de este es inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que resulte que no se perjudica su derecho de carácter forzoso.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6.

BIENES GANANCIALES: VIVIENDA ADQUIRIDA ANTES DEL MATRIMONIO PERO CON HIPOTECA PAGADA DESPUÉS.

Se entiende que la aplicación de los artículos 1354 y 1357 del Código Civil determina que la parte de la vivienda correspondiente a las cuotas satisfechas durante el matrimonio tendrá naturaleza ganancial, siendo esta regla extensible al garaje adquirido juntamente con la vivienda.

Debe estimarse (cfr., por todas, las resoluciones de este Centro Directivo de 27 de julio y 24 de noviembre de 2015) que, tratándose de la vivienda familiar adquirida en estado de soltero y pagándose durante el matrimonio el préstamo hipotecario con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —*ex lege*— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y el cónyuge titular, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357.2 CC). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. art. 91.3 RH).

Por lo que se refiere a la cuestión concreta que se plantea en este expediente, y si se atiende a la *ratio legis* de tales preceptos, deben aplicarse las mismas consideraciones a la adquisición de la plaza de garaje, de suerte que sea equiparada a la vivienda, de la que no es sino un elemento accesorio. A tal efecto, no puede ser determinante el hecho de que —como alega la registradora— no esté gravada con la hipoteca que garantiza el préstamo con el que se financia la compra de la vivienda.

Resolución de 29-7-2022

BOE 9-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

HERENCIA: ACREDITACIÓN DEL ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Se reitera la doctrina sobre la diferencia entre el testamento y el acta de declaración de herederos, bastando en este último caso la relación de los particulares necesarios para la inscripción.

Esta Dirección General (cfr. las resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015, 1 de junio de 2018 y 23 de enero de 2020, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. En las actas lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico que, en tanto que manifestación de la voluntad del causante, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 CC). El mismo, como título sustantivo de la sucesión hereditaria (cfr. art. 14 LH), junto, en su caso, con el título especificativo o particional, serán los vehículos para que las atribuciones hereditarias sobre bienes o derechos concretos puedan acceder al Registro.

En el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento (la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato) necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. La vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, confirma lo expuesto. En su artículo 22.2, delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria. La calificación registral de las actas notariales de declaraciones de herederos abintestato abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado del acta con el expediente —incluyendo la congruencia respecto del grupo de parientes declarados herederos—, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro.

En el presente caso, en la primera de las actas sobre declaración de heredera abintestato el notario hace constar, entre otros extremos, las pruebas documentales y testificales en que se basa la notoriedad que respecto de dicha declaración consta en la segunda acta, en los términos que se transcribe en el apartado I de los antecedentes de hecho de esta resolución. Interesa hacer constar que en dichas actas figuran los datos relativos a la fecha de nacimiento y de fallecimiento de la causante, estado civil y, concretamente, que esta se hallaba separada de hecho de su esposo como resulta de las declaraciones de la requirente del acta, de la prueba documental por ella aportada, así como la declaración testifical presentada.

Resolución de 27-7-2022

BOE 10-8-2022

Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN CASO DE DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Partiendo del análisis de la naturaleza jurídica de la disolución de condominio, se concluye que no hay lugar a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio previstos en la Ley 49/2003.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de la comunidad ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa —artículo 399 del Código Civil—, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros —artículos 392 y 395 del Código Civil—; bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso —artículo 394 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986—, es necesario que exista una situación de titularidad plural recayente sobre uno o varios bienes o derechos.

El Código Civil solo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad (que la recurrente niega existir en la escritura calificada), no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta. Solo se podría invocar una especialidad legal para los supuestos de reducción del número de comuneros en el supuesto de que uno de ellos no quiera contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renunciando a la participación que le corresponde (cfr. art. 395 CC), especialidad que sin embargo no autoriza a hablar con propiedad de extinción parcial de la comunidad.

Si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

En orden a la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslativo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (*vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003 y 19 de mayo y 26 de julio de 2011), sin duda hoy se considera mayoritariamente que se trata de un negocio de naturaleza especificativa y no traslativa.

En el supuesto de este expediente no se trata de una transmisión de cuotas entre partícipes ni de una mal llamada disolución parcial de comunidad, sino que

se ha procedido a una extinción total mediante la formación de lotes homogéneos que son adjudicados a cada comunero (una de las formas posibles antes reseñadas); sin que exista una transmisión, pues de la situación inicial de tres comuneros, dueños por iguales partes indivisas de cada una de las fincas (por herencia), se pasa como consecuencia del negocio realizado a un único dueño de cada finca (dos en uno de los casos) al tratarse de lotes formados homogéneamente; pero no en virtud de una inexistente transmisión de cuotas por parte de los demás, y sin olvidar que aquí no han mediado compensaciones por eventuales excesos de adjudicación (que no han existido).

Respecto de la cuestión relativa a los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en caso de enajenación de fincas rústicas arrendadas, en la vigente legislación no se alude a «cualesquiera contratos distintos de la compraventa», sino que exige una verdadera transmisión; y, como se ha concluido en párrafos anteriores, la extinción de comunidad no lo es, por lo que se excluiría el derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario. Por lo demás, cabe recordar otra idea básica y reiterada por este Centro Directivo, cual es la interpretación y aplicación restrictiva de los derechos de adquisición preferente.

Resolución de 27-7-2022

BOE 10-8-2022

Registro de la Propiedad de San Cugat del Vallès, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO DE LAS TRANSMISIONES.

Se recuerda que con carácter general no es posible la consignación en la publicidad formal del precio de las transmisiones.

Con carácter previo debemos recordar (cfr. resoluciones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 2017 y 14 marzo de 2019, entre otras), que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador.

En el supuesto de este expediente, el registrador estima suficientemente acreditada tanto la finalidad perseguida con la solicitud de publicidad como el interés legítimo del solicitante para obtener la información sobre el estado actual de la finca en el Registro, pero a su juicio, no se reúnen los requisitos para que en la certificación expedida se incluya el precio de la segunda transmisión.

Como regla general, el registrador, como responsable del Registro y en el ejercicio de su función pública, controla la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos personales, debiendo decidir, caso por caso, si procede incluir el precio de la transmisión de un inmueble en la publicidad registral. Así serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad y que son aplicables a la luz de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 3/2018 de 5 de diciembre: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando

se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende. En el caso de la segunda transmisión el precio de venta refleja un dato sensible, como es la capacidad económica de los compradores, que no puede incluirse en ninguna de las excepciones a la normativa de protección de datos antes citadas. El anuncio de posibles acciones judiciales no es motivo suficiente para enervar el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Resolución de 27-7-2022

BOE 10-8-2022

Registro de la Propiedad de Ferrol.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO APLAZADO.

Se debe aplicar las normas sobre imputación de pagos para determinar la parte de precio ya satisfecho a cada una de las fincas, y así determinar el precio aplazo por el que queda afecta cada una.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 28 de febrero de 1994) que cuando al impago del precio aplazado de varias fincas vendidas se liga la facultad resolutoria del contrato por la parte vendedora, tal pacto no es inscribible sin distribuir o determinar cuál es la parte del precio pendiente del que ha de responder cada una de las fincas vendidas, pues la exigencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como una manifestación del conocido como principio de determinación, consecuencia a su vez del de especialidad que la llevanza del Registro por fincas impone, no deja lugar a dudas sobre su necesidad.

En el presente caso se fija en el mismo acto el precio concreto que se atribuye a cada una de las tres fincas vendidas, y, al no imputarse la cantidad anticipada a cuenta del precio cuyo pago es aplazado, habrán de aplicarse las normas del Código Civil relativas a la imputación de pagos (cfr. art. 1172, 1173 y 1174 CC y la Resolución de este Centro Directivo de 12 de mayo de 2011). Por ello, el registrador debe aplicar el criterio legal de imputación establecido en el artículo 1174 del Código Civil para reflejar en el asiento registral la distribución del precio cuyo pago es aplazado entre las tres fincas vendidas (respectivamente, 32 000, 24 000 y 24 000 euros).

Resolución de 27-7-2022

BOE 10-8-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número16.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: FORMA DE INSCRIPCIÓN.

Cabe la inscripción de una concesión como bien inmueble o la afectación de fincas a una concesión, pero es necesario presentar el título concesional correspondiente.

El artículo 334 del Código Civil en su apartado décimo califica como bienes inmuebles «las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». La posibilidad de inscribir la concesión administrativa como bien inmueble, en sí misma considerada, viene prevista en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario al determinar que «las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente». Como resulta del precepto, deben afectar o recaer sobre bienes inmuebles, por lo que se excluyen las concesiones de servicios públicos, que se califican en el artículo 336 del Código Civil como bienes muebles. Así lo afirmó la resolución de este Centro Directivo de 16 de septiembre de 2021. No obstante —como aclaró la resolución de 5 de enero de 2022— nada impide, la constancia registral de la afectación de determinados inmuebles a una concesión de servicio público, dada la transcendencia real de la afectación.

No necesariamente los bienes afectos a una concesión son bienes demaniales públicos. El dato de la afectación carece de virtualidad suficiente para prejuzgar la titularidad pública de un bien. Las concesiones administrativas son por tanto inscribibles en el Registro de la Propiedad, como verdaderos inmuebles que son (art. 334 CC), al igual que los derechos reales constituidos sobre las mismas. En esto se diferencian de las meras autorizaciones administrativas para la utilización de bienes demaniales, que solo serán inscribibles en el Registro de la Propiedad cuando la autorización atribuya un derecho de aprovechamiento especial sobre dichos bienes de dominio público.

Ahora bien, en este caso, la mera aportación de la orden de la orden 1689/2020, de 20 de julio, de la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid, no es suficiente para motivar la práctica de una inscripción de concesión administrativa en el Registro de la propiedad, pues no se acompaña título concesional alguno. Una vez que se formalice el título inscribible, e identificados los inmuebles que, en su caso, quedan afectos (con expresión, si son bienes inscritos, de las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria para la descripción de la finca *ex art. 9 LH*) podrá calificarse el alcance y contenido de la concesión administrativa cuya inscripción se pretende.

Finalmente debe confirmarse la exigencia de que previamente a la calificación e inscripción (conforme al art. 254 LH) deba acreditarse el pago, no sujeción o exención de los impuestos que graven la concesión, como es el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (véase artículo 7.1. del Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados).

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 13-6-2022.

BOE 7-7-2022

Registro Mercantil de Valencia, número VI

EXCLUSIÓN DE SOCIO EN SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL: EJECUCIÓN E INSCRIPCIÓN DEL ACUERDO DE EXCLUSIÓN.

SE CONFIRMA

Aunque como regla general, la Ley de Sociedades Profesionales establece que la exclusión del socio será eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado, ello no excluye la aplicación de las normas de la LSC y del RRM sobre ejecución y la inscripción del acuerdo de exclusión del socio (valor razonable a pagar, experto que lo fije y procedimiento de valoración, manifestación de reembolso o consignación, reducción de capital) para que dicho acuerdo, con la consiguiente reducción (salvo adquisición de las participaciones por la sociedad, los socios o un tercero), sea oponible a terceros.

Resolución de 14-06-2022.

BOE 7-7-2022

Registro Mercantil de Huelva

NO CABE DESIGNACIÓN DE AUDITOR VOLUNTARIO SI HAY RESOLUCIÓN DE DESIGNACIÓN DE AUDITOR A PETICIÓN DE SOCIO MINORITARIO

SE CONFIRMA

Existiendo resolución de designación de auditor a petición de socio minoritario no cabe inscribir designación de auditor voluntario sin dejar sin efecto dicha resolución en el procedimiento adecuado y con intervención de los interesados. Por otro lado, el nombramiento del auditor voluntario no se encuentra entre las excepciones al cierre registral por falta de depósito de cuentas. Si se pretende la revocación del auditor nombrado por el registrador y la designación de otro distinto, habrá que acudir al procedimiento oportuno (arts. 350 y sigs. RRM). El recurso contra la calificación del registrador solo puede tener por objeto la impugnación de la misma.

Resolución de 21-6-2022.

BOE 25-7-2022

Registro Mercantil de Madrid, número VIII

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: CUOTA DE LIQUIDACIÓN EN ESPECIE.

SE REVOCA

La Dirección General reitera doctrina (resolución de la Dirección General de 4 de mayo de 2016, entre otras) que siempre que se respeten los límites del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de derecho de sociedades y, especialmente, como es este caso, en sociedades de responsabilidad limitada, cabe establecer una modificación de estatutos por la que el contenido de la cuota de liquidación se pueda establecer en especie.

El marcado carácter imperativo de las operaciones de liquidación ceden en aquellos casos en que a salvo los derechos de los socios y de terceros, así resulta por acuerdos de aquellos o por disposición de los estatutos cuando la ley así lo autoriza, —en este supuesto se adopta por unanimidad— (art. 393 LSC).

Para que los estatutos prevean semejante posibilidad —ya aceptado por la resolución de 13 de febrero de 1986—, es preciso que el acuerdo de modificación, cuando no resultare de los estatutos inicialmente aprobados, sea adoptado por todos los socios de la sociedad con fundamento en el artículo 292 LSC según afirmó la resolución de 30 de julio de 2015.

Resolución de 20-6-2022.

BOE 26-7-2022

Registro Mercantil de Huelva.

LOS ESTATUTOS TIENEN QUE RECOGER LAS FORMAS ESPECIALES DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL PARA LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES. RELACIONES ENTRE USUFRUCTUARIO Y NUDO PROPIETARIO.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La Dirección General confirma y reitera doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 4 de octubre de 2021 en el sentido de que la previsión estatutaria de un régimen convencional de convocatoria en sustitución del régimen legal debe contemplar expresamente las excepciones para los casos de modificaciones estructurales.

Por otro lado, la Dirección General revoca la calificación de la registradora con relación a las fuentes del derecho aplicable en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable. En el supuesto que nos ocupa esta legislación aplicable viene detallada en los propios estatutos al indicar que se aplican los artículos 128 y 129 de la ley a la liquidación del usufructo y al ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones sociales, abonándose en este último caso en dinero las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario (art. 131.2 LSC).

Resolución de 21-6-2022.

BOE 26-7-2022

Registro Mercantil de Madrid, número VIII

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: CUOTA DE LIQUIDACIÓN EN ESPECIE.

SE REVOCA

La Dirección General reitera la doctrina (resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 4 de mayo de 2016, entre otras) que siempre que se respeten los límites del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de derecho de sociedades y, especialmente, como es este caso, en sociedades de responsabilidad limitada, cabe establecer una modificación de estatutos por la que el contenido de la cuota de liquidación se pueda establecer en especie.

El marcado carácter imperativo de las operaciones de liquidación ceden en aquellos casos en que a salvo los derechos de los socios y de terceros, así resulta por acuerdos de aquellos o por disposición de los estatutos cuando la ley así lo autoriza, —en este supuesto se adopta por unanimidad— (art. 393 LSC).

Para que los estatutos prevean semejante posibilidad —ya aceptado por la resolución de 13 de febrero de 1986—, es preciso que el acuerdo de modificación, cuando no resultare de los estatutos inicialmente aprobados, sea adoptado por todos los socios de la sociedad con fundamento en el artículo 292 LSC según afirmó la resolución de 30 de julio de 2015.

Resolución de 22-6-2022.

BOE 26-7-2022

Registro Mercantil de Murcia, número III

SOLICITUD DE AUDITOR POR SOCIO MINORITARIO: CONSECUENCIAS LEGALES EN CASO DEL CIERRE DE EXPEDIENTE POR NO ACEPTAR LOS AUDITORES NOMBRADOS.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma y reitera doctrina de la resolución de 3 de diciembre de 2020, en la que se indicaba que tras solicitar el socio minoritario nombramiento de auditor es obligatorio que el depósito de cuentas vaya acompañado por el informe de este. En el caso de que se haya llevado a cabo tres nombramientos de auditor por parte del registrador, si todos ellos deciden no aceptar el nombramiento se produce el cierre del expediente, pero la obligación de que en el depósito de cuentas se acompañe el pertinente informe de auditor persiste. Dicha consecuencia legal dejará de persistir si el socio minoritario desiste o renuncia a su derecho.

Resolución de 28-6-2022.

BOE 26-7-2022

Registro Mercantil de Barcelona, número XIII

FALTA DE AUTOLIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO. OBLIGACIÓN DEL SOCIO EXTRANJERO, SUSCRITOR DE AUMENTO DE CAPITAL, DE ACREDITAR SU NIF. INSCRIPCIÓN DE NOMBRAMIENTO DE CONSEJERO CUANDO EXISTE DISCREPANCIA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La Dirección General confirma y reitera doctrina de numerosas resoluciones (24 de junio de 2010, 26 de enero de 2012 y 19 de octubre de 2016) en virtud de la cual la falta de acreditación del pago del impuesto cierra el Registro.

El artículo 38 RRM regula la constancia de identidad, y exige una serie de datos para determinados actos, entre los que se encuentra el aumento de capital. A estos efectos indica que los extranjeros pueden acreditar su identidad mediante el pasaporte, la tarjeta de residencia o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes. Solo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio el que conste el número de identificación fiscal, existiendo numerosa normativa en la que indica que para este tipo de actos es necesario identificar el NIF por parte del extranjero en los casos de aumento de capital la Dirección General confirma tal exigencia.

Finalmente, la Dirección General admite que el único acuerdo adoptado es el nombramiento de un consejero por la junta general, habiendo discrepancia al final del texto cuando indica que el Consejo de administración se compone de 5 consejeros cuando en el Registro Mercantil constan 4; dicha discrepancia no afecta a este nombramiento Si afectará cuando se pretenda inscribir acuerdos que se adopte por este consejo de administración, en cuyo se tendrá que observar tal discrepancia. No obstante, en este supuesto tampoco procede la inscripción por faltar la aceptación del cargo de dicho consejero.

Resolución de 29-6-2022.

BOE 26-7-2022

Registro Mercantil de Madrid, número XIII

CUANDO LA SUSTITUCIÓN DEL OBJETO SOCIAL IMPLICA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL HAY CAUSA LEGAL DE SEPARACIÓN DEL SOCIO.

SE CONFIRMA

La Ley 25/2011, de 1 de agosto indica que estamos ante una sustitución del objeto social cuando conlleva una modificación sustancial del mismo (STS de 10 de marzo de 2011 y resoluciones de 18 de agosto y 11 de noviembre de 1993, resolución de 28 de febrero de 2019 y RDGSJFP de 12 de abril de 2021 sigue el mismo criterio en materia de designación de expertos).

La supresión de actividades incluidas en el objeto social debe ser considerada una modificación sustancial (art. 346 LSC) tal y como ocurre en este caso por lo que la Dirección General confirma que no se puede llevar la inscripción por no haberse acreditado el derecho de separación de todos los socios que no hubieren

votado a su favor, así como si no se acredita que se ha cumplido con lo establecido en los artículos 348 —publicidad del acuerdo— y 349 LSC —oposición de los socios no concurrentes a la junta—.

Resolución de 10-6-2022

BOE 1-8-2022

Registro Mercantil de Burgos

CESE DE ADMINISTRADORES POR CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR LOS NOMBRADOS Y OPOSICIÓN DE LOS ANTERIORES POR DESCONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: VALIDEZ Y EFECTOS.

SE CONFIRMA

Se trata de un caso de nombramiento de nuevos administradores mancomunados mediante certificación expedida por los nombrados y oposición de los anteriores acreditando la desconvocatoria de la junta.

La desconvocatoria de una junta general se debe considerar válida cuando se ha cumplido los requisitos de publicidad necesarios y la antelación suficiente —en este caso por burofax (igual que la convocatoria, que todos han recibido menos el recurrente que ha demorado su recogida) (STS 198/2004 y RDGRN de 21 de enero de 2013, 28 de julio de 2014, 22 de mayo de 2017).

Considerada válidamente desconvocada la junta general por el órgano competente para ello, debe rechazarse la inscripción de los acuerdos sociales adoptados en la misma (art. 111.1 RRM). El artículo 111 RRM trata evitar la inscripción de nombramientos inexistentes en los casos en que la certificación es expedida por el nombrado y solo la oposición fundada en la justificación de dicho acuerdo a la falta de autenticidad del nombramiento puede justificar el cierre registral (RDG de 12 de abril de 2022 y 9 de junio de 2021).

Resolución de 4-7-2022

BOE 8-1-2022

Registro Mercantil de Barcelona, número II

SOLICITUD POR LA MINORÍA DE LEVANTAMIENTO ACTA NOTARIAL DE LA JUNTA DONDE SE APRUEBAN LAS CUENTAS: LA FALTA DEL ACTA NOTARIAL CONLLEVA LA INEFICACIA DE TODOS LOS ACUERDOS.

SE CONFIRMA

Solicitada por la minoría al administrador el levantamiento de acta notarial de la junta que adoptó el acuerdo de aprobación de cuentas del ejercicio 2020, esta documentación de los acuerdos es imprescindible para su eficacia y su acceso al Registro Mercantil (art. 203 LSC)

Resolución de 6-7-2022

BOE 1-8-2022

Registro Mercantil de Valencia, número I

AMPLIACIÓN DE CAPITAL CON CARGO A RESERVAS: APROBACIÓN DEL BALANCE Y FECHA DEL INFORME DE AUDITORÍA.

SE REVOCA

El acuerdo de ampliación de capital es adoptado por unanimidad de todos los socios con referencia a un concreto balance auditado. Se subsana el defecto aportando el mismo y el informe de auditoría datado al día siguiente de la junta. Del acuerdo unánime por todos los socios se desprende que era conocido por todos y no genera ningún perjuicio a los socios (STS de 15 de julio de 2020, Sala de lo Civil, Sección Primera).

Resolución de 18-7-2022.

BOE 4-8-2022

Registro de Bienes Muebles de Córdoba.

NO ES EXIGIBLE QUE EL VEHÍCULO ESTÉ MATRICULADO EN LA DGT PARA ACCEDER AL REGISTRO DE BIENES MUEBLES SI SU DESTINO NO ES CIRCULAR.

SE REVOCA

La maquinaria —en nuestro caso vendimiadora y tractor— no son susceptibles de matriculación en la DGT por no ser vehículos cuyo destino sea circular. No es necesario para acceder al Registro de Bienes Muebles y quedar protegido por sus garantías inmobiliarias que un bien sea apto para circular ni la previa matriculación de este, siempre que tenga un número de fabricación o chasis que lo identifique. Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

La conexión entre el Registro de Bienes Muebles y el registro administrativo de tráfico tiene una finalidad simplemente de coordinación entre la información puramente administrativa y la jurídica, pero la presunción de legitimación dispositiva sobre bienes muebles inscritos en el Registro de Bienes Muebles corresponde al titular inscrito en este (resolución de 18 de febrero de 2021 y artículo 24 de la Ordenanza de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

Resolución de 27-7-2022.

BOE 9-8-2022

Registro Mercantil de Tarragona, número I

MODIFICACIÓN ESTATUTOS SOCIALES: VOTACIÓN POR ARTÍCULO (ART. 197 BIS LSC). DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO MINORITARIO (ARTS. 346 Y 348 LSC).

SE CONFIRMA

A tenor del artículo 197 bis LSC la modificación de estatutos sociales debe votarse de forma separada por cada artículo o grupo de artículos. En el caso que nos ocupa se ha incumplido la norma al votar la modificación de los estatutos de forma global. En dicha votación han participado los dos socios de la sociedad, el socio mayoritario y administrador por un lado y el socio minoritario (25% del capital), consecuencia que el administrador ha planteado la votación del cambio de estatutos por refundición de forma global se ha vulnerado el derecho de separación del socio conforme a los artículos 346 y siguientes LSC.

Resolución 27-7-2022.

BOE 9-8-2022

Registro Mercantil de Mahón

ESTATUTOS SOCIALES: SISTEMA DE REMUNERACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.

SE CONFIRMA

Antes de entrar en el fondo del asunto, en cuanto a la forma, se discute por el recurrente que no está debidamente motivada y argumentada la calificación del registrador, cuestión que no es aplicable al presente caso porque no solo no es cierto, sino que ha solicitado una doble calificación.

Confirma la Dirección General su reiterada doctrina de que en la redacción de los estatutos sociales de una sociedad debe de quedar regulada el sistema de remuneración del órgano de administración, determinando si dicho sistema consiste en una participación de beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer (resoluciones 7 de julio y 16 de noviembre de 2021, entre otras).

No basta con una previsión de retribución como ocurre en este caso, sino que se requiere la determinación del sistema o sistemas concretos de remuneración, si perjuicio de la competencia de la junta general de la sociedad para la determinación de la masa retributiva máxima a satisfacer en cada ejercicio anual, ya se adopte el acuerdo al principio del ejercicio o en cualquier otro momento (sentencia del Tribunal Supremo número 1859/2021, de 13 de mayo).

Resolución de 27-7-2022.

BOE 9-8-2022

Registro Mercantil de Málaga número I

PUBLICIDAD FORMAL MERCANTIL: FORMA DE EMISIÓN Y COSTE. PUBLICIDAD EN MASA. DATOS PERSONALES.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma su doctrina de que no cabe afirmar, como se hace en el recurso, el carácter imperativo que la información deba ser pública, abierta y gratuita ya que no puede confundirse el carácter público del contenido del Registro Mercantil con su acceso en masa e indiscriminado cuando se refiera a datos de personas físicas que, como en cualquier otro caso, están protegidos por normas especiales y de igual trascendencia que las que proclaman la publicidad del Registro Mercantil (Resolución DGSJFP de 8 de febrero 2022, que cita otras muchas).

En lo que respecta a la solicitud de información gratuita al amparo de la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 22009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, se encuentra en la actualidad limitada al siguiente contenido: el nombre y la forma jurídica de la sociedad; domicilio social de la sociedad y Estado miembro en el que está registrada, y el número registro de la sociedad, y en todo caso cuando la solicitud de la publicidad sea mediante el sistema de interconexión de registros introducido por dicha Directiva, cuyo efecto directo no cabe alegar en este punto, pues su aplicación no depende del Estado español sino de la plataforma europea de interconexión de registros. Y en cuanto al pretendido efecto directo de la Directiva 2019/1024 sobre apertura de datos del sector público la misma ya ha sido traspuesta al derecho español excluyendo de su ámbito subjetivo al Registro Mercantil.

Resolución de 28-7-2022.

BOE 9-8-2022

Registro Mercantil de Guadalajara

INFORME DE AUDITORÍA: IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR EL TRABAJO DE AUDITORÍA.

SE REVOCA

De acuerdo a la resolución de la Dirección General de 18 de octubre de 2018, solo se debe denegar el depósito de las cuentas cuando del informe del auditor resulte la afirmación de existencia de incumplimiento radical del deber de colaboración por parte de las sociedad (art. 6 de la Ley de Auditoría en relación con el art. 10.2.a] del Reglamento de Auditoría), y consecuencia de ello resulta la afirmación de imposibilidad de realizar el trabajo de auditoría, debido a los efectos que conlleva el cierre del registro para la misma. Este requisito no se da en el caso que nos ocupa donde se ha aportado parte de la documentación al auditor.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El *sharenting*, una cuestión de patria potestad (¿y de protección de datos?)

Sharenting, a question of custody, (and data protection)?

por

ALEJANDRO ZORNOZA SOMOLINOS
Profesor de Derecho mercantil.
UCAM Universidad Católica de Murcia

RESUMEN: El *sharenting* es la práctica por la cual los padres comparten fotos de sus hijos en redes sociales. Si bien el calificativo es moderno, la actividad no lo es en absoluto, pudiendo rastrearse los primeros pronunciamientos de las Audiencias Provinciales al respecto hasta el año 2015. A falta de previsiones legislativas específicas en la materia, la jurisprudencia menor trata de establecer las características que el *sharenting* debe reunir para ejercitarse de manera que garantice suficientemente el derecho constitucional del menor a su propia imagen, a saber: que conste el consentimiento de ambos progenitores, que la difusión se realice en plataformas digitales y que el menor tenga menos de catorce años. La complejidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre el interés superior del menor y el correcto desempeño de su protección y crianza se agrava cuando los padres, separados o divorciados, siguen conservando ambos la patria potestad, pero solo uno de ellos ostenta la guarda del menor. Este trabajo recopila los pronunciamientos más relevantes de las Audiencias Provinciales en materia de *sharenting* y, por medio de su estudio, expone la doctrina que actualmente se está elaborando, reflexionando sobre su futuro y adecuación.

ABSTRACT: *Sharenting* is the practice of parents publishing pictures of their children on social networks. Although the term is modern, the activity is not modern at all, and the first pronouncements of the Provincial Courts (Audiencias Provinciales) can be traced back to 2015. In the absence of specific legislative provisions on the

matter, case law attempts to establish the sharenting characteristics to guarantee the constitutional rights of minors. So, the consent of both parents must be obtained, the dissemination must be carried out on digital platforms, and the minor must be under fourteen years old. The complexity of striking the right balance between the best interests of the child and the correct performance of the child's protection and upbringing is aggravated when the parents, separated or divorced, both retain custody, but only one of them is the guardian of the child. This paper compiles the most relevant pronouncements of the Provincial Courts and, through its study, sets out the spanish doctrine that is currently being developed, reflecting on its future and adequacy.

PALABRAS CLAVE: *Sharenting. Menores. Fotos. Redes sociales. Padres. Progenitores. Patria potestad. Imagen. Privacidad. Protección de datos.*

KEY WORDS: *Sharenting. Minors. Pictures. Social networks. Parents. Custody. Image, privacy. Data protection.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NORMATIVA APLICABLE AL *SHARENTING* Y LOS INTERESES LEGAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.—III. LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE SIRVIERON COMO PUNTO DE PARTIDA.—IV. LOS ELEMENTOS DEL *SHARENTING* A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA MENOR: 1. EL NECESARIO CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS REPRESENTANTES DEL MENOR. 2. LA DIFUSIÓN DE LA IMAGEN DEL MENOR EN INTERNET. 3. EL MENOR DE HASTA CATORCE AÑOS DE EDAD.—V. ¿ES REALMENTE APLICABLE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS?—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Conviene recordar que el derecho fundamental al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, a pesar del momento de exhibición e hiper conectividad que vivimos, es el principal bastión de los derechos de la personalidad frente a las intromisiones ilegítimas de terceros.

Tras la actualización comunitaria de la normativa en materia de protección de datos, y de las labores pedagógicas y de concienciación que se han realizado en los últimos años, se observa que tanto los prestadores de servicios electrónicos como los usuarios están más comprometidos con el hecho de que, para difundir la imagen de una persona en redes sociales, debe constar necesariamente su consentimiento expreso.

Sin embargo, parece existir cierta confusión (o quizás un desconocimiento bienintencionado) entre los progenitores que difunden imágenes de sus hijos menores de edad respecto de los límites con los que pueden disponer de la imagen de sus propios hijos.

Desde hace un tiempo, el acto consistente en que los padres compartan fotos y vídeos de sus hijos menores en Internet ha pasado a conocerse como *sharenting*, resultado de combinar las palabras inglesas *share* (compartir) y *parenting* (crianza). Se trata de una práctica normalizada, especialmente en el ámbito de

las redes sociales y de los servicios de mensajería instantánea, a través de los cuales los padres difunden la imagen de los menores entre sus contactos.

Las razones que llevan a compartir la imagen del hijo en redes sociales son, como no podría ser de otra manera, puramente personales e interesadas. En ocasiones sirve para que, mediante un solo acto, familiares y amigos puedan ver a los más pequeños. Otras veces, sin embargo, el motivo es tan espurio como el deseo de ganar visibilidad ante el resto de usuarios de la red social. Sea como fuere, en ambos casos existen una serie de intereses constitucionalmente protegidos que no pueden descuidarse, como son el derecho del menor a su propia imagen, el derecho a su intimidad personal y familiar y el derecho al honor.

Aunque el calificativo (*sharenting*) es nuevo, para las Audiencias Provinciales la conducta a la que hace referencia no lo es en absoluto: concretamente, en relación a la publicación de imágenes de los menores en redes sociales, que es lo que aquí interesa, los pronunciamientos pueden rastrearse con facilidad hasta el año 2015 (de la primera sentencia relevante dictada por una Audiencia Provincial ya se encargó magistralmente en su momento, y en esta misma publicación, [DE LA IGLESIA MONJE, 2015, 3619]), el mismo año en que el Tribunal Supremo estableció que la difusión de la imagen de un menor en medios de comunicación requiere del consentimiento conjunto de ambos progenitores, no siendo suficiente la autorización prestada por solo uno de ellos.

El modo en que el *sharenting* se adecua al ordenamiento jurídico no presentaría ninguna complicación si no fuera porque la legislación en materia de protección de la imagen del menor está orientada a garantizar que no se produzcan intromisiones ilegítimas por parte de los medios de comunicación, pero es que la conducta que aquí se estudia guarda más relación con determinar si los progenitores gozan de libertad para difundir la imagen de sus propios hijos en redes sociales. Una situación compleja que, además, se agrava en los supuestos en los que los progenitores han disuelto, o están en vías de disolver, su relación, y ambos continúan ostentando la patria potestad, pero solo uno de ellos conserva la custodia del menor. Por medio de la judicialización del *sharenting* se descubre que los padres, que deben velar por la protección de los derechos del menor, son en realidad quienes los vulneran, y no es por una pretendida intromisión ilegítima en el derecho de la propia imagen de sus hijos, sino por los excesos cometidos en el ejercicio de la patria potestad.

A continuación, mediante la recopilación y exposición de las resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales en la materia, se pasa a exponer las características del *sharenting*. Cualquier análisis más profundo desbordaría el objeto de este comentario jurisprudencial, de manera que el estudio de la cuestión vendrá limitado por los argumentos esgrimidos por los propios tribunales.

II. LA NORMATIVA APLICABLE AL SHARENTING Y LOS INTERESES LEGAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Cabe recordar, como ya lo ha hecho el Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos, que el artículo 18.1 de la Constitución española no consagra un único derecho fundamental (el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), sino tres derechos autónomos, con su propio contenido específico, de manera que la difusión de la imagen de una persona que no resulte identificada puede vulnerar su derecho a la intimidad pero no el derecho a su propia imagen, del mismo modo que puede vulnerarse el derecho

a la propia imagen y no conculcar el derecho a la intimidad si las imágenes permiten la identificación de la persona pero no revelan información sobre su vida íntima (SSTC de 2 de julio y de 26 de marzo de 2001 y de 18 de enero de 2003¹, entre otras).

Con esta perspectiva se ha venido considerando que el *sharenting* puede afectar directamente, al menos, a dos intereses constitucionalmente protegidos: el primero, el derecho a la intimidad personal y familiar y, el segundo, el derecho a la propia imagen, este último expresado también a través de la protección de datos personales. En lo que respecta al derecho al honor del menor, por el tipo de comportamiento que aquí se estudia, cabe entender que solo entrará en juego cuando se hayan vulnerado el derecho a la imagen o el derecho a la intimidad².

Tanto el derecho a la intimidad personal y familiar como el derecho a la propia imagen cuentan con sus propias normas de desarrollo. Por un lado, con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982), cuyo artículo segundo establece que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales y, en cualquier caso, no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. En relación a los menores, el artículo tercero indica que el consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, y, en caso de faltar esta madurez, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal.

La Ley Orgánica 1/1982 se complementa con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), cuyo artículo 4 reconoce expresamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores, y declara su salvaguarda de las intromisiones ilegítimas señalando que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

En lo referente al derecho a la propia imagen, y solo para lo que se refiere al tratamiento de la imagen como un dato personal, los tribunales traen a colación la normativa de protección de datos, esto es, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) (desde ahora, Reglamento 2016/679) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, Ley Orgánica 3/2018).

El artículo 6 del Reglamento 2016/679 enumera las condiciones en las que será lícito el tratamiento de datos personales, siendo la primera de estas condiciones que el interesado (esto es, el titular de los datos personales) dé su consentimiento para dicho tratamiento. Para que el consentimiento sea válido, este tiene que ser manifestado de forma libre, específica, informada e inequívoca. Tal y como sucede en todos los ordenamientos del entorno, el consentimiento se encuentra ligado a la capacidad de obrar, que está limitada por la mayoría de edad. Por eso, para el caso en que el tratamiento de datos tenga como base legal el consentimiento

prestado por el interesado, pero este sea menor de edad, el artículo 8 del Reglamento 2016/679 establece que el consentimiento otorgado por un menor para el tratamiento de datos personales solo será lícito cuando tenga, como mínimo, dieciséis años. Si el niño es menor de dieciséis años, el tratamiento únicamente será lícito cuando el consentimiento lo otorgue o lo autorice el titular de la patria potestad o titular del niño. No obstante, el Reglamento permite a los Estados miembros establecer por ley una edad inferior a tales fines, que en ningún caso podrá ser inferior a trece años.

En efecto de esta disposición, y con base en lo anterior, el artículo 7 de nuestra Ley Orgánica 3/2018 determina que el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce de años, y que el tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen sus titulares.

Por último, los artículos 154 y 156 del Código Civil, sobre las relaciones paterno-filiales y el artículo 162 del mismo Código sobre la representación legal de los hijos.

El artículo 154 establece que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores y que la patria potestad, en tanto que responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y su integridad física y mental. Por su parte, el artículo 156 determina que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro y que, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial para resolver la disputa. Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, salvo que la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, y en interés del hijo, atribuya a ambos la patria potestad para que la ejerzan conjuntamente, aunque solo uno de los progenitores ostente la guarda del menor. Por su parte, el artículo 162.1 del Código Civil determina que quienes ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, excepto para los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, conforme a su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

Bien, pues este catálogo de normas y preceptos concurren, al mismo tiempo, en los casos judicializados de *sharenting* que se van a estudiar, y lo hacen del siguiente modo: el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental de la personalidad (art. 18.1 CE) que los menores de edad tienen expresamente reconocido (art. 4.1 Ley Orgánica 1/1996) pero del que no pueden disponer libremente, salvo que cuenten con la madurez necesaria para ello (art. 162.1 CC) por lo que, a fin de evitar intromisiones ilegítimas en el mismo (art. 4.3 Ley Orgánica 1/1996), para la utilización de la imagen de un menor que no haya alcanzado los catorce años de edad (art. 8 Reglamento 2016/679 y artículo 7 Ley Orgánica 3/2018) será necesaria la autorización previa de quienes le representen legalmente (además de los anteriores, también artículo 3 Ley Orgánica 1/1982). En el caso de los hijos menores de edad, esta representación recae sobre los progenitores, que son quienes ostentan la patria potestad (arts. 154 y 162.1CC). La patria potestad se entiende ejercida conjuntamente cuando los progenitores viven juntos, pero en caso de separación o divorcio, la patria potestad es concedida en exclusiva al progenitor custodio salvo que, por decisión judicial, se acuerde que esta siga siendo compartida. Cuando la patria potestad es compartida por progenitores no convivientes, y surgen conflictos entre ambos sobre sus límites y el poder de

decisión individual sobre actos relativos al menor, corresponde a la autoridad judicial dirimirlos (art. 156 CC). Para el *sharenting*, la decisión de uno solo de los progenitores de publicar la imagen del menor en redes sociales sin el consentimiento del otro progenitor es el objeto de dicho conflicto.

En fin, considero que esto cubre, en esencia, casi toda la cuestión.

III. LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE SIRVIERON COMO PUNTO DE PARTIDA

En junio de 2015 se dictaron dos sentencias relevantes en relación al objeto de este estudio. Una, la STS de 30 de junio, la otra, la SAP de Pontevedra de 4 de junio. Aunque se pronuncian sobre supuestos de hecho distintos, ambas alcanzan la misma conclusión: la difusión de la imagen de un menor requiere del consentimiento conjunto de quienes le representen legalmente, no bastando con la autorización prestada por solo uno de los representantes.

El Tribunal Supremo resuelve la pretensión de una madre que alega una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de su hijo, menor de edad, por parte de la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid y de Chiquiocio Cultural S.L. que, en el medio de comunicación del que son responsables (una revista), habían empleado la imagen del niño para ilustrar un evento organizado por el Museo de la Ciencia. La fotografía en cuestión había sido tomada por el tío del menor, que en el momento de realizarla era el director de exposiciones del Museo y quien había facilitado la fotografía para su utilización. Sin embargo, la madre alega que la foto fue tomada en un contexto íntimo y familiar, para uso particular, sin que mediase consentimiento expreso o tácito para su posterior utilización publicitaria, aun cuando el medio de publicación es puramente cultural y gratuito.

La sentencia realiza un recorrido entre los intereses protegidos por la Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 1/1996: en la medida en que el artículo 18 de la Constitución española garantiza a todos el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen como derechos de la personalidad, debe entenderse que los menores son titulares de estos derechos. Precisamente por su falta de madurez y capacidad, la protección que debe darse a los menores en este sentido debe ser mayor, y de ahí que se establezcan mecanismos como la necesaria prestación del consentimiento por parte de los representantes legales del menor cuando un medio de comunicación quiera difundir su imagen.

Para resolver el caso de autos, el Tribunal Supremo considera que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor se produce desde el momento en que se utiliza la fotografía sin el consentimiento de su madre, que es quien ostenta la patria potestad y, por tanto, quien es considerada su representante legal.

Además, la sentencia puntualiza que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce por la mera utilización de esta sin el consentimiento de los representantes del menor, pues la referencia que hace el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 a que la utilización de la imagen del menor en un medio de comunicación pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, por un lado, no es necesario que sea efectivo, sino que basta con que pueda implicarlo y, por otro lado, ese menoscabo no es sino la afectación de otros derechos fundamentales de la personalidad, como el de la intimidad o el honor, pero no el de la imagen³.

Por su parte, respecto de la publicación de imágenes en redes sociales, la SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015 sentó las bases para la cuestión que se trata

hoy aquí. En un proceso de juicio de divorcio, los contendientes discuten algunas de las medidas reguladoras de su nueva situación y, entre ellas, la solicitud de la madre del hijo de ambos de que se restrinja el proceder del padre de publicar fotos del menor en redes sociales.

Entiende el tribunal que lo que está en juego es el derecho fundamental a la propia imagen del menor, configurado como un derecho de la personalidad imprescindible para el correcto desarrollo de la persona, y que la representación fotográfica del menor constituye, a su vez, un dato de carácter personal. La disposición de la imagen de una persona, tanto desde su perspectiva constitucional como desde la de la protección de datos, requiere del consentimiento del titular del derecho, y cuando este es menor de edad, y si sus condiciones de madurez no le permiten prestar consentimiento, dicha autorización recae sobre quienes ostentan su representación legal. En el caso de los hijos, la representación la ostentan ambos progenitores en la medida en que son titulares, conjuntamente, de la patria potestad (art. 154 CC) y, salvo que en sede judicial se acuerde lo contrario, en caso de divorcio, ambos progenitores comparten la patria potestad aun cuando la guarda haya sido atribuida a solo uno de ellos (art. 156 CC). Por tanto, concluye la Audiencia, el progenitor que pretenda publicar una foto del menor en una red social deberá recabar previamente el consentimiento del otro progenitor.

A partir de este momento, y a través de la lectura conjunta de ambas sentencias, las Audiencias Provinciales han venido conformando su doctrina para el *sharenting* que, como se desarrolla a continuación, requiere al menos de tres elementos: el necesario consentimiento de todos los representantes legales del menor, que la difusión se realice a través de Internet y que el menor no haya alcanzado los catorce años de edad.

IV. LOS ELEMENTOS DEL *SHARENTING* A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA MENOR

1. EL NECESARIO CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS REPRESENTANTES DEL MENOR

Las resoluciones de las Audiencias Provinciales que alegan que solo el consentimiento de uno de los progenitores es suficiente son anecdóticas, tanto por minoritarias como por su antigüedad. Destaca, si acaso, la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2015, cuando al pronunciarse sobre la solicitud del padre de que se prohíba a la madre compartir fotos del menor en redes sociales, la audiencia solo pondera el interés superior del menor, indicando que no debe tomarse ninguna medida especial siempre que las fotos se compartan, por cualquiera de los cónyuges, con familiares y amistades cercanas. Además, a la vista de que las fotos compartidas no menoscaban el honor del menor, no procedía reproche alguno. No obstante, será la misma Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona (la decimoctava), aunque con diferente ponente, la que reconduzca la jurisprudencia de Sala al determinar que la responsabilidad parental es compartida y que la conducta del padre, consistente en publicar fotos del menor en redes sociales sin el consentimiento materno, debe considerarse contrario al ordenamiento jurídico (SAP de Barcelona de 25 de abril de 2017 y, posteriormente, en SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2018, la sección duodécima revisará también su propia doctrina, en la que venía dando por válido el consentimiento de uno solo los progenitores, y cambiará de parecer).

Dejando a un lado de estas excepciones, la exigencia del consentimiento conjunto de quienes ostentan la patria potestad es un criterio uniforme entre las Audiencias Provinciales.

Por sus particularidades, cabe mencionar la SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017, que ha asumido gran protagonismo entre el resto de tribunales. Por mi parte, considero que reviste un interés especial por tres motivos: el primero, por el desarrollo teórico que realiza sobre la identidad digital y la equiparación de la intimidad personal, familiar y de la propia imagen en redes sociales con la que hasta ahora era una doctrina jurisprudencial reservada para las intromisiones ilegítimas en medios de comunicación. El segundo, porque equipara el consentimiento dado por el guardador de hecho al consentimiento que en condiciones normales deben dar quienes ostentan la patria potestad y, por último, por la ponderación de la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de los menores en función de si el perfil en una red social es abierto o cerrado (de esta última cuestión nos ocuparemos más adelante).

En la sentencia referida, el tribunal desestima el recurso presentado por una madre que solicita que se declare la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de sus hijos por parte la abuela materna (es decir, por la madre de la recurrente), quien había publicado varias fotos de sus nietos en redes sociales sin el consentimiento de aquella, pero sí con el consentimiento de los padres (varones) de los menores. En el momento de la demanda, la abuela ostenta la guarda de hecho de los dos nietos, a pesar de que todos los progenitores siguen conservando la patria potestad sobre sus respectivos.

Entiende el tribunal que el consentimiento otorgado por la abuela, junto con el consentimiento de las figuras paternas, es suficiente para satisfacer la exigencia del consentimiento de quienes ostenten la representación legal de los menores, aunque la madre se oponga a dicha divulgación, y esto porque, en la medida en que la guarda de hecho está concebida como un mecanismo de protección de los menores, sirve para que el consentimiento dado por la abuela sea equiparable al de la madre, en connivencia con el de los padres.

Aunque la propia sentencia advierte de lo complejo del asunto, por su novedad, el hecho de que se pueda suplir la voluntad de quien ostenta y ejerce legalmente la patria potestad por quien ejerce la guarda de hecho se me antoja desproporcionada, pues la decisión de publicar una fotografía del hijo en una red social pertenece a la esfera de la responsabilidad parental compartida por ambos progenitores, no a la guarda (SAP de Barcelona de 25 de abril de 2017).

La SAP de Oviedo de 14 de mayo de 2018 fortalece la doctrina de requerir el consentimiento de ambos progenitores para difundir la imagen del menor en redes sociales, y lo hace aclarando cuáles son los límites de la conducta: ninguna persona que no represente legalmente a un menor puede hacer uso de la imagen de este sin el consentimiento del o de los representantes, del mismo modo que uno de los representantes no puede difundir la imagen sin el consentimiento del otro, pero tampoco puede uno de los representantes prohibir ni pedir que se prohíba a otros el uso de la imagen del menor como consecuencia del ejercicio de la patria potestad⁴.

2. LA DIFUSIÓN DE LA IMAGEN DEL MENOR EN INTERNET

Siguiendo la literalidad del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, solo cabe valorar si se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia

imagen del menor cuando esta ha sido difundida «en los medios de comunicación». Las Audiencias Provinciales recurren a la STS de 30 de junio de 2015 para fundamentar la necesaria concurrencia de las voluntades de ambos progenitores en los supuestos de *sharenting*, aunque en dicha sentencia la imagen se difunde en una revista y el *sharenting* se centra en plataformas digitales (esencialmente, en redes sociales). Dado que ninguna sala ha entrado a discutir el contenido del concepto de «medio de comunicación», ha de entenderse que tanto las redes sociales como las páginas de Internet que no tienen carácter periodístico o informativo forman parte del mismo.

Por razón del supuesto de hecho, la STS de 30 de junio y la SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015 coinciden en el interés digno de protección (el derecho a la propia imagen del menor) pero no en la conducta susceptible de vulnerarlo: en el caso del Tribunal Supremo, se protege al menor de la difusión de su imagen por los medios de comunicación. En el caso de la Audiencia Provincial, que es el que aquí se está estudiando, es quien ostenta la patria potestad quien difunde la imagen en dichos medios (en redes sociales), y se valora si esto puede suponer o no un abuso de la posición que se tiene respecto del menor y de los intereses de este.

La SAP de Barcelona de 18 de julio de 2019 incide en poner en contexto las circunstancias en que se toman las fotografías. La madre del menor presenta demanda contra el padre divorciado por haber autorizado al centro educativo, por sí solo y sin el consentimiento de la madre, la toma de fotografías y vídeos del menor durante su participación en actividades académicas o lúdicas organizadas por el centro. La oposición de la madre a esta autorización comportó que el menor tuviera que dejar de participar en las actividades, con el consecuente perjuicio para su socialización, por lo que el tribunal termina considerando que, en la medida en que el interés superior a proteger es el del menor, no se requiere el consentimiento de ambos progenitores para permitir la toma de fotos o vídeos de este en actividades escolares, pero aclara: esto no implica un permiso para su posterior divulgación indiscriminada en redes o medios, para lo que sí se requeriría el consentimiento conjunto.

Entre las Audiencias Provinciales no hay un criterio uniforme a la hora de determinar si es relevante o no que el perfil de una red social se encuentre abierto (esto es, que permita la interacción con terceros que no están en la órbita de contactos directos del usuario) o cerrado (el contenido del usuario está limitado a aquellos otros usuarios a los que este ha autorizado el acceso).

La SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017 determina que, constando la autorización de los representantes legales del menor, el hecho de que se publiquen fotos de este en una red social cerrada impide considerar una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, especialmente si se atiende al uso social de publicar fotos del ámbito familiar entre las personas conocidas⁵.

También la SAP de Madrid de 6 de julio de 2017 concluye que a raíz de la publicación de las imágenes del menor en redes sociales no se ha producido ninguna vulneración de derechos fundamentales, puesto que las imágenes compartidas no son susceptibles de generar menoscabo al menor ni en su honra ni en su reputación, y que su difusión ha sido llevada a cabo por el progenitor en una red social con un perfil cerrado, no por un tercero extraño (en la misma línea, la SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2021)⁶. Respecto del tribunal madrileño, cabe aclarar que la sentencia no está validando la posibilidad de que un progenitor pueda publicar fotos del menor sin el consentimiento del otro cuando el perfil sea privado, sino que, por haber alegado la madre la vulneración de los artícu-

los 154 y 156 del Código Civil, lo que hace la Audiencia Provincial es deslindar correctamente el *petitum* de la recurrente (que se declare la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor) de lo que debería haber sido su auténtica pretensión (denunciar un ejercicio inadecuado y excesivo de la patria potestad por solo uno de los progenitores) y, por eso, se puntualiza que la mera discrepancia sobre el ejercicio de la patria potestad no puede confundirse con la vulneración automática del derecho a la imagen del menor si esta no ha sido puesta en duda por la actora.

Por contra, la SAP de Barcelona de 25 de abril de 2017 hace prevalecer la necesidad del consentimiento de ambos progenitores sobre el criterio de la configuración del perfil de la red social, al indicar que, si bien la difusión de la imagen del menor se reduce inicialmente al grupo familiar y de amigos del padre, se hace sin el consentimiento de la madre y, por tanto, de manera contraria al ordenamiento⁷.

En este sentido, destaca la SAP de Madrid de 29 de junio de 2020: en el contexto de un proceso de divorcio, fija el Juzgado de Primera Instancia que ninguno de los progenitores podrá publicar fotos de la hija menor común en redes sociales sin el consentimiento del otro, alegando el padre en apelación que la medida es desproporcionada, pues debería poder hacerlo siempre y cuando fotografíe a su hija y publique dichas fotografías en redes sociales desde un perfil cerrado. El tribunal desestima el argumento y ahonda en la irrelevancia de que el perfil sea abierto o cerrado: la protección de la imagen personal de un menor no es completa por el mero hecho de que las fotos se publiquen en un perfil cerrado, pues es posible que desde una red de ámbito privado se suban fotografías para compartirlas en otra, escapando estas al control de los progenitores y poniendo en peligro los intereses constitucionales del menor que se deben salvaguardar.

Esta sentencia deja constancia del riesgo inherente de las redes sociales, y es que los pronunciamientos del Tribunal Supremo, así como de las Audiencias Provinciales, solo pueden reconocer el menoscabo efectivamente realizado al menor, pero no pueden protegerle de los perjuicios futuros que la difusión de su imagen pueda producir. Como ha recordado el Tribunal Supremo, una cuenta abierta o pública en una red social tiene como finalidad que su titular pueda comunicarse con terceros y que estos tengan acceso al contenido de esa cuenta pública e interactuar con su titular, pero eso no otorga automáticamente a los terceros el derecho a publicar las imágenes del titular en otros medios o canales, ni a usar o comunicar el contenido del titular, especialmente cuando dicho contenido consiste en la imagen de persona distinta a quien la difunde por primera vez (SSTS de 15 de febrero de 2017 y de 19 de diciembre de 2019), lo que significa que el contenido compartido en redes sociales es potencialmente accesible para cualquiera.

3. EL MENOR DE HASTA CATORCE AÑOS DE EDAD

En la legislación española, la edad a la que el menor puede prestar consentimiento sigue recibiendo un tratamiento heterogéneo en según qué ámbitos, generando no pocos conflictos en supuestos no regulados, como este que nos ocupa.

En cuanto a la edad que debe tener el menor para que los padres deban prestar autorización conjunta para que estos puedan divulgar la imagen de aquel en redes sociales, coinciden las Audiencias Provinciales en que el menor debe tener menos de catorce años⁸. Sin embargo, este límite no lo establecen ni la Ley

Orgánica 1/1982 ni la Ley Orgánica 1/1996, sino que se ha extraído directamente de la normativa en protección de datos.

Con arreglo al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, el interés superior del menor debe ser valorado y considerado como primordial en todas las decisiones que le conciernen, tanto públicas como privadas y, a medida que su edad, madurez, desarrollo y evolución personal se lo permita, sus deseos y opiniones serán tomadas en consideración. Y respecto de lo que aquí se trata, indica el artículo 4 de esta Ley que los menores están protegidos frente a las intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a su propia imagen, entendiéndose por intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, aun cuando medie consentimiento del menor o de sus representantes legales.

De aquí se deben extraer tres conclusiones: la primera, que en la justa medida en que el menor es titular del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puede disponer de este y permitir la difusión de su imagen o la divulgación de su intimidad personal y familiar. La segunda, que el menor tiene reconocida capacidad suficiente para prestar consentimiento a la hora de permitir la difusión de su imagen o la divulgación de su intimidad y, cuando no disponga de dicha capacidad, podrán prestar el consentimiento sus representantes legales. Y, por último, que todo lo anterior solo es posible cuando la difusión de la imagen del menor o la divulgación de su intimidad personal y familiar no suponga un menoscabo en su honra o reputación.

Dado que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 reconoce al menor la capacidad para prestar consentimiento, al menos en algunas circunstancias, pero no aclara cuáles son, hemos de buscar dicha capacidad en el artículo 2.3 de la misma norma, que replica el texto poco preciso del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982: la prestación del consentimiento por parte del menor se hace pender de su edad y de su madurez.

Es cierto que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que un menor de edad tiene madurez suficiente para ser escuchado y oído a partir de los doce años de edad, pero este derecho a que se tomen en consideración sus preferencias no se traduce en un derecho de disposición sobre sus propios intereses.

Por esta falta de concreción es por lo que las Audiencias Provinciales terminan recalando en la normativa de protección de datos: porque la Ley Orgánica 3/2018 fija la edad para prestar consentimiento válido al tratamiento de datos personales en los catorce años y, dado que la propia imagen es un dato personal, y es expresión del derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución, el límite de los catorce años debería resultar válido para que el menor preste consentimiento y deje de ser exigible el consentimiento conjunto de ambos progenitores, imponiéndose a los criterios abiertos de las Leyes Orgánicas 1/1982 y 1/1996, en mejor interés del menor de edad.

Al menos, esta es la conclusión que parece inferirse de la lectura de la jurisprudencia menor (ya que el razonamiento nunca se expone abiertamente) y que, sin embargo, a continuación, creo conveniente pasar a cuestionar.

V. ¿ES REALMENTE APLICABLE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS?

La SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015 recurrió al artículo 13 del (hoy, virtualmente derogado) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por

el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, para reforzar el argumento de que el menor de catorce años requiere de la intervención de sus representantes legales para evitar, *a priori*, que la publicación de una imagen del menor en una red social no sea constitutiva de intromisión ilegítima. En el caso de autos se reprocha al padre divorciado, quien ostenta la patria potestad junto con la madre, la difusión de la imagen del menor sin haber recabado previamente el consentimiento de esta, con quien, por tanto, está obligado a tomar conjuntamente cualquier decisión que implique los intereses del menor, incluida la publicación de fotos en redes sociales.

Como se ha indicado, los pronunciamientos posteriores de otras Audiencias han continuado exigiendo el consentimiento de ambos progenitores hasta que el menor alcance los catorce años de edad, siguiendo la senda de la normativa en protección de datos, entendiendo que la imagen es un dato personal para cuyo tratamiento por parte de terceros el menor de catorce años no puede prestar consentimiento por sí solo, sino que necesita la autorización de quienes le representan legalmente, que en el caso de los hijos son, en primer lugar, quienes ostentan la patria potestad. Si el menor de catorce años está sujeto a la patria potestad de ambos progenitores, ambos progenitores deben prestar consentimiento conjuntamente.

Bien, pues a pesar de todo lo anterior, se debe tener presente que por más que las Audiencias Provinciales recurran a la normativa de protección de datos, en realidad, esta no debería formar parte del argumentario, y es por lo siguiente: los asuntos que resuelven las Audiencias no versan sobre el tratamiento ilícito de los datos personales de los menores, sino sobre un exceso en el ejercicio de la patria potestad sobre estos, y aunque el bien protegido es el mismo (la imagen del menor) este se defiende desde perspectivas completamente diferentes.

Tanto la Ley Orgánica 1/1982 como la Ley Orgánica 1/1996 persiguen la defensa a ultranza de los derechos de la personalidad del menor, protegiéndolos de cualquier intromisión ilegítima, entendiendo que esta se produce cuando no consta el consentimiento de quienes ostentan la patria potestad y, constandingo o no el consentimiento, se produce un menoscabo en el honor del menor. Pero esta intromisión ilegítima solo se produce cuando quien difunde la imagen del menor es un medio de comunicación, incluso si el medio la ha obtenido directamente de uno de los progenitores.

En los supuestos de *sharenting*, el recurso al Reglamento 2016/679 y a la Ley Orgánica 3/2018 solo sería procedente si se enjuiciase también la responsabilidad de la red social como medio de comunicación y, por tanto, como responsable del tratamiento de los datos personales del menor; en la medida en que la imagen es un dato personal. Así, es competencia del responsable del tratamiento asegurar que el consentimiento es otorgado por quien está autorizado para ello, ya sea este el propio interesado (el titular del derecho) o la persona legitimada (en el caso de los hijos, necesariamente, ambos progenitores), y solo en estos casos, y desde esta perspectiva, tiene sentido traer a colación la protección de datos personales. No es objeto del Reglamento 2016/679 ni de la Ley Orgánica 3/2018 depurar responsabilidades sobre el ejercicio desbordado de la patria potestad, sino asegurar la licitud del tratamiento de datos personales.

A mayores, en todos los supuestos analizados, la necesidad de que conste el consentimiento de ambos progenitores no es para que el menor de catorce años comparta sus fotografías en redes sociales (que es cuando la red social, esto es, el responsable del tratamiento, va a requerir el consentimiento de los represen-

tantes legales) sino para que sean los propios padres quienes puedan compartir las fotos de su hijo en el interés personal de ellos, no de este.

VI. CONCLUSIONES

I. El *sharenting* es el fenómeno por el cual los padres comparten fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales. Esta práctica, cada vez más extendida y aparentemente inocua, se vuelve más compleja cuando los progenitores se separan o se divorcian y ambos conservan la patria potestad del menor, pero solo uno de ellos ostenta la guarda.

II. La legislación especial que contiene normas relativas al desarrollo del derecho fundamental a la propia imagen, no prevé, por novedosa, ninguna acción similar al *sharenting*, por lo que las Audiencias Provinciales han optado por una aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos necesarios para difundir la imagen de un menor en medios de comunicación, potenciada con algunos elementos propios de la normativa de protección de datos.

III. De este modo, si cualquiera de los progenitores, ya vivan juntos, separados o divorciados, quiere compartir en redes sociales la imagen de su hijo menor de catorce años de edad, debe constar el consentimiento de ambos, siempre que la patria potestad sea compartida e independientemente de quien ostente la guarda del menor.

IV. Por el contrario, esta necesaria concurrencia será exigible hasta que el menor alcance los catorce años, momento a partir del cual se encuentra en disposición de prestar su propio consentimiento sobre el tratamiento o no de su imagen en tanto que dato personal.

V. Sin embargo, no hay consenso entre las Audiencias Provinciales a la hora de determinar si el hecho de que las fotos se compartan desde un perfil abierto o cerrado resulta determinante. Frente a las primeras resoluciones en la materia, que consideran que los perfiles cerrados no son susceptibles de generar menoscabo en la honra o en la privacidad o imagen del menor, por cuanto solo amigos y familiares pueden tener acceso a las fotografías compartidas por los padres, comienzan a aparecer pronunciamientos advirtiendo del riesgo que supone compartir contenido de menores en redes sociales puesto que, una vez publicado, los padres pueden perder el control sobre el mismo.

VII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- 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.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta

al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC de 2 de julio de 2001.
- STC de 26 de marzo de 2001.
- STC de 18 de enero de 2003
- SAP de Barcelona de 22 de abril de 2015.
- SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015.
- STS de 30 de junio de 2015.
- STS de 15 de febrero de 2017.
- SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017.
- SAP de Barcelona de 25 de abril de 2017.
- SAP de Madrid de 6 de julio de 2017.
- SAP de Oviedo de 14 de mayo de 2018.
- SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2018.
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2019.
- STS de 19 de diciembre de 2019.
- SAP de Madrid de 29 de junio de 2020.
- SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2021.
- STS de 11 de noviembre de 2021.
- SAP de Madrid de 21 de enero de 2022.

IX. BIBLIOGRAFÍA

DE LA IGLESIA MONJE, M.A. (2015). El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3619-3631.

NOTAS

¹ STC de 18 de enero de 2003: «El carácter autónomo de los derechos del artículo 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente».

² La protección del derecho de los menores a la intimidad, al honor y a la propia imagen ha sido una constante en el ámbito legislativo internacional. Antes de la existencia de las redes sociales, la intromisión ilegítima en estos derechos se daba, esencialmente, por parte de los medios de comunicación, en los casos en que los menores protagonizaban directa o indirectamente una noticia. Los efectos perversos que la difamación puede tener en un menor, dada su falta de madurez y de recursos para enfrentarse a la sociedad, es lo que lleva a elaborar todo un catálogo de normas que garanticen la protección de los menores. Así, a modo de ejemplo, puede encontrarse una protección específica de los derechos de la personalidad de los menores en el artículo 24 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1976 («1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad»), en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 («[...] La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan (...)»), en el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 («8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente»), en el artículo 3.1 («En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño») y en el artículo 6 («Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación [...]») de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, o en el punto 8.29 («Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor») y el punto 8.43 («Todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad») de la Carta Europea de derechos del niño de 1992.

³ STS de 30 de junio de 2015: «La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal. El acento efectivamente de

la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines (...). Con motivo de la sobreexposición de la vida personal y familiar a que nos están acostumbrando las redes sociales, el Tribunal Supremo ha venido matizando esta última afirmación, especialmente cuando se valora si la intromisión ilegítima se produce en la vida íntima de un menor. En STS de 11 de noviembre de 2021, respecto de la publicación de la imagen del hijo menor de una pareja de personajes famosos autorizada solo por la madre, en la que el menor aparece de perfil soplando las velas, y la única a la que se aprecia realmente es a aquella, concluye la sentencia que solo quien conoce al niño personalmente o sus allegados le podría identificar, dado que se muestra una imagen parcial del mismo. Además, la fotografía transmitía una imagen familiar y de tranquilidad que de ningún modo supondría un menoscabo para el menor, reforzando, además, la distinción entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad en el fundamento de derecho octavo: el hecho de que la foto refleje un acto propio de la vida privada no comporta, por sí solo, ninguna lesión ilegítima de la intimidad del niño.

⁴ SAP de Oviedo de 14 de mayo de 2018: «La pretensión en los términos solicitados por la representación de D.^a Marisol no puede acogerse, en primer lugar porque la medida no puede extenderse a personas que no son parte en el procedimiento y en segundo término, no puede solicitarse una prohibición amplia y genérica al progenitor del menor de publicar imágenes del mismo, sino que en todo caso si D. Esteban quiere hacer difusión pública de imágenes de su hijo deberá recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse esta, podría acudir a la vía judicial en orden a su autorización, y en caso de que publicase alguna foto del menor sin autorización de su madre podría considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor que deberá hacerse valer a través del correspondiente procedimiento judicial, y no en ámbito de este proceso matrimonial».

⁵ SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017: «la falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario».

⁶ SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2021: «Por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas, de unas fotografías, puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses», lo que decididamente merece una repuesta negativa. Por ello, procede desestimar el recurso de apelación, siendo cuestión distinta el que los progenitores hayan de ponerse de acuerdo en las decisiones que afectan al menor o, en caso de discrepancia, acudir al Juez competente por el procedimiento adecuado».

⁷ SAP de Barcelona de 25 de abril de 2017: «En este caso la responsabilidad parental es compartida y consta acreditado documentalmente que el padre ha publicado algunas fotografías del menor en su facebook, y aunque su ámbito de difusión se reduce inicialmente a su grupo familiar y de amigos lo ha hecho sin el consentimiento materno lo que es contrario al ordenamiento jurídico».

⁸ Atendiendo al límite de edad, por vía del artículo 156 del Código Civil, la jurisprudencia menor solo está conociendo supuestos en los que el menor lo es de catorce años. Algunas sentencias, como las SSAP de Madrid de 29 de junio de 2020 y de 21 de enero de 2022 adelantan que, de haber sido los menores mayores de catorce años, no habría disputa sobre la pertinencia o no de contar con el consentimiento de los padres, pues acogidos a la normativa de protección de datos, aducen que el menor es perfectamente capaz de gestionar su privacidad en internet, tanto si esto es del gusto de los padres como si no.

1.2. Derecho de Familia

Reclamación de la filiación extramatrimonial por posesión de estado de la pareja y luego esposa de la madre por naturaleza

Claim of extramarital filiation by possession of state of the couple and then wife of the mother by nature

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil.
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida establece la determinación de la filiación por doble maternidad cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer. De no ser posible esta vía, la determinación de la filiación por el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado prevista en el artículo 131 del Código Civil. En la sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022 tras analizar las circunstancias concurrentes del caso no se admite tal reclamación al no acreditarse posesión de estado, ni el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en el vínculo biológico y en la inexistencia de una relación materno-filial de la madre no biológica respecto del menor. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la reclamación de la filiación no matrimonial por posesión de estado y en sus efectos en el supuesto de doble maternidad.

ABSTRACT: *The article 7.3 of the law 14/2006, of may 26 on assisted reproduction techniques law establishes the determination of filiation due to double maternity when the woman is married and not legally or de facto separated from another woman. If this route is not possible, the determination of the filiation procedes through the exercise of the claim action of the filiation by possession of state provided for in article 131 of civil code. In the judgment of the Supreme Court, Civil Chambre, of January 27, 2022, after analyzing the concurrent circumstances of the case, such is claim is not admitted since the possession of status is not proven, nor the benefit that it would bring for the personal and family stability of the child the creation by sentence of a legal relationship that is not base don the biological link and on the no-existence of a filial material relationship of the non-biological mother with respect to the minor. The present study is going centre on the analysis of the claim of non-marital filiation by possession of state and its effects in the case of double motherhood.*

PALABRAS CLAVES: Filiación. Menor de edad. Posesión de estado. Doble maternidad. Matrimonio. Pareja de hecho. Técnicas de reproducción asistida. Reclamación de la filiación y matrimonio.

KEY WORDS: *Filiation. Minor. Possession of state. Double maternity. Marriage. De facto couple. Assisted reproductive techniques. Filiation claim and marriage.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR DOBLE MATERNIDAD.—III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO: 1. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN. 2. LA POSESIÓN DE ESTADO: CONCEPTO Y REQUISITOS. 3. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CON POSESIÓN DE ESTADO.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La relación paterno-filial opera sobre la base de una relación de filiación que, tiene su fundamento, esencialmente, en una realidad biológica —el hecho biológico de la generación—. Si bien, es posible que se prescindiera de la perspectiva biológica, sustituyendo el hecho de la generación por el acto jurídico de la adopción. En todo caso, podemos definir la filiación como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»¹. Para REYES LÓPEZ la filiación se caracteriza porque «se establece un vínculo entre la persona y su progenitor o progenitores por el hecho de la generación»².

Por lo que, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción³. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 CC). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción⁴, mientras otros a la filiación por naturaleza⁵, si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*)⁶. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código Civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código Civil —en la redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio— por: 1. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil; 2. El reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 3. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 4. Por sentencia firme; y, 5. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo,

de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. La determinación de la filiación puede ser judicial o extrajudicial, siendo esta la más habitual. Precisa RUEDA ESTEBAN que «la ley fomenta la determinación extrajudicial por economía de medios y agilidad, y se reserva la determinación judicial a los casos en que no cabe la primera o es contradictoria, o a aquellos en que la determinación legal no se corresponde con la filiación real»⁷. Asimismo, para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ «la determinación extrajudicial de la filiación solo es posible merced a procedimientos preestablecidos por la Ley. Es decir, para determinar extrajudicialmente la filiación no cabe invocar cualquier medio de prueba, sino que han de acreditarse precisamente unos extremos concretos y en la forma que el Derecho positivo establece. Solo cuando es preciso recurrir a la determinación judicial de la filiación se admite que la filiación intente probarse utilizando con libertad todas las pruebas susceptibles de ser empleadas»⁸.

En cuanto a la LTRHA dedica sus artículos 6, 7, 8, 9 y 10 a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. En el Anexo A de esta Ley al que remite el artículo 2.1 de la misma se especifican como técnicas reproductivas admitidas en nuestro Derecho las siguientes: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y 3. Transferencia intratubárica de gametos. Para determinar la filiación mediante estas técnicas, el artículo 7.1 remite a las leyes civiles, a salvo las especificaciones contenidas en los tres artículos siguientes —en concreto, los artículos 8 a 10 de la LTRHA—. Por lo que, supone la remisión a la regulación contenida en los artículos 108 y siguientes del Código Civil; y en el ámbito de las legislaciones forales —artículos 235-1 a 235-14 del Código Civil catalán, y artículos 56 a 62 del Código Foral aragonés, entre otras—. La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código Civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es en este caso, la verdad biológica coincide con la verdad jurídica. A diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida.

Es, por ello, que la LTRHA atiende al componente volitivo, esto es, a la voluntad de quien desea ser progenitor como modo legal de determinar la filiación. Así con relación a la filiación no matrimonial tras la modificación por Ley 19/2015 se continua considerando el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento del varón no casado como escrito indubitado, dejando a salvo la declaración judicial de paternidad (art. 8.2 LTRHA), siendo la única novedad el reconocimiento del varón no unido por vínculo matrimonial de la posibilidad de fecundación *post mortem* en los mismos términos previstos para el marido —apartado segundo— y, en consecuencia, considerar su consentimiento para la utilización del material reproductor como título para iniciar el expediente del artículo 44.7 de la LRC, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad (art. 9.3 de la LTRHA)⁹; y, asimismo, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante en el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podía determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que este haya manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil; si bien, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013¹⁰ establece en su *fundamento de derecho* 3.º.3 que nos encontramos con: «la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza».

En cuanto a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida señalar que, conforme al artículo 6.1 de la LTRHA es toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar. Podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. Aunque se hace referencia a la plena capacidad de obrar, teniendo presente la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio podrá serlo una persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ahora bien, la mujer podrá ser usuaria o receptora de estas técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Por otra parte, si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y forma (art. 6.3 de la LTRHA). Lo que tiene lógica, si partimos de la presunción de paternidad prevista en el citado artículo 116 del Código Civil. De todas formas, recordemos que, si la usuaria está casada con otra mujer, aquella no necesita el consentimiento de esta para acudir a las técnicas de reproducción asistida.

En fin, las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación (art. 3.1 de la LTRHA).

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja y luego esposa de la madre por naturaleza, esto es, en determinación de la filiación por doble maternidad.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR DOBLE MATERNIDAD

La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código Civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es, en este caso, la verdad biológica coincide con la verdad jurídica, a diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida¹¹. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTHRA), en su redacción original, no se ocupó de la doble maternidad y la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionó un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al artículo 7.3 de la Ley 14/2006: «cuando la mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo

de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». De esta forma, se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales; pues, se requería además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), el consentimiento previo de la madre no gestante al nacimiento y ante el encargado del Registro Civil, que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determina su filiación respecto del nacido. Asumiendo, los planteamientos flexibilizadores de los requisitos formales y temporales fijados por la jurisprudencia (sentencias de esta Sala 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2014, de 15 de enero de 2014, la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil, modificó el artículo 7.3. Conforme a la nueva redacción vigente dispone el citado artículo 7.3 de la Ley que: «Cuando la mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

En este contexto, la LTRHA reconoce como otro supuesto en que prevalece el elemento volitivo, esto es, la voluntad de quien desea ser progenitor sobre la verdad biológica. Por lo que, además del supuesto de inseminación artificial de mujer casada con varón, está el de la fecundación que tiene lugar con semen de donante anónimo, es el caso de matrimonio homosexual de mujeres. A diferencia del anterior supuesto, la mujer no gestante no debe prestar el consentimiento a la utilización de las técnicas por su cónyuge para que se le atribuyan los efectos de la filiación, sino que basta en la actualidad con consentir que se determine a su favor la filiación. De forma que, en este caso la relación de filiación entre la esposa de la madre y el niño deriva directamente de la voluntad de la esposa que consiente¹².

Con la mencionada reforma operada por Ley 3/2007 el consentimiento se debía prestar con carácter previo al nacimiento ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal¹³. En la actualidad, tras la reforma por la Ley 19/2015 se modifica la forma de prestar el consentimiento, pues, ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento, ni que se preste ante el encargado del Registro Civil; basta con que se manifieste conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, señalando al respecto que consiente la determinación a su favor de la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge¹⁴.

Esta misma Ley 19/2015 introduce también un nuevo apartado 5 al artículo 44 de la Ley de Registro Civil de 21 de julio 2011 que, reproduce prácticamente el contenido del artículo 7.3. Así establece que «5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge»¹⁵. Con esta reforma el legislador ha pretendido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres con independencia que, hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación que, pueda tener lugar en caso que la prestación hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues, la filiación establecida en este caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que, contempla el artículo 8 de la citada Ley¹⁶.

Por su parte, el artículo 44.2 de la Ley de Registro Civil de 2011 establece que, la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada

en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. El artículo 45 de esta misma Ley señala que, la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicarán en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del Registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que haya tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el encargado del Registro Civil. La comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar el nacimiento. Finalmente, el artículo 47.2 respecto a la inscripción del nacimiento por declaración de otras personas obligadas dispone que, «la declaración se efectuará presentando el documento oficial debidamente cumplimentado acompañado de certificado médico preceptivo firmado electrónicamente el facultativo, o, en su defecto, del documento acreditado en los términos que reglamentariamente se determinen». Por lo que, parece que, la prestación del consentimiento de la madre no gestante habrá de tener lugar en dicho momento, sin perjuicio de la firma del formulario oficial electrónico por ambas madres¹⁷.

Ahora bien, la doctrina siguiendo a DE CASTRO en relación al estado civil de la persona distingue entre título de atribución y título de legitimación, entendiendo por el primero, el hecho o acto biológico o no que, según el ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil (filiación), esto es, permite establecer la acción de filiación; y, por título de legitimación es el que proclama a una persona a efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y lo habilita para el ejercicio de los derechos derivados del mismo¹⁸.

De forma que, los verdaderos medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil; si bien, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante mediante el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto, se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, pueda determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que este haya manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil; no obstante, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

La citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013¹⁹ establece en su *fundamento de derecho* 3.º3 que no nos encontramos con: «la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica sino ante una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza».

En esta línea, las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado, 1.ª, de 8 de febrero de 2017²⁰ señalan que, no es imprescindible probar que, la prestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y además que, no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil.

Como señalamos en líneas precedentes, el artículo 7.3 reconoce la posibilidad de una doble maternidad mediante una ficción legal. Así en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres podrá determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida en favor de la cónyuge no gestante siempre que, esta hubiera manifestado su consentimiento. Se aplica el criterio

de la voluntad personal de quien quiere ser progenitor como origen de la maternidad con plena eficacia jurídica²¹. Criterio que, prevalece sobre el principio de coincidencia de la verdad biológica y la verdad jurídica. Es cierto que, nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación; si bien dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo debiendo prevalecer siempre el interés del menor²².

En este punto, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014²³ establece en su *fundamento de derecho 4.º apartado 6* que «las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico y que, por tanto, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención al orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos como, por ejemplo, los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el cónyuge conviviente de la mujer que, se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. Por lo que, también resulta posible que, la filiación pueda quedar legalmente determinada respecto de las personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural». Y, sigue afirmando el Alto Tribunal en su *fundamento de derecho 5.º apartado 4* respecto al principio rector que, delimita y conforma esta materia, vertebrada en torno a la vigencia del interés superior del menor —con características de orden público y por ello no esencialmente vinculada a la justicia rogada— que: «(...) exige que, estos queden al cuidado de los sujetos que, han dado su consentimiento para ser progenitores, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado, que son necesarios para su bienestar».

Ahora bien, que sucede si la mujer no gestante presta su consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, en la clínica pero no ante el encargado del Registro Civil; o se trata de pareja de hecho homosexual de mujeres o uniones estables registradas de mujeres —que están excluidas de la LTRHA—, o en fin, de parejas de mujeres casadas a partir de 2005 y antes de 2007 con hijos procedentes del uso de técnicas de reproducción asistida y que como consecuencia de la irretroactividad de la LTRHA (art. 2.3) carecen de la posibilidad de determinar la filiación matrimonial a favor de su hijo así nacido. En estos casos, a la mujer no gestante no le queda otra opción que, la adopción del hijo, o reclamar la filiación por constante posesión de estado (art. 131 CC). Esto último resulta ser el supuesto de hecho debatido, por un lado, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022²⁴. Así la maternidad por naturaleza de Clemencia quedó determinada por el parto (art. 120 CC y 44 y 46 de la LRC). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de Elsa, pues, cuando Clemencia se sometió a las técnicas de reproducción asistida y también cuando Horacio nació, la redacción en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA solo permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro Civil que se determinará respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. El matrimonio de Clemencia y Elsa (el 12 de junio de 2015) fue posterior al nacimiento del niño, la filiación no quedó determinada respecto de Elsa, sin que llegara a iniciarse la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción²⁵. Y, por otro, en la

sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 11 de julio de 2022²⁶ teniendo su origen el procedimiento en una demanda interpuesta el 11 de mayo de 2017 por Herminia y dirigida a que se declare que la demandante es la madre no biológica del menor Fidel, nacido en 2007 de Estibaliz, quien quedó embarazada mediante un tratamiento de inseminación artificial con semen de donante anónimo. La demandante no aportó material genético, ni prestó su consentimiento a la fecundación. Asimismo, la demandante solicita que se declare que los apellidos del niño pasen a ser los de Estibaliz y Herminia y, que se ordene la rectificación del Registro Civil. Interesa, además, que una vez determinada la filiación se le otorgue automáticamente la patria potestad y, se fije una guarda y custodia compartida por semanas alternas de las dos progenitoras. Subsidiariamente, para el caso de que no se considere oportuno el establecimiento de una guarda y custodia compartida, solicita que se establezca un régimen de visitas consistente en que el menor y la demandante disfruten de su mutua compañía en fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, más dos tardes entre semana desde las 18 horas hasta las 20 horas, siendo Herminia quien recogerá al menor en el domicilio de Estibaliz a la hora de inicio de la visita y esta última quien lo recogerá en el domicilio de la primera a la hora acordada de fin de la visita.

Asimismo, admite que fue pareja de la demandante, pero niega que existiera un proyecto común relacionado con la maternidad, que fue una decisión de esta porque siempre había querido ser madre, y que cuando tomó la decisión la relación de pareja ya no funcionaba, y que de hecho cuando acudió a la clínica solo ella firmó el consentimiento informado.

Por otra parte, también niega la concurrencia de los elementos necesarios de la posesión de estado invocada por la demandante y razona que todas las decisiones sobre la vida de su hijo las ha tomado ella siempre como madre.

El juzgado desestimó la demanda por sentencia de 24 de marzo de 2020. Basó su decisión, en síntesis, en que la demandante, que estaba casada con otra persona, no prestó consentimiento a la inseminación de la madre, ni realizó posteriormente ninguna actuación para lograr la inscripción de la filiación, como casarse y comparecer en el Registro Civil o adoptar al niño.

Entendió que, en el caso no concurría posesión de estado (porque aunque convivieron, la demandante no estaba empadronada en el mismo domicilio que la madre y el niño, ni tampoco constituyeron una pareja inscrita; la madre contaba con un título de familia monoparental en el que aparecían solo ella y el niño, y también contaban con los correspondientes carnets individuales de familia monoparental; aunque el niño llamó mamá a la demandante, después de la separación también llamaba papá a Raimundo, la nueva pareja de su madre). El juzgado también razonó que, desde el punto de vista del interés del menor, no se ve ningún interés en la determinación de la maternidad respecto de la demandante, dado que la convivencia de las litigantes se interrumpió cuando el niño tenía ocho meses y, aunque se reanudó, se rompió definitivamente cuando no había cumplido siquiera los tres años.

Frente a esta resolución interpuso recurso de apelación la demandante. Estibaliz y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación y solicitaron la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado. Por auto dictado por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Castellón en fecha 8 de enero de 2021 se acordó la admisión de la prueba documental (un contrato de compraventa de 1 de agosto de 2006 y el justificante de la transferencia) y la prueba testifical solicitada por la actora.

Por auto dictado en fecha 17 de marzo de 2021 se acordó prueba pericial consistente en la ampliación del informe del Equipo Psicosocial de Familia de Castellón a fin de valorar la conveniencia para el menor de establecer un régimen de custodia compartida o en su caso un régimen de visitas. Dicho informe se emite con fecha 12 de abril de 2021.

La Audiencia estima el recurso de apelación y declara que Herminia es la madre no biológica del menor Fidel y que los apellidos del niño deben ser los de Estibaliz y Herminia, ordenando la rectificación del Registro Civil.

La sentencia describe como hechos no controvertidos los siguientes. Herminia y Estibaliz iniciaron una relación de pareja en el año 1998 que continuó hasta el 2010, y convivieron juntas, aunque no de forma continuada. En el transcurso de esa convivencia, en el año 2006, Estibaliz acudió a un centro médico para someterse a las técnicas de reproducción asistida con material genético de donante anónimo, naciendo como consecuencia de ese tratamiento Fidel en 2007. La convivencia entre ellas se rompió a los ocho meses del nacimiento, retomándola en el verano del año 2009 y cesando definitivamente en el mes de mayo de 2010, si bien Herminia continuó viendo y cuidando del menor por semanas alternas, de forma continua y consensuada con Estibaliz hasta el día 6 de agosto de 2016. Asimismo, afirma que tampoco es controvertido que la demandante no prestó el consentimiento a la fecundación en la clínica, pero que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo ello no impide determinar la maternidad no matrimonial si concurre posesión de estado.

A continuación, la Audiencia Provincial pasa a analizar si existe en el caso posesión de estado, que permita determinar la filiación conforme al artículo 131 del Código Civil. A su entender, no concurre *nomen* pero sí *tractatus* y fama por cuanto la demandante actuaba como madre del menor; como progenitora del mismo, de forma pública y notoria. Tiene en cuenta para ello: 1. Las declaraciones de la propia demandante, que si bien admitió que la existencia de una tercera persona fue el motivo de la ruptura, manifestó que esto había tenido lugar después y no durante el embarazo, afirmando que el proyecto de tener un hijo en común fue de las dos; 2. Que en la primera tarjeta de la seguridad social que se hizo al menor cuando nació se le identificara con los apellidos de las dos litigantes; 3. Que un año antes de que naciera el menor celebraron un compraventa de una vivienda y los padres de la demandante hicieron una transferencia para contribuir a esa compra; 4. Que después de la ruptura de la pareja, a partir del mes de mayo de 2010, ambas continuaron encargándose del cuidado del menor, incluso por semanas alternas, llevando Herminia al menor cuando era necesario al médico y también al colegio; 5. Que el menor llamaba «mamá» a la demandante y «mami» a la demandada, y tenía además una relación propia de hermanos con la hija de la demandante. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta la declaración de la hija de la demandante, que también dijo que consideraba a la demandada como madre y que fue ella la que les pidió tener un hermano, la declaración de una madre del colegio que luego trabajó para la demandante; la declaración de la madre y la hermana de la demandante, así como la de una amiga que refirió que la demandante le ponía a la demandada las inyecciones durante el tratamiento, o que la familia de la demandante consideraba a la demandada como de la familia.

Por lo que, concluye la Audiencia Provincial que en una valoración conjunta de la prueba queda acreditada la filiación por posesión de estado. Igualmente, considera que no es relevante para adoptar esta decisión el hecho que la demandante no haya contribuido económicamente al sostenimiento de los gastos

del menor mediante el pago de una pensión alimenticia, ya que según refirió en el juicio no lo hizo porque no se lo pidió la demandada y porque además ya sufragaba la manutención del menor cuando estaba en su compañía.

En este contexto, la Audiencia Provincial rechaza la solicitud de custodia compartida y el régimen de visitas solicitado subsidiariamente por la demandante. La Audiencia basa su decisión, precisamente, en el interés del menor atendiendo a las circunstancias del caso. A estos efectos razona de la siguiente manera: «Con esta base procede examinar las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, debiendo indicar, en primer lugar, que aunque la relación del menor con la demandante y con la familia de esta se haya desarrollado durante años de forma satisfactoria para ambos, llegando a compartir ambas litigantes la guarda y custodia del menor durante semanas alternas, esta situación cambió desde que en el mes de agosto del año 2016 la demandada impidió su continuación, aunque después se haya acordado de común acuerdo en el presente procedimiento y como medidas cautelares un régimen de visitas instaurado por auto de fecha 27 de septiembre de 2018, que después de hecho se dejó sin efecto desde el mes de marzo de 2020. Previamente a adoptar esa decisión en ese incidente de medidas cautelares se llevó a cabo la audiencia del menor, quien compareció ante la juez de instancia con la presencia del Ministerio Fiscal el día 20 de septiembre de 2018. Consta en el acta que Fidel manifestó que no consideraba a Herminia como su madre y que no quería estar con ella. Esto se volvió a evidenciar cuando se emitió un primer informe por el Equipo Psicosocial de Familia de Castellón. En sus conclusiones se indicaba que era la madre biológica la que se dedica de forma más directa a las actividades de la vida diaria del menor, aunque ambas poseían habilidades parentales suficientes y adecuadas para hacerse cargo del menor; si bien situaba a la primera como su entorno más próximo y cercano. En cuanto a la demandante se añadió que en ese momento el menor tenía un vínculo afectivo más débil con ella, en “un claro posicionamiento del menor con la progenitora y un sentimiento de rechazo hacia el contexto-familiar de la Sra. Herminia, lo cual interfiere en el desarrollo de un adecuado apego con ella”». Posteriormente este informe fue ampliado a petición de esta Sala en fecha 12 de abril de 2021. En esta segunda ocasión, se expone que «El menor presenta un claro rechazo a retomar la relación con la Sra. Herminia habiéndose afianzado desde el reconocimiento previo. El menor tiene un discurso argumentado de las razones por las que se ha llegado a esta situación y el por qué no quiere mantener esta relación». Y se concluye que «Ante la situación actual (de rechazo del menor hacia la Sra. Herminia), es importante tener en cuenta que, forzar una situación de convivencia (sea un régimen de custodia compartida como un régimen de fines de semana alternos) puede tener consecuencias negativas para la relación entre ambos como para Fidel. Pudiendo incrementar, en el caso de este último, mayor tensión emocional a su situación actual», por lo que se indica que «Dicha situación de convivencia solo sería recomendable si se estableciera una intervención desde algún recurso de apoyo que favoreciera la mejora del vínculo afectivo entre Fidel y la Sra. Herminia, y el menor accediera a mejorar dicha relación. Por ello, entendemos que, se encuentra suficientemente justificado atribuir el ejercicio de la patria potestad a Estibaliz, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, lo cual facilitará la toma de decisiones que afecten al cuidado, formación y educación del menor; evitando las dificultades y obstáculos que pudieren surgir de un ejercicio conjunto de la patria potestad por ambas en las circunstancias actuales, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en el futuro en el caso que se modifiquen las circunstancias concurrentes. Se

acuerda, además, establecer un régimen de visitas a favor de Herminia en un punto de encuentro familiar, bajo la modalidad de visitas tuteladas con supervisión, en la forma, modo y duración que el juez de instancia estime oportuno previo informe que emitan cada seis meses los profesionales del Centro sobre la evolución de esas visitas». La demandada interpone recurso de casación que, se funda en tres motivos. 1. En el primero, denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil en lo referente a la figura de posesión de estado para declarar la filiación en relación con el artículo 8 apartado 2.º de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana; 2. En el segundo motivo denuncia la vulneración del principio *favor filii*; y, 3. En el tercer motivo denuncia la vulneración de la doctrina de los actos propios o «*venire contra factum proprium*».

III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO

1. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ «las acciones de filiación son aquellas que tienen por objeto de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente»²⁷. Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE entiende que «las acciones de filiación son acciones de estado civil cuyo fin es o bien la afirmación (acciones de reclamación), o bien la destrucción (acciones de impugnación) de determinada paternidad o maternidad»²⁸.

Su regulación se encuentra recogida en los artículos 136 a 141 del Código Civil y en los artículos 764 a 768 de la LEC en cuanto a la regulación del procedimiento. De forma que, las acciones que se pueden ejercitar son: las de reclamación, cuando se pretende la determinación de la filiación por sentencia firme (arts. 131 a 134 CC) y las acciones de impugnación, cuya finalidad es destruir la relación de filiación debidamente determinada (arts. 136 a 141 CC).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero²⁹, declararon inconstitucional el primer párrafo del artículo 133 del Código Civil «en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado», manteniendo el resto del precepto inalterado.

La Ley 26/2015, de 28 de julio modificó el artículo 133 del Código Civil solucionando el vacío legal creado por dichas sentencias, además de los artículos 137, 138 y 140 último párrafo del citado cuerpo legal. Posteriormente, la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado, de nuevo, el artículo 133 en su apartado 1 y el artículo 137 apartados 1 y 2.

Recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional avalando la constitucionalidad del plazo de un año para ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado. Así la sentencia de la Sala Segunda, de 27 de junio de 2022³⁰ ha desestimado el recurso de amparo al considerar que la fijación en el apartado segundo del artículo 133 del Código Civil —en su redacción conforme a la Ley 26/2015— del plazo de un año para el

ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, a computar desde que el actor tuvo conocimiento de los hechos en que se basa su reclamación, no lesiona el derecho de acceso a la jurisdicción. Al mismo tiempo, la sentencia razona que el plazo fijado legalmente cumple un fin legítimo, al impedir el ejercicio abusivo de la acción (STC 273/2005) y preservar la necesaria proporcionalidad entre, por una parte, la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad en el estado civil; y, por otro lado, el derecho de acceso a la jurisdicción del progenitor no matrimonial sin posesión de estado. Por tanto, la fijación de un plazo de un año desde que el progenitor tuvo conocimiento de los hechos no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción. A ello se añade la posibilidad de determinación legal de la filiación no matrimonial, en la forma establecida en los artículos 120 y siguientes del Código Civil. Asimismo, la Sala Segunda entiende que la aplicación del artículo 13.2 del Código Civil a un caso en que el nacimiento tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, no vulnera el *principio pro actione*, sino que el órgano judicial interpretó la norma a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia atendiendo a la finalidad perseguida por la legalidad vigente. Además, teniendo en cuenta que la Ley 26/2015 o estableció un régimen transitorio, tal como hizo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018, puso de relieve que la voluntad del legislador fue la aplicación inmediata del plazo de caducidad de un año a toda demanda presentada con posterioridad al 18 de agosto de 2015.

2. LA POSESIÓN DE ESTADO: CONCEPTO Y REQUISITOS

La posesión de estado debe entenderse como «aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos en concepto de tal hijo (*«nomen»*, *«tractatus»* y *«fama»*) manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que sea preciso que, los actos reveladores de tal posesión sean muy numerosos, ni tampoco practicados absolutamente con plena publicidad, dependiendo cada caso de las circunstancias concretas concurrentes; si bien deberá durar cierto tiempo aun cuando no requiera necesariamente una existencia actual al momento de ser invocados, siendo suficiente su consistencia en un pasado próximo. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública»³¹. Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es «el goce de hecho, de modo público, permanente e inequívoco, del estado del hijo en las relaciones familiares»³². Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE entiende que la posesión de estado del hijo puede ser definida como «la apariencia que existe entre dos personas una relación de filiación, creada por el ejercicio de las facultades propias de esa relación y por convicción de la generalidad»³³. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 1997³⁴ y de 9 de mayo de 2018³⁵ entienden al respecto por posesión de estado como «aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso) en concepto de tal hijo (*«nomen»*, *«tractatus»*, *«fama»*) manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública». No obstante, esta última resolución recuerda que «si resulta absolutamente imprescindibles el *tractatus* (actos del progenitor —a los que pueden sumarse los de su familia— que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor);

igualmente, es necesario que, concurra la fama entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio».

Los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son el «*nomen*» —uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor—; el «*tractatus*» —comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral y no en esporádicas atenciones; o que «las relaciones existentes entre el considerado como padre y el considerado hijo sean propias de una relación paternofilial»—; y, la «fama» o «*reputatio*» —proyección de la aparente relación paterno filial sobre el entorno y círculo social; o «consistente en ser considerados socialmente como padre e hijo»—³⁶. Si bien, los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad³⁷.

Como precisa QUESADA GONZÁLEZ mientras que, el *tractatus* tiene una proyección *ad intra* —en cuanto comprende exclusivamente el comportamiento del padre —y/o de su familia— respecto del hijo—; la *fama* o *reputatio* tiene una proyección *ad extra*, pues, «consiste en la opinión de terceros sobre esa relación, es decir, radica en el convencimiento que tienen las demás personas de la paternidad o maternidad cuestionadas». Además, añade que, el carácter «constante» que se exige a la posesión de estado hay que vincularlo sobre todo al requisito del *tractatus* «porque solo si este requisito resulta de actos públicamente conocidos llegará a existir el requisito de la *fama*». Y, concluye que, «la continuidad es quizá el rasgo más característico de la posesión de estado que, ha de tener una duración cierta, aunque la ley no exija una mínima duración»³⁸.

En todo caso, la posesión de estado representa una situación de hecho («*questio facti*») de singular relevancia en materia de filiación a partir de la reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981³⁹. De libre apreciación por los tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello⁴⁰.

Asimismo, se destaca que, a tenor de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y sin embargo, en circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento previsto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme, que así lo proclame»⁴¹.

De todas formas, se manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública; precisándose que, no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado ni sean muy numerosos, ni sean practicados absolutamente con plena publicidad⁴². Tras la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981 el calificativo de continua se sustituye por el de constante. Para EVANGELIO LLORCA tal término debe entenderse en dos sentidos «a) Como notoriedad o fehaciencia (lo que consta, lo que es cognoscible por tercero); b) Como continuidad o persistencia (lo que dura, lo que permanece sin interrupción)»⁴³. Si bien, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la exigencia de continuidad no ha desaparecido, pues, el término constante que exige el artículo 131 del Código Civil, tiene un mayor alcance que la antigua posesión continua⁴⁴.

En todo caso, como precisa BARBER CÁRCAMO la posesión de estado «es un medio subsidiario y residual de acreditar una filiación previamente determinada, según el artículo 113 del Código Civil; un medio de prueba para su determinación judicial según el artículo 767.3 de la LEC; y un presupuesto para la legitimación

activa en algunas acciones de filiación cuya presencia facilita la reclamación y restringe la impugnación y cuya ausencia funciona de modo contrario»⁴⁵.

3. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CON POSESIÓN DE ESTADO

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013⁴⁶ realiza una interpretación amplia del artículo 7.3 señalando en su *fundamento de derecho* 3.^º que la determinación de la filiación: «no puede quedar subordinada a un requisito formal como el de consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez que, quede acreditada la técnica de reproducción asistida y la voluntad concordada de las partes de concebir un hijo». Por lo que, nuestro Alto Tribunal entiende que, la existencia de consentimiento de la pareja no casada para llevar a cabo la fecundación artificial de una de las mujeres, permite otorgar la filiación jurídica si ha ejercitado una acción de reclamación al amparo del artículo 131 del Código Civil sobre la base de la posesión de estado que «constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexo biológico y que, en la práctica queda superada por la protección del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida porque «constituye la voluntad libre y manifestada por ambos litigantes del deseo de ser progenitores»», hasta el punto dice la sentencia que «dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiese sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Se atribuye un mayor valor al consentimiento —en cuánto expresión de la voluntad de la madre y de su pareja— de querer, precisamente, asumir los papeles de progenitores que, a la propia posesión de estado como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial. Para el Tribunal Supremo es evidente que «la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea el título de atribución de la paternidad» (*fundamento de derecho* 3.^º.5). Por tanto, el consentimiento prestado en la clínica permite sustentar la acción de reclamación de la filiación.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2014⁴⁷ que, está relacionada con el recurso número 1334/2008 resuelto por esta Sala en sentencia de 12 de mayo de 2011⁴⁸ atribuyendo a la aquí recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con el menor. Precisamente, esta sentencia de mayo de 2011 parte del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos y señala que «aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas, la filiación no se ha establecido ni en este caso pudo establecerse dado los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en el 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas». A continuación, en el *fundamento de derecho* 6.^º reconoce que, la posibilidad legal de doble maternidad no podía aplicarse en este caso, pues ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplias entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.^ª, de 22 de abril de 2008. En esta sentencia de 15 de enero de 2014 se reclama la determinación de la filiación por posesión de estado.

Pues bien, el Tribunal Supremo en esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, entiende que, ya en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se determinó la

plena compatibilidad de la LTRHA y del Código Civil y la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación por la vía del artículo 131 del Código Civil y de la filiación reclamada (art. 767.3 de la LEC); por lo que el consentimiento prestado con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida íntegra y refuerza la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Además, señala que, el consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En relación con la posesión de estado, los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada («*nomen*»).

En este caso, se añade que, resulta probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.

En lo relativo al «*tractatus*», hay que señalar que, la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011, —que trae a colación como antecedente necesario del presente caso la sentencia de 15 de enero de 2014 y conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento— declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos que «tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «*tractatus*» como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 1995; y 10 de noviembre de 2003)⁴⁹.

Ahora bien, frente a ello, se señala por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 15 de enero 2014 que, las consideraciones de la sentencia de apelación se aparta de la esencia del objeto de debate, pues que, la sentencia de Pleno citada, de 12 de mayo de 2011 considere que «la demandante no es la madre del menor» es una consecuencia lógica de la pretensión ejercitada en su momento, que no fue la reclamación de la filiación, sino el derecho de visitas, previamente establecido por el Juzgado de Instrucción número 2 de Talavera. En parecidos términos, respecto de la referencia de la citada sentencia a la inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA que, en el presente caso, tal y como se ha justificado, resulta innecesaria en el curso de la acción de filiación no matrimonial aquí interesada.

En todo caso, el interés superior del menor representa un control o contrapeso para advenir al alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, concluye que, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Frente a esta sentencia se formula voto particular por los magistrados D. Francisco MARÍN CASTÁN, D. Antonio SALAS CARCELLER y D. Ignacio SANCHO GARGALLO. Señalan, al respecto que, con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los magistrados de la Sala, discrepan de los términos de la sentencia y de los fundamentos que la justifican, por diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

- 1.^a No se respetan los hechos probados en su totalidad.
- 2.^a Las sentencias de esta Sala citadas como precedentes conducen a la solución opuesta, es decir, a la desestimación del recurso.
- 3.^a Se prescinde de aplicar al caso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuando resulta que el recurso de casación, presentado el 5 de marzo de 2012, se amparaba en el apartado 3 del artículo 477 LEC al invocarse el interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con no más de cinco años en vigor y sobre la que no existía doctrina jurisprudencial.
- 4.^a En cambio, aun cuando en el fundamento de derecho tercero se diga que «la perspectiva de análisis (...) no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma (...)», sino que se centra, más bien, «en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación», lo cierto es que, materialmente, el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado.
- 5.^a Este único fundamento en la posesión de estado no se ajusta a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico para casos como el presente.
- 6.^a Tanto los principios constitucionales que se citan en el apartado 3 del fundamento de derecho segundo, como el interés superior del menor que se invoca en el mismo apartado, tendrían que haber determinado la desestimación del recurso en vez de su estimación.

Sobre tales bases hay que señalar que, el voto particular a la sentencia de los tres magistrados se sustenta en la no procedencia de la reclamación de la filiación por posesión de estado al no darse los requisitos o elementos relativos a la misma, además de por el hecho que, esta no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que, permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que, se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida.

Además, sobre la base del carácter excepcional del artículo 7.3 de la LTRHA se indica que, la regulación que se sigue para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho.

Por lo que, se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos; de forma que, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día, ahora no es posible hacerlo y, en consecuencia, no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código Civil. Desde el momento en que la determinación de la filiación *ex* artículo 7.3 de la LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento, ni después, pasados unos años en que *de facto* hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que exista esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer.

Sobre tales bases, las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013, de 15 de enero de 2014 admitieron a la vista de las circunstancias que, prosperasen acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandada y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre. Y, asimismo, la sentencia de 5 de diciembre de 2013 interpretó que, la regla del artículo 131 del Código Civil que atribuye a la posesión de estado el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, resulta aplicable al ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. En este caso, partiendo de la acreditación de la posesión de estado de la filiación que, para la citada resolución reforzó el consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, la Sala resuelve, atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto a la de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés «de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas» (*fundamento jurídico 3 núms. 6 y 7*). En fin, con referencia a la anterior, la sentencia de 15 de enero de 2014, partiendo de la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación, valora, asimismo, el interés del menor en que continúe y una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño que, así la reconocía (*fundamentos jurídicos 2 y 3*).

De todas formas, procede precisar que, el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). Ciertamente, la Sala de lo Civil se ha valorado el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban, quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado.

En el caso que, se juzga en la sentencia de 27 de enero de 2022 el recurso de la madre debe ser estimado y al asumir la instancia, la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja y luego su esposa, ha de ser desestimada. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto que el niño usará los apellidos

de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que, comporten el cumplimiento de la función propia de la madre; e, igualmente, resulta necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado; de modo que, conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que, no resulte ya del propio concreto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, como hemos analizado en líneas precedentes, que no se dan en este supuesto.

Ciertamente, las sentencias de instancia han valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de los litigantes de formar una familia que, habría manifestado en la prestación del consentimiento en la clínica y en los actos inmediatamente posteriores al nacimiento. Recordemos que, en nuestro sistema, el consentimiento de la esposa de la madre, es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales; pero que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, no es suficiente, cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado.

En particular, la sentencia recurrida ha considerado acreditada la constante posesión de estado valorando el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres, que atendiendo a su brevedad y a las circunstancias concurrentes no puede considerarse de entidad suficiente como para conformar una relación de maternidad vivida. Además, la sentencia recurrida, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado, ha restado relevancia a los actos posteriores al nacimiento, cuando en realidad resultan decisivos para apreciar, si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Se constata como realidad que, tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre; no obstante, tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin; queriendo, además, tener una relación de maternidad con el niño que no fomentó con su comportamiento de relación no continua con el menor.

Por otra parte, la demandante abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio; lo que, asimismo, permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación materno-filial. En todo caso, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica en concepto de ahorro; en espera, según manifestó que, la madre proporcionara una cuenta; tampoco comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización, que se precisan.

A esto hay que añadir que, la sentencia da por supuesto el interés del menor que queda tutelado por el hecho que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recayese en dos personas. Sin embargo, para la Sala no es esa una valoración concreta del interés del menor que, conduzca a la estimación de una relación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad

y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas en base a tal argumento, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales exigidos.

Ahora bien, el comportamiento de D.^a Elsa tampoco se ajusta a los criterios que se han adoptado por esta misma Sala en las citadas sentencias 740/2013 y 836/2013, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso, no se da esa situación de una relación jurídica que, no se basa en un vínculo biológico y, además, no se constata una continuada y vívida relación materno filial de la demandante (D.^a Elsa) con el niño que, desde hace años, es cuidado exclusivamente por su madre (no hay posesión de estado).

En esta línea, la sentencia de 11 de julio de 2022 recordando la sentencia 45/2022, de 27 de enero en la que se afirmó la necesidad de una revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación, para resolver un recurso referido a reclamación de la maternidad no biológica por quien fue pareja de la madre, por lo que se ha de estar a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del caso.

La Ley 14/2006 en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad, ni la Ley 3/2007 que adicionó un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción.

Con ello, se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales, pues se requería además del matrimonio con la madre (no separada legalmente, ni de hecho). Si bien, las sentencias de esta misma Sala 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014 flexibilizaron los requisitos formales y temporales de esta regulación.

En el caso que juzga el recurso de la madre debe ser estimado y, al asumir la instancia, siendo desestimada por el contrario la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja, desestimada.

Ciertamente, la maternidad por naturaleza de la demandada quedó determinada por el parto (artículo 120 del Código Civil). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de la demandante. En ese momento, el artículo 7.3 de la LTRA permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro Civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. En el caso, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción; lo que ha justificado diciendo que era muy caro.

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, se reitera por la Sala de lo Civil que, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (*nomen, tractatus, fama*). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización

constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil exige que la posesión de estado sea «constante», no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

La sentencia recurrida ha valorado como decisivos hechos que, a juicio de esta Sala, y en atención a las circunstancias, no lo son y, sin desvirtuar la realidad afirmada por el juzgado, ha prescindido de hechos relevantes que, junto a otros, tienen su trascendencia (la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y el hijo que reflejan el modelo de familia que integran; la tarjeta sanitaria del hijo con los apellidos de su madre; que el niño llamara “papá” a Raimundo, pareja de su madre).

Al respecto no se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre.

Por lo que, a juicio de esta Sala, es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin.

En el modelo de relaciones convivenciales existentes tanto entre las partes como con terceras personas, a partir de los hechos acreditados, se advierte que la unidad familiar estaba constituida por la madre y su hijo. Ha sido la voluntad de la madre la que ha permitido compartir un espacio afectivo con quien mantenía una relación sentimental (primero, con quien era su pareja cuando nació el niño, la ahora demandante, y luego con su pareja posterior, Raimundo, a quien según considera acreditado el juzgado, el niño llama padre, cuando por su edad más avanzada sabe que no lo es).

Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada de que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres. La trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la fantasía infantil de la hija de la demandante (nacida en 1995 de otra relación) de tener un hermano o hermana cuando quedó embarazada la demandada, no es, precisamente, determinante de una relación de maternidad del niño con la demandante. Así también lo confirma el que se diga que la hija de la demandante consideraba como madre también a la demandada, lo que indudablemente no convierte a esta en su madre, ni razonablemente nadie lo ha pretendido. Sobre tales bases, en este entorno convivencial, los usos del lenguaje utilizados por el entonces niño y la adolescente no son determinantes de una posesión de estado de madres de las partes en este procedimiento, ni de la demandada respecto de la hija de la demandante ni de la demandante respecto de Fidel.

En la sentencia recurrida se ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación) que, al comportamiento de la actora, difícilmente compatible

con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no solo no ofrece pagar alimentos sino que se opone a la petición subsidiaria de la madre de que los preste con el argumento jurídico formal de que no era el momento procesal oportuno. Ello, evidentemente, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

En este contexto, ciertamente se ha de poner de manifiesto que, el artículo 7.3 de la LTRHA señala el valor que, tiene el consentimiento de la mujer no gestante prestado sin exigencia temporal, y que se aplica en caso de matrimonio homosexual entre mujeres, siempre que esté vigente el mismo, y no haya separación legal o, de hecho. Opera sobre la base de una ficción legal, donde la verdad biológica no coincide con la jurídica; de ahí su carácter excepcional como título de determinación de la filiación. Por lo que, en este supuesto excepcional de determinación la verdad biológica viene a ser sustituida por un criterio voluntarista. El artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por otra vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Regula la acción de reclamación de la filiación en base al interés legítimo de la reclamante y sobre la base de una constante posesión de estado. En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 se pretende reconocer una filiación matrimonial; en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 15 de enero de 2014 una filiación extramatrimonial, pues, no existe matrimonio entre ambas mujeres, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 también una filiación extramatrimonial al no existir en ese momento matrimonio que, se contrae *a posteriori*; y, en la sentencia de 11 de julio de 2022 Estibaliz admite que fue pareja de la demandante, pero niega que existiera un proyecto común relacionado con la maternidad, que fue una decisión suya porque siempre había querido ser madre, y que cuando tomó la decisión la relación de pareja ya no funcionaba, y que de hecho cuando acudió a la clínica solo ella firmó el consentimiento informado. Además, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción, lo que ha justificado diciendo que era muy caro.

En las dos primeras resoluciones parece primar el consentimiento, y por ende, el criterio voluntarista, junto con la posesión de estado que, justifican el ejercicio de esta acción de reclamación. Por otra parte, en los supuestos analizados en las tres resoluciones la gestación se ha conseguido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Es posible que, esta tenga lugar con el óvulo perteneciente a la madre gestante, o bien a la madre no gestante o a una tercera y en todos los casos con donación de semen. En el segundo de los supuestos aludidos, permite la participación biológica de ambas progenitoras; si bien, la madre no gestante deberá prestar su consentimiento sobre la base prevista en el artículo 7.3 de la LTRHA. Ahora bien, con independencia de la procedencia

biológica del óvulo fecundado, la base sobre la que se sustenta la determinación legal de la filiación atendiendo al citado artículo 7.3 es la voluntad de querer ser madres, manifestado por la madre no gestante en el consentimiento a asumir tal condición. En este supuesto excepcional de determinación legal de la filiación matrimonial la verdad biológica se sustituye por un criterio voluntarista —el consentimiento prestado—.

Sobre tales bases, el ejercicio de la acción judicial de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por una vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Por tanto, el ejercicio de tal acción de reclamación se puede ejercitar, siempre que en la demandante —legitimada activa— exista un interés legítimo; posesión de estado y, que el ejercicio de esta acción no contradiga otra filiación legalmente determinada. Ahora bien, se tienen en cuenta en los tres pronunciamientos tanto el interés legítimo de la demandante como el interés superior del menor; si bien, con predominio de este último sobre cualquier otro. Precisamente, en la sentencia de 15 de enero 2014 se refiere al interés del menor y su proyección sobre la protección de la vida familiar que, alcanza sin distinción a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto en sí mismo considerado; de forma que, incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor. Asimismo, destaca la sentencia de 27 de enero de 2022 que, «como recuerda la sentencia de 7 de junio de 2018 el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia de 28 de septiembre de 2009)⁵⁰ y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba, ni atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor ha de tratarse de la valoración de una calificación jurídica que, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación», a lo que añade que «el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)». Por lo que «partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta Sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban queda mejor protegido por la determinación de la doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vívida manifestada por constante posesión de estado».

Igualmente, indica la sentencia de 11 de julio de 2022 que, como se señaló en la sentencia 45/2022, de 27 de enero no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.

Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la Sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre y 836/2013, de 15 de enero de 2014, que

atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación, ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vívida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente. Por otra parte, como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación interpuesto por la madre, el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor está contenido en el artículo 2 de la LOPJM. Por lo que, en este caso, la constancia en el informe psicosocial del discurso argumentado de las razones por las que Fidel no quiere mantener la relación con la demandante, no puede dejar de valorarse, como incorrectamente ha hecho la sentencia recurrida, a la hora de estimar la acción de determinación de la maternidad reclamada. De forma que, resulta improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vívida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

Por estas razones, el recurso de casación se estima por la Sala, y por las mismas razones se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se desestima la demanda, pues no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

En este contexto, la posesión de estado, a tenor del artículo 131 del Código Civil, representa un medio de acreditación de la filiación no de determinación⁵¹ y los elementos que la componen son, como hemos señalado, el «*nomen*», «*tractatus*» y la «fama» o «*reputatio*». A tenor del artículo 767.3 de la LEC la posesión de estado es un hecho que permite al juez declarar la paternidad o maternidad, cuando no halla prueba directa de la filiación. El «*nomen*» o «*nominatio*» que implica el uso por el hijo de forma habitual del apellido del supuesto progenitor. Precisamente, respecto a este requisito, conviene recordar que, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 en los antecedentes fácticos se establece que, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación. El día 14 de diciembre de 2007 nacen los menores M y V y son inscritos con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que esta los ostenta, la cual inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de los menores practicados, a efectos que se rectifique el error que según refiere, existe en las mismas en cuanto al estado civil de la madre biológica que, no es soltera, sino casada y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y la designación de apellidos de los dos menores. Si bien, el expediente de rectificación de error acaba por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre biológica, no accediendo al resto de la solicitud interesada. Es, por ello, por lo que la progenitora interpone contra dicho auto recurso de apelación que, fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante resolución de 26 de noviembre de 2008 desestimatorio íntegramente del recurso. En este caso, no llega a ostentar los apellidos de la madre no biológica. En la sentencia de enero 2014 que —está relacionado recordamos, con el recurso número 1334/2008 resuelto por la Sala

de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2011 en la que se atribuye a la recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» con la menor—, se estima la demanda, al amparo del artículo 131 del Código Civil, al considerar acreditada la posesión de estado, pues, atiende al nombre compuesto del menor en que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante «Esteban».

En cuanto al «*tractatus*» comportamiento de carácter fáctico o material y afectivo que tiene una proyección *ad intra*. En la sentencia de 15 de enero de 2014 sobre la base de la sentencia de 12 de mayo de 2011 que, resulta antecedente necesario en los términos apuntados, se declara unos hechos reveladores de la posesión de estado, como que, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que, la relación o el trato con dicho hijo desde el nacimiento fue de madres y que resultó beneficioso y complementario para el hijo, que así lo reconocía. Hecho no desacreditado, pues, conforme a lo probado en autos «tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación», o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «*tractatus*». Por su parte, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se indica que, la prestación del consentimiento para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida «constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitores» y que «dicho consentimiento ha de ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Finalmente, en cuanto a la «fama» o «*reputatio*» —trato dado por el presunto padre o madre al hijo que, ha de ser notorio—, en la sentencia de 15 de enero de 2014 se pone de manifiesto la existencia de una relación de pareja pública y notoria de Doña María Virtudes y Doña Eufrasia desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin matrimonio. Además, sobre la base de la sentencia de 2011 se señala que, constituyen una unidad familiar «aunque no puede hablarse de relación jurídica y la filiación no se ha establecido, ni, en este caso, pudo establecerse dados los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en 2007; en cambio sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas». En el *fundamento de derecho sexto* de la sentencia de 2011 se reconoce que no se puede aplicar el artículo 7.3 porque no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante.

Sobre tales bases, la sentencia de 27 de enero de 2022 destaca que en relación con el *tractatus* resulta imprescindible que los actos de atención y asistencia del hijo comporten el cumplimiento propio de madre, e, igualmente, es necesario que concurra la fama, esto es, una exteriorización constante de la relación de estado; de modo que, conforme una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Asimismo, resulta necesario que, consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Se exige, en esencia, que la posesión de estado sea «constante», requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados que, en el caso objeto de juicio, no se dan. Así, los actos posteriores al nacimiento son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos que, no representan una relación de maternidad con el niño; además, como se ha expuesto, D.^a Elsa no ha solicitado medidas personales y patrimoniales en el

procedimiento de divorcio en relación al menor. Solamente, ha efectuado una transferencia a una cuenta propia, en concreto de ahorro, en espera que la madre le proporcionase una cuenta y, después del divorcio ha querido recuperar la relación con la madre biológica a la que había puesto fin. Pues bien, tales circunstancias no comportan para la Sala una realidad lo suficientemente integradora de una posesión de estado de quien pretende asumir una relación materno-filial, determinada, precisamente, en las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos y, con una constancia, continuidad y exteriorización que, necesita tal relación. En realidad, D.^a Elsa no tiene para el Alto Tribunal intención de comportarse en ningún momento como madre. Por lo que, no se cumple con alguno de los tres elementos clásicos de la posesión de estado.

Por su parte, en la sentencia de 11 de julio de 2022 en la que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el artículo 131 del Código Civil exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan. Sobre tales bases, la sentencia recurrida ha valorado como decisivos hechos que, a juicio de esta Sala, y en atención a las circunstancias, no lo son y, sin desvirtuar la realidad afirmada por el juzgado, ha prescindido de hechos relevantes que, junto a otros, tienen su trascendencia (la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y el hijo que reflejan el modelo de familia que integran; la tarjeta sanitaria del hijo con los apellidos de su madre; que el niño llamara «papá» a Raimundo, pareja de su madre).

Por otra parte, no se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental, ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre.

Por lo que, a juicio de esta Sala es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin. Además, la sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación), que al comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor; porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria

de visitas no solo no ofrece pagar alimentos sino que se opone a la petición subsidiaria de la madre de que los preste con el argumento jurídico formal de que no era el momento procesal oportuno. Ello, evidentemente, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

En este contexto, procede señalar que, mientras el Tribunal Supremo en los dos primeros pronunciamientos señalados, opera sobre la voluntariedad y el deseo de ser madres de ambas progenitoras, junto a la posesión de estado; lo que, posibilita que, se pueda determinarse la filiación en caso de parejas homosexuales de mujeres, casadas o no, mediante el ejercicio de la acción de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil, cuando se den los requisitos que exige la redacción del mismo. En el último pronunciamiento del Alto Tribunal, aunque también se alude a la voluntariedad y el sentimiento de querer ser madres; la acción de reclamación por posesión de estado, sin embargo, no procede no solo porque no se ajusta a los criterios que, ha adoptado esta misma Sala en las dos primeras sentencias citadas —que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial—, sino también porque, además de no darse esa situación, no se ve tampoco el beneficio que ha de reportar a la estabilidad personal y familiar del niño, la creación por sentencia de una relación jurídica familiar que no se basa en el vínculo biológico y, que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante (D.^a Elsa) con el niño que, desde hace años es cuidado exclusivamente por la madre biológica. Lo cierto es que, el menor ha vivido desde que las partes se separaron en octubre de 2015 solo con su madre, por lo que, es esta estabilidad la que hay que ponderar y proteger. D.^a Elsa ni ha solicitado la rectificación de los apellidos del menor cuando estaban juntas, ni tampoco ha instado medidas personales, ni patrimoniales respecto de aquel cuando se divorciaron; ni, en fin, existen pruebas de haber cuidado del niño, por ejemplo, haberle llevado al médico. De estos hechos, a los que además se ha de añadir, la no implicación económica, ni personal con el niño de la madre no biológica y, la existencia de actos esporádicos de relación con el menor, llevan a esta Sala de lo Civil para no apreciar la existencia de posesión de estado que, legitime la acción de reclamación de la filiación materna; que, como bien sabemos, aquella exige actos continuados y constantes de asistencia económica y personal de quien reclama su condición de madre respecto del hijo menor de edad.

Asimismo, indica la sentencia de 11 de julio de 2022 que, en el modelo de relaciones convivenciales existentes tanto entre las partes como con terceras personas, a partir de los hechos acreditados, se advierte que la unidad familiar estaba constituida por la madre y su hijo. Ha sido la voluntad de la madre la que ha permitido compartir un espacio afectivo con quien mantenía una relación sentimental (primero, con quien era su pareja cuando nació el niño, la ahora demandante, y luego con su pareja posterior, Raimundo, a quien según considera acreditado el juzgado, el niño llama padre, cuando por su edad más avanzada sabe que no lo es).

Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres. La trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la fantasía infantil de la hija de la demandante (nacida en 1995 de otra relación) de tener un hermano o hermana cuando quedó embara-

zada la demandada no es determinante de una relación de maternidad del niño con la demandante. Así lo confirma el que se diga que la hija de la demandante consideraba como madre también a la demandada, no la convierte en su madre, ni razonablemente nadie lo ha pretendido. Por lo demás, en este entorno convivencial, los usos del lenguaje utilizados por el entonces niño y la adolescente no son determinantes de una posesión de estado de madres de las partes en este procedimiento, ni de la demandada respecto de la hija de la demandante, ni de la demandante respecto de Fidel.

Por lo que, la sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros; que el comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación, ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron.

En esencia, la acción de reclamación de maternidad por la pareja sentimental de la madre biológica no procede, pues, la demandante no prestó su consentimiento en el empleo de técnicas de reproducción asistida, ni inicio trámites de adopción. Tampoco se aprecia la existencia de posesión de estado respecto de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos/as con los requisitos de constancia y exteriorización que precisan.

Por otra parte, en una correcta valoración del interés superior del menor, atendiendo a su voluntad, deseos, sentimientos y opiniones, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello, procede señalar que no parece adecuado fijar judicialmente una maternidad, si además, de no existir una constante relación de filiación, es contraria a la voluntad, deseos y sentimiento del menor ya adolescente, Fidel; a quien se le reconoce el derecho a participar en las decisiones que le afecten progresivamente en función de su madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental en su vida.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 26 de mayo de 2005.
- STC, de 9 de junio de 2005.
- STC, Sala Segunda, de 27 de junio de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1896.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1941.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1964.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1966.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1986.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1991.
- STS, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2004.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011.

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022.
- RDGRN, de 28 de noviembre de 2008.
- RDGRN, de 28 de febrero de 2011.
- RDGRN, de 8 de febrero de 2017.
- SAP de Pontevedra, sección 4.^a, de 31 de enero de 2002.
- SAP de Guadalajara, sección 1.^a, de 25 de mayo de 2005.
- SAP de Sevilla, sección 8.^a, de 20 de febrero de 2006.
- SAP de La Coruña, sección 5.^a, de 16 de octubre de 2014.
- SAP de Valencia, sección 10.^a, de 18 de febrero de 2015.
- SAP de Granada, sección 5.^a, de 23 de octubre de 2015.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXXVI.
- (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio, 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 1-35.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre, 93-136.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 1-35.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Tecnos.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (2000). La posesión de estado en materia de filiación, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Granada: Universidad de Granada.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2001). El concepto de posesión de estado de filiación. En: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (dir. y coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil*, vol. II, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo, 1-20.
- INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil*, T. V Familia, 2.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de Familia, revisada y actualizada con la colaboración de Belén Sáinz-Cantero Caparrós, Patricia López Peláez y María del Mar Heras Hernández, decimonovena edición, Madrid: Marcial Pons.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, dirigido por María Linacero de La Fuente, 3.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.ª ed., Madrid: Colex, Madrid.
- (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª ed., Madrid: Edisofer.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 113 y 127 a 135 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch.
- QUICIOS MOLINA, S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2021). Comentario al artículo 131 del Código Civil. En: R. Bercovtiz-Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters,
- REYES LÓPEZ, M.ª J. (2021). «La filiación». En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, 4.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2021). La filiación. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 10.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V.M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1.º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VAQUERO PINTO, M.ª J. (2016). La filiación extramatrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). La filiación matrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

NOTAS

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.^a ed., Madrid: Colex, Madrid, 329. Para DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Tecnos, 233 se denomina filiación «tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo».

² REYES LÓPEZ, M.^a J. (2021). La filiación. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, 4.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 277. Asimismo, para RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2021). La filiación. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, 10.^a ed., Valencia: tirant lo blanch, 288 señala que la filiación desde una perspectiva jurídica «es una relación natural derivada de la procreación, aunque en ocasiones se prescindía de la verdad biológica, como son los supuestos de adopción y algunos de reproducción asistida».

³ En el mismo sentido, el artículo 235-1 del Código Civil catalán —en adelante, CCC—; y la Ley 69 de la Compilación de Derecho Civil Foral navarra —en adelante, FNN—.

⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus, 60 nota 111.

⁵ BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre, 111; INIESTA DELGADO, J.J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 804-805.

⁶ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXXVI, 182.

Por su parte, el artículo 235-3 del CCC dispone que «la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

⁷ RUEDA ESTEBAN, L. (2015). La filiación. En: V.M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1.º, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 675-676.

⁸ DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa, 106.

⁹ VAQUERO PINTO, M.^a J. (2016). «La filiación extramatrimonial». En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 266.

¹⁰ *RJ* 2013, 7566.

¹¹ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 330-331 en estos casos «el Derecho positivo opta por crear entre dos personas un vínculo de filiación puramente jurídico» y añade «ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica, son suficientes para agotar el vínculo de filiación, en toda su rica complejidad: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar que, padre es, verdaderamente, quien se comporta (ama, educa, cuida) como padre, y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos».

¹² Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 351 «llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz)».

¹³ En la resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2012, 74939) se rechazó la inscripción de la maternidad porque se prestó el consentimiento con posterioridad al nacimiento y no con carácter previo a este, como exigía la redacción del artículo 7.3 de la LTRHA.

Por su parte, en la resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2010, 459) se posibilitó la aplicación retroactiva del artículo 7.3 del LTRHA conforme a la redacción dada por la Ley 3/2007 y se atribuyó la filiación materna al cónyuge no gestante pese a que el nacimiento del hijo había tenido lugar antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA. Se ampara en la disposición transitoria primera del Código Civil, pues, la citada Ley 3/2007 es la que introduce *ex novo* la posibilidad de doble maternidad.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 5 de diciembre de 2012 (AC 2013,76) la demandada no prestó consentimiento formal y previo para su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida. El nacimiento tuvo lugar cuando las litigantes no estaban casadas entre sí. El consentimiento prestado por la demandada para que se determinase su filiación respecto del hijo de la actora, cuando el mismo ya había nacido. Por lo que, es ineficaz el consentimiento determinante de la filiación y procede la acción de impugnación de la filiación no matrimonial ejercido por la mujer gestante en contra de la mujer conviviente.

¹⁴ ANDREU MARTÍNEZ, M.ªB. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 29 lleva a cabo un juicio crítico de la reforma, pues, entiende que se han dejado sin resolver ciertas consecuencias prácticas así «en cuanto a la participación de la gestante en la determinación de la filiación, en la relevancia de cara a dicha determinación de otros mecanismos distintos de la prestación del consentimiento (en particular, los previos al nacimiento) o en la aproximación al consentimiento prestado por la cónyuge de la gestante a la figura del reconocimiento»; y, por otra parte, señala al respecto que «no se ha querido entrar en el aspecto clave de la cuestión que, es la relevancia que cabe otorgar a la voluntad procreacional a efectos de determinar la filiación y su incardinación en el sistema de filiación del Código Civil».

Igualmente, se muestra crítica ZURITA MARTÍN, I., (2018). La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 770, noviembre-diciembre, 3098-3099 cuando indica que el artículo 7.3 de la LTRHA representa una norma defectuosa y que necesita de una urgente revisión para evitar «no solo el desconcierto que provocan los pronunciamientos judiciales, son que su falta de respuesta cierta a los problemas que se van planteando cree nuevas dudas sobre la determinación de la filiación en el futuro». De ahí que, abogue por «un tercer modelo de filiación derivado del uso de técnicas de reproducción asistida y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no».

Asimismo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 382 para quien «en primer lugar es muy llamativa, por contraste, la ausencia de cualquier tipo de control o contrapeso a la voluntad de la esposa declarante: el establecimiento de la filiación depende exclusivamente de su voluntad, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos en los que la voluntad juega un papel decisivo en el establecimiento de la filiación, como puede ser el reconocimiento, la adopción o el caso del artículo 8.2 de la LTRHA». Y añade que «en esta línea llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz) —la cual, por otro lado, ha podido someterse a estas técnicas sin necesitar el consentimiento previo de su esposa—. En la medida que tales controles están puestos en beneficio del hijo, la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación deriva exclusivamente de la voluntad que podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39 de la CE).

¹⁵ Tanto el artículo 7.3 del LTRHA como el artículo 44.5 de la LRC solo es aplicable a los matrimonios de mujeres, no a las parejas de hecho, lo que a juicio de LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, dirigido por María Linacero de La Fuente, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 408 es una limitación cuestionable.

¹⁶ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 que hace referencia al *iter* legislativo de la materia y facilita en caso de matrimonio de mujeres la inscripción de sus hijos en el Registro Civil, sin necesidad de acreditar el origen de la gestación. Así indica que

«(...) III. La posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el artículo 7 de la LTRHA reconociendo, mediante una ficción legal, que en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante siempre que hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal. Es decir, que el artículo 7.3 de la LTRHA introdujo en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil, si bien condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Posteriormente, la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, introdujo también una modificación en el apartado tercero del artículo 7 de la LTRHA en cuanto a la forma en que debe prestarse el consentimiento, de manera que no es necesario manifestarlo antes del nacimiento, quedando el artículo redactado como sigue: «cuando la mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

¹⁷ En estos términos, se expresa VAQUERO PINTO, M.^ªJ. (2017). La filiación matrimonial. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, 2.^ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 161.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil*, T. V Familia, 2.^ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 313; FLORES RODRÍGUEZ J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *Actualidad Civil*, número 5, mayo, 2.

¹⁹ RJ 2013, 7566.

²⁰ RJ 2018, 4768; JUR 2018, 283287.

²¹ En esta línea, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre, *Revista Bolivariana de Derecho*, número 18, julio, 383 señala que, en la Ley se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, una filiación materna biológica y una filiación materna basada en una ficción legal (no biológica), ambas con los mismos efectos que la filiación por naturaleza (patria potestad, guarda, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), ordenando las relaciones entre los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas y los padres que tuvieron la voluntad de serlo». Asimismo, QUICIOS MOLINA, S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 49-50 que, señala, como fundamento del título de atribución del artículo 7.3 de la LTRHA, no la verdad biológica, sino la voluntad de ser madres. También, *vid.*, las resoluciones de la DGRN, de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009, 389849); y, de 24 de noviembre de 2008 (JUR 2010, 2732).

²² DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^ª S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret*, enero, 31; FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida, *op. cit.*, 4-5.

²³ RJ 2014, 833.

²⁴ RJ 2022, 576.

²⁵ Los hechos sobre los que se sustenta el presente caso son: El 18 de febrero de 2014, Clemencia y Elsa, suscribieron un documento de consentimiento informado de inseminación artificial con semen de donante.

Clemencia se sometió a un procedimiento de inseminación artificial con semen de donante y sin aportación de gametos por parte de Elsa. Clemencia quedó embarazada y dio a luz a un niño, Horacio, que fue inscrito en el Registro Civil como hijo suyo con los apellidos de esta. El 12 de junio de 2015 Clemencia y Elsa contraen matrimonio. En octubre de 2015, como consecuencia de la ruptura de la pareja, Clemencia abandonó la vivienda que compartían y que era propiedad de Elsa y se marchó a vivir con el niño a casa de sus padres. El 15 de junio de 2016 se dicta sentencia de divorcio en un procedimiento instado por Clemencia y en el que Elsa fue declarada en rebeldía, dado que no contestó a la demanda, ni compareció. En la sentencia de divorcio consta que no existe descendencia común. El 12 de junio de 2018 Elsa

interpuso demanda frente a Clemencia y solicitó que se declarase, que es madre extramatrimonial de Horacio por posesión de estado y que conforme a dicha declaración se acordase que, en adelante, el niño pasase a llamarse Inocencio. En su demanda Elsa argumentó que el niño nació fruto del afecto de la relación que existió entre las partes y desde que nació las dos habían sido las madres y así habían sido consideradas en el entorno social, si bien la filiación solo se determinó respecto de la gestante porque cuando nació no estaban casadas. Aportó como prueba el certificado de nacimiento, el de matrimonio, un reportaje fotográfico, un certificado de un seguro, la sentencia de divorcio (alegando que no compareció por motivos económicos y creyó que no afectaría a su relación con el niño), certificado de una cuenta que abrió el 7 de marzo de 2016 donde ingresa una cantidad mensualmente en función de sus posibilidades económicas para el niño y mensajes intercambiados entre las partes en las que se interesa por el niño. Clemencia se opuso a la demanda alegando: que desde joven quiso ser madre y que cuando fueron a la clínica reproductiva Elsa era su pareja y por eso firmo, para justificar el motivo de la inseminación (la homosexualidad) pero no hubo proyecto familiar; ni Elsa se comportó como madre, ni mantuvo un comportamiento como tal, pues le superaba el cuidado del niño y asumir cualquier responsabilidad; por ello no prestó el consentimiento en el Registro Civil, ni instó el expediente de rectificación de error para cambiar los apellidos y aunque después de casaron Elsa tampoco consintió en el Registro que se determina la filiación del niño respecto de ello tal y como permite la ley, siendo ese el título de atribución de la filiación que contempla esta. Elsa tampoco compareció en el procedimiento de divorcio para hacer valer siquiera un derecho de visita y no fue por motivos económicos, pues, pudo pedir justicia gratuita como hizo Clemencia. Las pruebas aportadas de mensajes en las que se habla del niño no revelan la responsabilidad de la maternidad y se habla del niño como se habla de los padres de Clemencia, no hay posesión de estado. Elsa no mantuvo al niño y el que abriera una cuenta no lo acredita, ya que era a nombre de la propia demandante. Además, a Elsa le incomodaba y superaba la situación de estar sola con el niño, tanto durante la convivencia como después de la separación y por eso tampoco hizo nada para que quedara determinada la filiación. El juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar acreditada la posesión de estado. Clemencia recurrió en apelación la sentencia argumentando que la relación de cariño entre las partes en el momento de nacimiento del niño no determina la filiación y que la relación posterior con la familia de Elsa es la propia de allegados. Elsa no estaba ni para temas patrimoniales, ni para cuidados personales, con la excepción de la vivienda en la que convivieron, que era propiedad de Elsa, pero que al romper la relación Elsa y Clemencia hubo de regresar con su hijo a casa de sus padres; que al niño solo lo han mantenido Clemencia y sus padres. La Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado. Clemencia interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

²⁶ JUR 2022, 251323.

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, *op. cit.*, 363.

²⁸ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La filiación, *op. cit.*, 422.

²⁹ RTC 2005,273 y RTC 2006,52.

³⁰ LA LEY 129239, 2022.

³¹ En esta línea, QUICIOS MOLINA, S. (2021). Comentario al artículo 131 del Código Civil. En: R. Bercovitz-Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 297.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 5616); de 26 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 4781); de 10 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 1815); de 30 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 5200); de 16 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 969); de 20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991, 3714); de 14 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9403); de 10 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8284); y, de 25 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4008). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de abril de 1995 (*AC* 1995, 732); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4.ª, de 31 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 99116); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 25 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 2234); sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.ª, de 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007, 771); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 20 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 200800) notoriedad pública de la filiación; de la Audiencia

Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 30 de mayo de 2012 (AC 2012,1308); de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 5.^a, de 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 5051); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 18 de febrero de 2015 (JUR 2015, 101510).

³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario al artículo 113 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, 840.

³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). La filiación, *op. cit.*, 343.

³⁴ RJ 1997, 3676. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 3.^a, de 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771) la constante posesión de estado ha sido definida como «aquellas circunstancias en las que se halla una persona en el seno de la familia y en sociedad, teniendo por tanto, posesión de estado quien es tenido por hijo respecto a su padre».

³⁵ RJ 2018, 1854. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 17 de enero de 2012 (JUR 2012,96331) respecto a la posesión de estado atribuida a la demandante, hay que decir que consta en autos que, en virtud de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina de fecha 19 de marzo de 2007, disfruta de un régimen de visitas respecto del menor que no ha sido modificado por la sentencia del Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo del presente año, en el recurso de casación n.º 1334/2008). Igualmente es indubitado que, ante la sociedad, la citada demandante disfruta de tal derecho, sin embargo, siendo los elementos tradicionales de la posesión de estado el «nomen», «tractatus» y la «fama», estimamos, en contra de lo expuesto en la sentencia de instancia, que en el presente caso no concurren.

Respecto al «nomen», el segundo nombre del menor (Erasmus) da cuenta de la relación existente en su momento entre ambas litigantes, pero no puede atribuirse al mismo la categoría de indicio de tal posesión de estado, pues la posesión de estado es el resultado de la consideración social por parte de personas diferentes a ambas litigantes en virtud de la cual una situación de hecho adquiere relieve jurídico, y en este caso ese segundo nombre normalmente no es usado en sociedad. Esto es, al niño normalmente se le llama por su primer nombre, ósea Erasmus.

En cuanto al «tractatus», es obvio que queda acreditado en autos que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación.

En cuanto a la «fama», debe tenerse en cuenta que la crisis de la pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años. Que dicha crisis es grave, se deduce de las medidas que se tuvieron adoptar por el Juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor. Es obvio, por el poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado que valora la sentencia de instancia, de forma que a lo sumo se podría decir que los hechos tenidos en consideración en la instancia acreditan que durante un tiempo actuó como madre y que por ello goza del derecho de visitas concedido judicialmente. Pero se insiste que falta una acreditada posesión de estado que la legitime para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil; de forma que, si pretendía reclamar la maternidad extramatrimonial, debería recurrir a la acción recogida en el artículo 133.1 del Código Civil, esto es debería haber presentado un principio de prueba por escrito e impugnado la filiación extramatrimonial que consta en el Registro Civil.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016,12058) en el caso que enjuiciado, se señala que, es cierto que no puede apreciarse la existencia de la posesión de estado, al no existir prueba alguna que la acredite, considerada por la Jurisprudencia, entre otras, en sentencia de 2 de marzo de 1994 como una situación fáctica de singular relevancia, en materia de filiación, a partir de la reforma de 13 de mayo de 1981, que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia (S de 20 de mayo de 1991); y la estimación de su existencia corresponde a los Tribunales de instancia (SS de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 20 de diciembre de 1991 y 14 de noviembre de 1992).

³⁶ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. (2000). La posesión de estado en materia de filiación, *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Granada: Universidad de Granada,

469; EVANGELIO LLORCA, R. (2001). «El concepto de posesión de estado de filiación». En: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (dir. y coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández-Gil*, vol. II, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1859; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). «La filiación», *op. cit.*, 344; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021). *Principios de Derecho Civil VI Derecho de Familia*, revisada y actualizada con la colaboración de Belén SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Patricia LÓPEZ PELÁEZ y María del Mar HERAS HERNÁNDEZ, decimonovena edición, Madrid: Marcial Pons, 286.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1896 (JC, 1896, T. 80, 14) *tractatus* es «tenerlo en casa, alimentarle, educarle en tal concepto (hijo natural); de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676), igualmente, en relación con el *tractatus* se destaca que «el señor S., muestra su conformidad en reiteradas ocasiones y sufraga mediante talón bancario las vacaciones de su hijo en diferentes campamentos de verano, estando incorporado en autos cartas dirigida a la dirección de los mismos al señor S., en el que se le comunican diferentes extremos relativos a «su hijo» y en los que aparece la firma no impugnada del presunto padre (...). Al fallecimiento del señor S., se declara que, este había manifestado su intención de reconocer al menor, incluso ha quedado probado que Guillermo ha disfrutado de vacaciones con su padre y la familia de este, madre, primos, etc.»; y, de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7554) señala que, *tractatus* es «el comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno-filial» y *fama* o *reputatio* «la opinión o consideración en el entorno social»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 189159).

³⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815).

En todo caso, en la jurisprudencia se asocia la *fama* con el requisito de la publicidad, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1962 (RJ 1962, 1706); de 14 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4115); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

³⁸ QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C. (2012). *La determinación judicial de la filiación*, Barcelona: Bosch, 308 y 310.

³⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016, 12058).

⁴⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1239); de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815); de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2805); de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8336); de 3 y 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1547; RJ 1988, 1974); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); de 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1639); de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676); y, de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9606).

⁴¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); de 10 de marzo y 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 1815; RJ 1988, 5200); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

⁴² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1964 (RJ 1064, 2201); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 37149); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); y, de 25 de junio de 2004 (RJ 2004, 4008).

⁴³ EVANGELIO LLORCA, R. (2001). El concepto de posesión de estado de filiación, *op. cit.*, 1873.

⁴⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 127 a 135 del Código Civil. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, 971.

⁴⁵ BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *op. cit.*, 129. En esta línea, REYES LÓPEZ, M.ª J. (2021). La filiación, *op. cit.*, 282.

⁴⁶ RJ 2013, 7566.

⁴⁷ RJ 2014, 1265.

⁴⁸ RJ 2011, 3280.

⁴⁹ RJ 1995, 1961; y, RJ 2003, 8284.

⁵⁰ RJ 2009, 7257.

⁵¹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *op. cit.*, 25.

1.3. Derechos Reales

Repaso jurisprudencial a la acción reivindicatoria

Jurisprudential review of the reivindicatory action

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El derecho a la propiedad es un derecho constitucional digno de protección frente a cualquier injerencia que trate de hacerse en él. En los últimos años, la protección a la propiedad, sobre todo la inmobiliaria, parece que se diluye, cede, ante determinados supuestos a los que no puede hacer frente el propietario. No obstante, el propietario, el titular dominical tiene en su mano acciones y medios para defender su derecho, entre ellos, la acción reivindicatoria, acción real por excelencia, que pretende devolver al propietario la posesión de aquello que le pertenece y se encuentra en manos de otro. En este artículo se hace un repaso y análisis crítico de los presupuestos y requisitos de esta acción, con el fin de ver cómo han ido evolucionando en el tiempo y poder concluir si se han relajado o, por el contrario, cada vez son más exigentes, mermando las posibilidades de defensa del titular dominical a la hora de tratar de recuperar el bien objeto de dominio.

ABSTRACT: *The right to property is a constitutional right worthy of protection against any interference that tries to be done in it. In recent years, property protection, especially real estate, seems to be diluted, yielding to certain assumptions that the owner cannot face. However, the owner has in his hand actions and means to defend his right, among them, the claim action, real action par excellence, which seeks to return to the owner the possession of what belongs to him and is in the hands of other. This article reviews and critically analyzes the budgets and requirements of this action, in order to see how they have evolved over time and to be able to conclude whether they have relaxed, or on the contrary, they are becoming more and more demanding, diminishing the possibilities of defense of the proprietary owner when trying to recover the property subject to ownership.*

PALABRAS CLAVE: Propiedad. Defensa, acción reivindicatoria. Presupuestos,. Desprotección.

KEY WORDS: *Property. Defense. Claiming action. Assumptions. Lack of protection.*

SUMARIO: I. PANORAMA GENERAL SOBRE LA PROTECCIÓN —Y DESPROTECCIÓN— DOMINICAL.—II. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA: 1. PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTOR. 2. POSESIÓN ACTUAL E INDEBIDA DE LA COSA POR EL DEMANDADO. 3. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO.—III. EFECTOS Y DISTINCIÓN DE OTRAS ACCIONES.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PANORAMA GENERAL SOBRE LA PROTECCIÓN —Y DESPROTECCIÓN— DOMINICAL

El derecho de propiedad es el derecho real por excelencia y se trata de un derecho constitucional (art. 33 CE) que debe protegerse y ser respetado por todos, al encontrarse entre los derechos y deberes de los ciudadanos constitucionalmente protegidos.

De igual forma, aparece reconocido como uno de los derechos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 17¹.

El derecho de propiedad privada es objeto de especial protección, y así lo ha dicho tanto el propio Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, y para ello, el ordenamiento le dota de acciones propias y específicas para su protección², tal y como establece el artículo 348.2 del Código Civil que afirma que «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

Del mencionado precepto se deduce la defensa que tiene todo propietario de su derecho de propiedad sobre la cosa, porque puede reclamarla siempre de quien la tenga; y del mismo, no solo se deduce la acción reivindicatoria —la principal—, sino que hay que interpretarlo extensivamente, como hace la jurisprudencia, y dar cabida en él, a todas las acciones de defensa del dominio, que son: acción reivindicatoria, acción declarativa, acción negatoria, interdictos de obra nueva y ruinoso y acción publiciana. Asimismo, también se relacionan con el dominio, para facilitar la identificación del objeto que se reivindica, la acción de deslinde y amojonamiento y la acción *ad exhibendum*.

Sin embargo, y a pesar de que parece que la defensa de la propiedad no tiene duda, está bien configurada y fundada, dotando al propietario de diversas acciones para ello, parece que en los últimos años podemos hablar incluso de cierta «desprotección» de la propiedad.

En este sentido, el estudio sobre el Índice Internacional de Derechos de Propiedad (IIDP)³, elaborado por la *Property Rights Alliance*, señala que España se sitúa en la posición 26 sobre 37 en la clasificación que hacen sobre la protección del derecho de propiedad en los países más avanzados. España se sitúa 8,3 puntos porcentuales por debajo del promedio observado en la OCDE y también por debajo de los países UE que pertenecen a la OCDE. Estos valores tan bajos ponen de relieve la deficiente protección del derecho de propiedad en nuestro país, probablemente auspiciada por un entorno legislativo y social que va tomando medidas que hacen que el propietario se sienta más desprotegido.

El IIDP toma como referencia tres criterios para valorar la protección de la propiedad: en primer lugar, el entorno legal y político (independencia judicial, imperio de la ley, estabilidad política y control de la corrupción). El segundo, se centra en la protección de la propiedad física (derechos de la propiedad física, Registro de la Propiedad y facilidad de acceso a la financiación). Y, por último, la protección de la propiedad intelectual (derechos de propiedad intelectual, protec-

ción de patentes y lucha contra la piratería). España solo obtiene una puntuación destacable en la contribución del Registro de la Propiedad a la defensa de la propiedad, obteniendo muy mal dato en relación con el primero de los criterios.

A la vista de esto, comenta acertadamente ARTUÑANO⁴ que «el derecho de propiedad sufre una desprotección creciente derivada de cambios legales y regulatorios que exceden los criterios de razonabilidad imperantes en tanto en la UE como en el ámbito de las inversiones transnacionales; o que subvierten la propiedad privada para suplir, sin coste para el erario, las carencias de las políticas públicas (es el caso, por ejemplo, de los desahucios y la ocupación de viviendas)». Pone de manifiesto este autor que esa efectiva desprotección del derecho de propiedad se encuentra en España materializada en la propia Ley de Costas que permite expropiaciones sin indemnización, la permisividad con las okupaciones, la pérdida de valor de la propiedad frente a los desahucios de personas vulnerables, la disminución de la eficacia real de la hipoteca a raíz de las sucesivas decisiones jurisprudenciales y legislativas, el control de los precios de alquiler... todo ello hace perder valor a la propiedad y seguridad a su titular que puede verse postergado y ninguneado en aras de otras demandas sociales, prioridad absoluta del legislador, a costa de otros particulares.

No puede olvidarse, como también se menciona en el informe sobre la propiedad privada del IEE que la relación entre el desarrollo económico de un país y la propiedad privada es directamente proporcional, y la propiedad contribuye directamente a la mejora del PIB de cada país. No es baladí, por tanto, que el legislador pierda el foco en la defensa y mejora de la seguridad de la propiedad privada como está ocurriendo últimamente en España.

Habrà que proveer de nuevas formas de protección de la titularidad dominical, y esto pasa por varias reformas legislativas que refuercen al propietario, y en las que el legislador y el Estado asuman su posición de responsabilidad en procurar vivienda a los vulnerables, sin que esto recaiga —como parece que ocurre hoy en día— en otros particulares, los propietarios.

Probablemente, una de las medidas pase por reforzar las acciones en defensa del dominio, que sean más rápidas y eficaces para recuperar la posesión perdida y, sin duda, la principal acción que tiene el propietario para ello es la acción reivindicatoria, aunque no sea la más rápida. Analizamos, a continuación, su finalidad, presupuestos y configuración jurisprudencial a lo largo de los años, pues entendemos que, reforzando este medio de defensa, se refuerza la propiedad.

II. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria es la acción que tiene todo propietario, titular del derecho de dominio, para reclamar la posesión perdida de la cosa que le pertenece, frente a quien la posee en ese momento indebidamente, con el fin de recuperar esa posesión. Por tanto, es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para obtener la restitución de la cosa.

Se trata de una acción de naturaleza real, que se ejercita *erga omnes*, recuperatoria, puesto que su finalidad es obtener la posesión jurídica de la cosa, y además es una acción de condena, porque se solicita un comportamiento restitutorio del demandado.

La finalidad de esta acción es siempre la entrega de la posesión, no la tenencia inmediata de la cosa, sino la posesión jurídica de la propiedad. Por tanto, en la acción reivindicatoria lo esencial es el reintegro de la cosa. Esto es lo que le

diferencia de otras acciones en defensa de la propiedad, la restitución de la cosa al propietario, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de octubre de 1998: «lo que determina la acción reivindicatoria es su finalidad de recuperación del bien dentro del ámbito del derecho a la propiedad, de no ser esa finalidad recuperatoria, el dueño puede utilizar otras acciones, a modo de ejemplo: si lo que querían las partes era la delimitación de sus propiedades según los títulos que exhiben, bien pudieron pedir el deslinde». Y ese concepto de restitución de la cosa debe entenderse en sentido amplio, tal y como pone de relieve la sentencia de 24 de octubre de 2005: concepto de restitución de la cosa al propietario debe ser entendido en sentido amplio: «el ejercicio de la acción reivindicatoria comporta tanto la pretensión de declaración de propiedad como la de la restitución de la cosa al propietario, restitución que no existiría si se mantuvieran sobre la propiedad ajena cualesquiera obras e instalaciones limitativas del derecho de goce que la propiedad comporta (art. 348 CC)... la restitución de la cosa en condiciones tales que no comporten limitación alguna en el ejercicio del derecho de uso y goce característico de la propiedad, cuando tal limitación no está amparada en la ley».

Aunque también puede aprovecharse y solicitar mediante la misma, la declaración del dominio, pero no es imprescindible.

La jurisprudencia ha insistido en numerosas ocasiones en que son necesarios tres presupuestos para que triunfe esta acción⁵: que el que la interponga sea el verdadero propietario y lo pruebe en su demanda; que la acción se dirija frente a quien posee indebidamente y actualmente la cosa reclamada y que se identifique perfectamente el objeto discutido para que pueda ser devuelto a su propietario, subrayando de este modo su carácter de acción real y de condena.

Veamos cómo se han ido definiendo cada uno de ellos a través de las resoluciones judiciales⁶.

1. PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTOR

En primer lugar, para que prospere y triunfe una acción reivindicatoria es indispensable que el que la interponga sea el propietario de la cosa que se reclama, y para ello, deberá probar, siempre, en la demanda, su dominio sobre aquella cosa.

Por eso, se dice que la:

a) *Legitimación activa*

La tiene el dueño o propietario de la cosa, que no tenga la posesión de la misma.

El demandante debe tener título de dominio, entendiendo por tal «no el que el reivindicante funde su derecho sino la justificación dominical que se puede acreditar, a través de cualquier medio válido en derecho, siempre que permita demostrar el carácter de dueño de la cosa reivindicada por parte de quien accionó a su amparo» (SSTS de 5 de julio de 1996 y 28 de abril de 1997, entre otras). De igual forma, ese título dominical debe entenderse «a estos efectos como título de constitución o de adquisición del derecho de propiedad, lo que equivale a la conjunción del título y el modo, requisitos necesarios en nuestro Derecho para la transmisión de la propiedad (arts. 609, 1095, 1462 y concordantes del CC), por lo que la falta de tradición en alguna de las formas admitidas por la Ley,

determina la no existencia del título apto para ejercitar esta acción dominical» (STS de 23 de enero de 1989, entre otras muchas).

Por lo tanto, el título debe entenderse en sentido material como causa adquisitiva del derecho con independencia del documento en el que se formalice. El título de dominio es el presupuesto básico para esta acción.

No es preciso tener el dominio pleno y único. Puede, por tanto, reivindicar un nudo propietario, un comunero si actúa en beneficio de la comunidad (o un cónyuge para la sociedad de gananciales), un titular bajo condición resolutoria, etc.; también el enfiteuta, pero no está claro que pueda interponer esta acción el propietario bajo condición suspensiva.

En todo caso, el que no puede reivindicar es el propietario que ya tiene la posesión.

b) La prueba del dominio

Pero, además de ser propietario, como ya hemos dicho, deberá poder probar su dominio. Es decir, la prueba del dominio corresponde a quien lo alega: el demandante propietario. Pero el demandado puede intentar la suya diciendo que la cosa no le pertenece a aquel propietario.

La prueba ha de ser del dominio del demandante, no de que el demandado no tiene derecho. Si el demandante no prueba su dominio, la acción no prospera, aunque el demandado posea sin derecho, y se consiga probar este extremo, con independencia de la falta de título —o no— del demandado (SSTS de 17 de mayo de 1983, 17 de enero de 1984, 20 de septiembre de 1984, 17 de marzo de 1986, 28 de noviembre de 1986, 23 de junio de 1988 y 28 de noviembre de 1988).

Para probar el dominio, hay que probar el acto de adquisición. Por tanto, hay que probar que se adquirió antes de interponer la demanda, y probando esto es suficiente ya que se presume la continuidad de la propiedad del dominio en quien la adquirió.

Si se adquirió por acto originario, basta probar esto. Si se adquirió por acto derivativo, se debe probar la adquisición y demostrar la propiedad de quien lo transmitió, hasta llegar al acto adquisitivo originario, probando la adquisición del transmitente, y la del transmitente del transmitente, lo que sería una *probatio diabólica*. Por eso, basta con llegar en la prueba del dominio hasta el plazo máximo en que la cosa hubiera sido adquirida por usucapión, pues de este modo, ya se habría adquirido originariamente la propiedad de la cosa: «En definitiva, pues, es preciso que por parte del actor se justifique la propiedad de los bienes reclamados, ya fundándose en un título legítimo de dominio, ya, en su defecto, en la posesión inmemorial o en la posesión continuada durante el plazo marcado para la prescripción ordinaria o extraordinaria. Ahora bien, si la adquisición ha sido originaria, bastará demostrar la existencia del hecho originador, más, si es derivativa, será preciso, no solo exhibir el título por virtud del cual el actor haya adquirido la cosa, sino que ha de justificar también el derecho del causante que se la transmitió. Consecuencia de ello es que la falta de título de dominio impide que prospere la acción reivindicatoria, aun cuando el demandado no demuestre ser dueño de la cosa». (SAP de Islas Baleares, 16 de marzo de 2006).

En consecuencia, el reivindicante debe probar plenamente y en todo caso su dominio, por tanto, no vale solo que la otra parte pruebe o alegue título que le legitime para retener la cosa, negando la condición del dueño del demandante.

Por eso la jurisprudencia admite amplitud de medios de prueba del dominio, tanto el título justificativo del dominio, como la posesión continua durante el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva y diferentes medios de prueba que admite la ley, no siendo necesario un título (documento) propiamente dicho: basta la «prueba de la propiedad mediante la demostración de una causa idónea jurídicamente para dar nacimiento a la relación en que el derecho real de propiedad consiste (SAP de Santander de 1 de abril de 2003), y en el mismo sentido y de forma muy clara, se manifiesta la SAP de Islas Baleares de 16 de marzo de 2006: «la existencia de un justo título de dominio, que no es imprescindible que consista en un instrumento público o documento privado, puesto que el derecho del actor puede justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas en los artículos 1941, 1959 y 1966 del referido Código Civil para la prescripción adquisitiva».

También es válido para probar el dominio del actor, el pago de contribuciones y tributos, (STS de 8 de junio de 2006), el testimonio de dos testigos unido al pago de gastos de comunidad de la plaza de garaje discutida (SAP de Sevilla de 11 de febrero de 2002); pero la simple prueba testifical no bastará para probar hechos que puedan probarse por otros instrumentos probatorios más objetivos (SAP de Murcia, de 30 de octubre de 2006); de igual forma un simple informe pericial no es suficiente para probar el dominio (SAP de Soria de 7 de julio de 2006).

Se discute la eficacia probatoria del título de herencia; por ejemplo, varias sentencias han dicho que, ni los testamentos, ni las declaraciones *ab intestato*, constituyen título de dominio porque, hasta que no se hace la partición y adjudicación de bienes concretos, no se sabe a quién pertenece. Por tanto, es necesario el testamento o llamamiento más la partición o adquisición, es decir, acompañado de los cuadernos particionales.

La prueba, como vemos, puede complicarse, y por eso el ordenamiento trata de facilitar o favorecer esta prueba a través de dos presunciones dominicales, una para bienes muebles y otra para los inmuebles:

Para muebles, el artículo 464 del Código Civil establece que la posesión equivale al título.

Para inmuebles, el artículo 38.1 LH establece que se presume que lo inscrito existe y pertenece a su titular. Presunciones que siendo útiles no siempre consiguen su objetivo de invertir la carga de la prueba al demandado para que sea este quien pruebe la falta de titularidad del demandante.

En definitiva, la prueba del dominio del actor no es fácil y puede llevar mucho tiempo y dificultades conseguirla, sobre todo cuando se trate de demostrar la propiedad de los sucesivos transmitentes en el tiempo. Es cierto que se hace para dar seguridad a la acción, y que realmente solo la utilice el verdadero propietario, pero también es cierto que entorpece, ralentiza, la restitución de la cosa reclamada a su legítimo propietario. Entendemos que, quizás, debería agilizarse la prueba del dominio del actor, para favorecer la defensa dominical.

2. POSESIÓN ACTUAL E INDEBIDA DE LA COSA POR EL DEMANDADO

El segundo de los requisitos, o presupuestos necesarios para que triunfe la reivindicatoria, como ya hemos dicho, es que el demandado sea el poseedor

actual e indebido de la cosa que se reclama, si bien, esto no es suficiente si el demandante no consigue probar su dominio como ya ha quedado apuntado.

Por lo tanto, en la reivindicatoria se requiere una especial legitimación pasiva.

La acción se interpone frente a quien posee la cosa actual e indebidamente y se niega a restituirla. Solo el que la tenga en ese momento y sin título o causa que justifique su posesión puede restituirla, por eso es necesario que ese poseedor, además, sea:

a) Actual: no puede interponerse contra quien no posee, porque no podría devolverla, y el reivindicante lo que pretende es que le sea restituida la cosa. Así lo confirma la STS de 30 de mayo de 2008 que cita literalmente la STS de 16 de julio de 1997, y con referencia también a la de 18 de julio de 1969.

El demandante deberá probar que el demandado es poseedor de la cosa que él reclama, tenedor, y este demandado podrá defenderse demostrando, simplemente, que él no es el legitimado pasivamente frente a la acción del demandante, porque no la posee. La STS de 27 de junio de 2000 confirma este extremo, señalando que «como señaló la antigua doctrina de esta Sala la acción reivindicatoria solo puede dirigirse contra el tenedor de la cosa —sentencias de 19 de abril de 1905, 30 de mayo de 1925 y 21 de febrero de 1928— estando tan solo legitimado para soportar el ejercicio de ser demandado el tenedor o poseedor de la cosa, con la consecuencia de que si por el resultado probatorio alcanzado se acredita que el demandado no es poseedor o detentador, la acción no prosperará (sentencias de 30 de mayo de 1925 y 5 de mayo de 1961)».

No es necesario que posea en concepto de dueño y su posesión puede ser mediata o inmediata.

En el supuesto de que quien posee la cosa reivindicable —demandado— deje de tenerla en su poder y culpablemente comunique la posesión a otro, la demanda ya no prosperará, pues esta acción es recuperatoria y, por tanto, solo es posible interponerla frente a quien tiene el objeto a recuperar. En este caso, para obtener la cosa, el demandante no tendrá otro remedio que interponer nueva demanda frente al poseedor actual. Si no lo hiciera, la reivindicatoria fracasará, aunque el demandante si podrá reclamar al primer demandado la indemnización de daños y perjuicios, por haber dejado dolosamente de poseer, y transmitir la posesión a otro.

b) Indebido: Ha de ser un poseedor sin derecho a poseer, sin título, o con un título inferior que no justifique su posesión, porque, si posee en virtud de un título o derecho que justifique dominio o su posesión derivada de una relación obligatoria todavía subsistente, puede parar la reivindicatoria y el demandante deberá desvirtuar dicha posesión (SAP de Baleares de 16 de marzo de 2006).

En ese caso, cuando el demandado alegue poseer justamente a título de dueño la cosa reclamada, y en virtud de un título que así lo justifique, el demandante deberá pedir nulidad del título del demandado.

Es decir, cuando el demandado alegue poseer a título de dueño u oponga un título derivativo de adquisición del dominio, el demandante deberá pedir, a la vez que la reivindicatoria, la declaración de invalidez o ineficacia de dicho título. Se pedirá en el mismo juicio de la reivindicatoria, si ambos títulos tienen el mismo origen, o en otro previo si tienen diferente origen. Esto se hace para resolver cuál de los dos títulos es válido.

Si bien es cierto, de nuevo, que debe garantizarse la devolución de la cosa, sin perjudicar a otro que pudiera ser el legítimo propietario de ella, y que por eso se establecen estas cautelas, en aras de no lesionar el derecho de quien

debida y legítimamente está en posesión de la cosa reclamada, entendemos que podría ser más adecuado que fuera el propio demandado el que probara su título o derecho a poseer y no que tuviera que desvirtuarlo también el propietario demandante, facilitando la defensa de su derecho. Del mismo modo, creemos que podría establecerse a modo de un elenco de títulos posesorios válidos que puedan servir para paralizar la reivindicatoria, sin que sirva alegar cualquier título en la contestación a la demanda que, al entrar en su análisis, aunque sea injustificado pueda ralentizar el procedimiento. Es decir, que no se entre ni siquiera a examinar títulos posesorios alegados por el demandado de baja intensidad jurídica que nunca van a poder justificar una posesión debida del demandado.

3. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO

La acción pretende recuperar una cosa concreta y perfectamente identificada de quien la tiene en su poder, y no otra diferente, aunque sea de la misma calidad y especie.

Corresponde al demandante probar su dominio y la identificación de la cosa que pretende reclamar, en la demanda, fracasando la acción si no consigue este extremo: «la identificación de la finca (segundo de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para el éxito de toda acción reivindicatoria junto a la legitimidad del título de dominio de la finca y detentación de esta por el demandado sin título) impone al reivindicante la carga de probar que aquel bien inmueble del que se dice ostentar su dominio se corresponde, efectivamente, en perfecta identidad, con lo descrito en el título legitimador (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1991, entre otras)» (STS de 21 de noviembre de 2005). La identificación del objeto es una cuestión de hecho que debe probarse en los tribunales de instancia, y a través de cualquier medio de prueba⁷.

En las fincas, a veces, es más complicado identificarlas, y por eso se exige su perfecta delimitación, y si no se consigue no prosperará la reivindicatoria (STS de 30 de noviembre de 1998). Para identificarla es necesario señalar bien la situación, la cabida o superficie, el contenido y los linderos, de tal modo que no pueda dudarse de cuáles sean, y pueda demostrarse durante el juicio que el predio reclamado es aquel al que se refieren los documentos y demás medios de prueba en que el actor funde su pretensión (SSTS de 30 de diciembre de 2004 y 2 de junio de 2008). No basta con la descripción registral del título presentado⁸, aunque el demandante, titular registral, goza de la legitimación registral que le otorga el registro, y la presunción de exactitud puede extenderse a los datos de hecho, pero estos podrán ser desvirtuados, por lo que es preferible probar bien aquellos por más medios⁹. Por eso, para identificar una finca, muchas veces es necesario interponer previamente una acción de deslinde, acción de naturaleza distinta a la reivindicatoria que pretende determinar los linderos y contenido de las fincas, identificarlas¹⁰.

La medida superficial es un dato añadido o secundario para la identificación de la finca, pero no imprescindible, pues lo que realmente la identifica son los linderos (SSTS de 9 de noviembre de 1949, 16 de octubre de 1998, 15 de enero de 2001). Y debe existir coincidencia total entre la documentación presentada y la realidad para la correcta identificación, pues en otro caso, no prosperará la acción (STS de 23 de octubre de 1998)¹¹.

Cuando se trate de bienes muebles, estos deben quedar al igual que los inmuebles perfectamente identificados, siendo esta más fácil que en los inmuebles. Sin embargo, no será procedente interponer una reivindicatoria para reclamar una cosa genérica, o cantidad, al no quedar perfectamente identificado e individualizado el objeto¹².

La identificación del objeto debe ser, a mi juicio, siempre clara e indubitada. No puede quedar duda alguna sobre la cosa reclamada, pues no se puede olvidar que la finalidad de esta acción es ser recuperatoria. El relajo en la prueba del objeto y su identificación no sería adecuado en aras de garantizar la defensa dominical; si bien es cierto que, en el caso de las fincas perfectamente descritas en el Registro de la Propiedad, y teniendo en cuenta la extensión del principio de exactitud a los datos de hecho tras la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de coordinación Registro-Catastro, debería bastar con dicha descripción registral para poder reivindicarla.

III. EFECTOS Y DISTINCIÓN DE OTRAS ACCIONES

Por último, y de forma breve y resumiendo lo que ya se ha dicho, conviene recordar que la acción reivindicatoria, si prospera, tiene tres efectos: condena + entrega + liquidación estado posesorio; la condena al demandado a devolver la cosa, la efectiva entrega de la misma y, una vez entregada, corresponderá liquidar el estado posesorio anterior, conforme a las normas generales.

Por tanto, da lugar a la entrega al actor de la cosa reivindicada, y si el poseedor era de mala fe también deberá restituir los frutos.

Si el demandado ha cesado de poseer sin fraude, sea por expropiación forzosa, o por necesidad de vender la cosa que de otro modo hubiera perecido, no estará obligado a entregar más del precio recibido por dicha enajenación, o ceder al propietario las acciones para conseguirlo.

Esa finalidad recuperatoria es lo que le diferencia de otras acciones dominicales, como puede ser la declarativa de dominio que solo pretende la declaración de la titularidad dominical a favor del actor, pero no pretende recuperar la posesión de la cosa, pudiendo incluso tenerla en su poder el demandante. De igual forma, la acción reivindicatoria se diferencia claramente de la acción de deslinde en cuanto esta solo pretende trazar, delimitar, las lindes, los confines de una finca, precisamente para su perfecta identificación, y poder, en su caso, ser reivindicada después.

También hay que distinguirla de otras acciones que pretenden la restitución de algo, pero que no pueden identificarse con la reivindicatoria pues no son propias de la defensa dominical. En este sentido, debe diferenciarse de una acción posesoria que pretenda recuperar la cosa (el interdicto de recobrar), ya que esta puede ejercitarla cualquier poseedor, bastando que pruebe haber poseído antes; mientras que la acción reivindicatoria solo puede ejercitarla el propietario.

Asimismo, no puede confundirse con una mera acción de restitución, ya que esta se trata de una acción personal, por la que el demandante hace valer un derecho de crédito (se fundamenta en una obligación que el demandado debe cumplir); mientras que la acción reivindicatoria es una acción real.

Estas dos últimas acciones nada tienen que ver por tanto con el derecho de propiedad y la defensa dominical objeto de este artículo, pero conviene poner de manifiesto sus similitudes y semejanzas.

IV. CONCLUSIONES

I. El último informe sobre el Índice Internacional de Derechos de Propiedad (IIDP), elaborado por la *Property Rights Alliance*, pone de manifiesto la escasa defensa del derecho de propiedad en España, situándonos en la cola de los países OCDE en defensa de este importante derecho constitucionalmente protegido.

II. Ello nos lleva a pensar en cómo se puede mejorar la defensa dominical en nuestro país, analizando la principal acción en defensa del derecho de propiedad: la acción reivindicatoria.

III. Esta acción que tiene todo propietario no poseedor frente a un poseedor no propietario, para recuperar la posesión de la cosa reivindicada, tiene tres presupuestos necesarios para que prospere: la prueba del dominio del actor, la posesión actual e indebida del demandado y la identificación del objeto.

IV. La jurisprudencia ha ido perfilando cada uno de estos requisitos, estableciendo un nivel de prueba tanto del derecho de propiedad del demandante como de la posesión indebida del demandado y de la determinación del objeto bastante exigentes, no bastando cualquier medio de prueba al efecto.

V. Consideramos, después de su análisis, que, en aras de mejorar la defensa dominical, deberíamos plantearnos facilitar la prueba del dominio del actor en determinados supuestos, hacer recaer la prueba de la posesión válida en el demandado (a modo de reconvencción), y por último en la identificación del objeto, cuando este fueran fincas, dar por válida la descripción registral y la presunción de exactitud que este ofrece sobre los datos ficticios de la finca.

VI. Con estas tres propuestas, entendemos que se puede facilitar la defensa del propietario, agilizar el procedimiento de esta acción que es largo y complicado, y, en definitiva, otorgar un medio de defensa más eficaz del derecho de propiedad, sin mermar la seguridad jurídica, pudiendo hacer frente a algunas amenazas actuales, como podría ser los okupas y los desahuciados que no abandonan la propiedad ajena, al ofrecer un procedimiento más ágil frente a ellos, que ahora no se utiliza por su complejidad y lentitud.

VII. En definitiva, el derecho de propiedad, uno de los derechos básicos para la persona, necesita de una mayor protección ante las nuevas amenazas que le asaltan, y probablemente una revisión crítica de la acción reivindicatoria podría mejorar su defensa.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 19 de abril de 1905.
- STS de 30 de mayo de 1925.
- STS de 21 de febrero de 1928.
- STS de 9 de noviembre de 1949.
- STS de 5 de mayo de 1961.
- STS de 18 de julio de 1969.
- STS de 8 de abril de 1976.
- STS de 29 de marzo de 1979.
- STS de 12 de abril de 1980.
- STS de 10 de octubre de 1980.
- STS de 9 de junio de 1981.

- STS de 6 de octubre de 1982.
- STS de 17 de mayo de 1983.
- STS de 31 de octubre de 1983.
- STS de 17 de enero de 1984.
- STS de 25 de febrero de 1984.
- STS de 18 de abril de 1984.
- STS de 20 de septiembre de 1984.
- STS de 17 de marzo de 1986.
- STS de 28 de noviembre de 1986.
- STS de 3 de julio de 1987.
- STS de 23 de junio de 1988.
- STS de 28 de noviembre de 1988.
- STS de 30 de noviembre de 1988.
- STS de 3 de noviembre de 1989.
- STS de 15 de febrero de 1990.
- STS de 25 de noviembre de 1991.
- STS de 24 de enero de 1992.
- STS de 4 de noviembre de 1993.
- STS de 14 de julio de 1994.
- STS de 20 de octubre de 1994.
- STS de 25 de noviembre de 1994.
- STS de 21 de enero de 1995.
- STS de 27 de enero de 1995.
- STS de 5 de julio de 1996.
- STS de 28 de abril de 1997.
- STS de 16 de julio de 1997.
- STS de 30 de octubre de 1997.
- STS de 16 de octubre de 1998.
- STS de 23 de octubre de 1998.
- STS de 30 de noviembre de 1998.
- STS de 15 de febrero de 2000.
- STS de 7 de junio de 2000.
- STS de 15 de enero de 2001.
- STS de 10 de julio de 2003.
- STS de 30 de diciembre de 2004.
- STS de 24 de octubre de 2005.
- STS de 21 de noviembre de 2005.
- STS de 8 de junio de 2006.
- STS de 21 de diciembre de 2006.
- STS de 30 de mayo de 2008.
- STS de 2 de junio de 2008.

SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Sevilla, de 11 de febrero de 2002.
- SAP de Santander, de 1 de abril de 2003.
- SAP de Islas Baleares, de 16 de marzo de 2006.
- SAP de Soria, de 7 de julio de 2006.
- SAP de Murcia, de 30 de octubre de 2006

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARTUÑANO, B. (2021). La crisis del derecho de propiedad, disponible en <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.-La-propiedad-privada-en-Espana.-IIDP-2020-1.pdf>,
- IEE (2021). La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda, marzo 2021, disponible en <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.-La-propiedad-privada-en-Espana.-IIDP-2020-1.pdf>.
- ROJO, J.V. (2011). *Sistemática Jurisprudencial de la acción reivindicatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NOTAS

¹ Artículo 17 Carta de derechos fundamentales Unión Europea: Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

² En este sentido, la STS de 30 de octubre de 1997 afirma: El derecho de propiedad privada, es reconocido en nuestra Constitución cuyas bases más firmes radican en la regulación que, de tal derecho, se efectúa en el Código Civil. Desde el derecho romano ha estado protegido tal derecho por una serie de mecanismos procesales, entre los que destaca como medio emblemático, la acción reivindicatoria, para cuya comprensión más inmediata, debe ser definida, según tradicional corriente doctrinal, como la que se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

³ Véase el estudio IIDP (Índice Internacional de Derechos de propiedad) (International Property rights index IPRI), disponible en <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>, y comentado en el informe del Instituto de Estudios Económicos (IEE) «La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda», marzo 2021, disponible en <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.-La-propiedad-privada-en-Espana.-IIDP-2020-1.pdf>.

⁴ ARTUÑANO, B. (2021). La crisis del derecho de propiedad, disponible en <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.-La-propiedad-privada-en-Espana.-IIDP-2020-1.pdf>, 55.

⁵ Baste por todas, STS de 9 de junio de 1981 y STS de 30 de octubre de 1997 que afirma: «Pues bien, para el éxito de dicha acción reivindicatoria, es preciso que concurren, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial emanada de la jurisprudencia de esta Sala, los siguientes requisitos: a) título legítimo del reclamante que debe probar, b) identificación de la cosa reclamada que ha de acreditarse con la debida precisión, y, c) la posesión injusta de quien posea la cosa, y a quien en definitiva se proclama (como epítome la sentencia de 9 de junio de 1981)». Véanse también las SSTS de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 15 de febrero de 1990, 24 de enero de 1992, 30 de octubre de 1997 y 15 de febrero de 2000.

⁶ En este punto hemos seguido a José VICENTE ROJO, en su libro *Sistemática Jurisprudencial de la acción reivindicatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁷ STS de 30 de octubre de 1997: Así lo afirman las sentencias de 4 de noviembre de 1993, 14 de julio, 20 de octubre y 25 de noviembre, todas de 1994, y la de 27 de enero de 1995, cuando dicen que la identificación del objeto (cosa, bien, finca) es una cuestión de hecho, y por lo tanto reservada al Tribunal de instancia, cuya actividad hermenéutica, en el presente caso, plasma la conclusión que la finca objeto de la acción que se ejercita en la presente «litis» no aparece identificada, a pesar de las pruebas pericial, documental, y de reconocimiento judicial practicadas, tesis, por lo tanto, inatacable en este cauce procesal del recurso extraordinario de casación, pues lo contrario haría devenir al mismo en una simple tercera instancia.

⁸ STS de 21 de diciembre de 2006: La identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo estos concretarse con toda precisión, y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del artículo 348 del Código Civil.

⁹ STS de 30 de octubre de 1997: Todo ello sin poder aplicar a la presente cuestión la hipótesis de la legitimidad registral alegada por la parte recurrente, pues sin dejar de reconocer la eficacia de la presunción «*iuris tantum*» que establecen, el artículo 9-2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 51-6 del Reglamento Hipotecario, se puede afirmar que dicha normativa no se puede subsumir en el dato fáctico plasmado en la sentencia recurrida, manifestando en la afirmación de que la finca objeto de la acción reivindicatoria ni esta delimitada, ni siquiera identificada.

¹⁰ En este sentido, la STS de 21 de enero de 1995: la acción que confiere el artículo 384 del Código Civil, si bien tiene contradicciones con la reivindicatoria, obedece a objetivos distintos, al perseguir la concreta delimitación de linderos o perímetro del objeto o finca reclamada (*vid.* SSTS de 25 de febrero y 18 de abril de 1984). La finalidad identificativa que se pretende con aquella acción supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras que en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto —mera cuestión de colindancia—, la otra representa, frente a la primera, la protección más amplia del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de una posesión de quien indebidamente la detente, de tal forma que puede prevalecer la acción reivindicatoria y nunca la de deslinde, independientemente de quién sea el poseedor del predio, cuando no exista confusión de linderos y la finca esté perfectamente limitada e identificada.

¹¹ STS de 23 de octubre de 1998: La identificación debe ser perfecta, de manera que no se susciten dudas racionales sobre cual sea (Sentencias de 29 de marzo de 1979, 6 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983, 3 de julio de 1987, 30 de noviembre de 1988, 3 de noviembre de 1989), debiendo determinarse la finca por los cuatro puntos cardinales con absoluta exactitud y precisión, pues de no estarlo y se requiriese un previo deslinde al efecto, faltaría el cumplimiento del requisito de identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicatoria (Sentencia de 12 de abril de 1980), debiendo mostrarse sin lugar a dudas que el predio es topográficamente el mismo a que se refieren los documentos y los demás medios de prueba (Sentencias de 8 de abril de 1976, 31 de octubre de 1983, o 25 de febrero de 1984).

¹² En sentido contrario, procede una reivindicatoria para reclamar una cantidad concreta e identificada de dinero en un depósito, tal y como reconoce la STS de 10 de julio de 2003.

1.4. Sucesiones

Consideraciones sobre el fenómeno sucesorio en los títulos nobiliarios: análisis y estudio jurisprudencial

Considerations on the successory phenomenon in titles of nobility: analysis and jurisprudential study

por

MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN
*Profesora ayudante Doctora de Derecho procesal
Universidad de Sevilla **

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo el análisis y la profundización en la materia relativa al tratamiento del fenómeno hereditario en relación con los títulos nobiliarios. Se trata de una disciplina compleja y alejada del conocimiento general de las materias de derecho civil por lo que, a través de la jurisprudencia más reciente, se atenderá a las cuestiones claves que sustentan el fenómeno sucesorio en referencia a los títulos nobiliarios: por un lado, que el título se sucede al fundador y no al último poseedor y, por otro, la cuestión de la interpretación de la igualdad desde la entrada en vigor de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

ABSTRACT: *The present work aims at the analysis and deepening in the matter relating to the treatment of hereditary phenomenon in relation to nobility titles. It is a complex subject and far from the general knowledge in the Civil Law field so, through the most recent jurisprudence, the key issues which support the phenomenon of succession in matters of titles of nobility will be addressed: on the one hand, that the title succeeds the founder and not the last noble title holder and, on the other hand, the question of the interpretation of the equality since the entry into force of Law 33/2006, of 30 October.*

PALABRAS CLAVE: Derechos nobiliarios. Títulos nobiliarios. Fenómeno sucesorio. Sucesión testamentaria. Fundador.

KEY WORDS: *Nobiliary rights. Titles of nobility. Succession phenomenon. Probate estate. Title holder.*

* Quisiera aprovechar estas líneas para agradecer a la Profesora de Derecho civil de la UNED, María Fernanda MORETÓN SANZ, su motivación, sus enseñanzas y su ayuda desinteresada.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PALABRAS PREVIAS.—III. EL TÍTULO SE SUCEDE AL FUNDADOR NO AL ÚLTIMO POSEEDOR.—IV. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL CAMBIO EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: 1. IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS. 2. ¿IGUALDAD EN LA SUCESIÓN DEL TÍTULO NOBILIARIO ENTRE LOS HIJOS MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES?—V. TRANSMISIBILIDAD TESTAMENTARIA DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.—VI. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas puede afirmarse que existe un desconocimiento generalizado sobre las peculiares características de los títulos nobiliarios. Siguiendo a BUENO FERNÁNDEZ (2021, 114), podemos afirmar que, al abordar la disciplina del Derecho Premial y Nobiliario español, estamos tratando una realidad compleja, conformada por el conjunto de conocimientos sobre los reconocimientos, recompensas, condecoraciones u honores por actos, servicios, o trayectorias consideradas meritorias, que se otorgan por las instituciones territoriales, entre las que destacan los títulos nobiliarios, al ser concedidos por el Rey¹. Como indicaba MARTELO DE LA MAZA (2017, 342), estamos ante un sector del ordenamiento jurídico, el Derecho nobiliario, que probablemente sea una de las ramas más desconocidas del Derecho civil². De hecho, no es muy abundante la bibliografía jurídica sobre este tema, por lo que el estudio realizado en este trabajo tiene como base dos artículos publicados en esta misma revista, pues la conexión con ellos permitía un análisis conjunto. Los trabajos a los que hacemos referencia han sido: «*Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación*» y «*Derecho nobiliario y prescripción inmemorial por linaje o estirpe: el título se sucede al fundador no al último poseedor*», ambos aparecidos en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO y cuya autora es la Profesora MORETÓN SANZ (núms. 718 y 774, respectivamente).

Como no podía ser de otra forma, el trabajo basculará en torno a dos de las ideas principales en este campo: por un lado, la transmisibilidad de los derechos nobiliarios vía testamentaria y la posible revocación del testamento y, por otro, la desconocida realidad de que el título se sucede al fundador y no, como incorrectamente se cree, al último poseedor. Además, se han intentado poner de manifiesto las más recientes sentencias existentes sobre la materia.

II. PALABRAS PREVIAS

Como nos indica SANCIÑENA ASURMENDI (2011, 1447), los títulos nobiliarios se suceden *post mortem*³. Esta afirmación se conecta con lo dispuesto en el inicio del artículo sobre prescripción inmemorial que utilizamos de base en este trabajo. En él, se indica que dos son los preceptos básicos del Código Civil, relativos al aspecto estático de la herencia: de una parte, el artículo 657 y, de otra, el artículo 661, referentes a la sucesión y transmisión desde el momento de la muerte. Debe recordarse, además, que por su especialidad, para esta materia, no se aplica el Código Civil, sino normas específicas que dificultan la ya controver-

tida comprensión actual de esta realidad⁴. De hecho, para algunos autores como GARCÍA FIGUERAS (2017, 238), estas normas constituyen un *corpus* obsoleto, confuso pero que, por lo general, resulta suficiente⁵. En nuestra opinión, conforman uno de los elementos más cercanos al derecho histórico consuetudinario vigentes en la actualidad⁶. La conjugación de costumbre, aspectos históricos, normas especiales y conservación de la tradición hacen del tratamiento de los títulos nobiliarios una rama de las más apasionantes y complejas de la disciplina: *nobilitas et familiarum dignitas*. Es tal su peculiaridad que ha llevado a un sector de la doctrina a plantearse su constitucionalidad, aunque el Tribunal Constitucional la haya reconocido expresamente (por ejemplo, en la STC 126/1997, de 3 de julio⁷). Junto a R. DE ESPONA (2008, 251), entendemos que todos los Títulos y Grandezas pueden tener viabilidad jurídica conforme a nuestra Constitución española⁸. Es interesante aquí recordar la especial naturaleza de los títulos nobiliarios, como indicaba el Tribunal Supremo (en adelante, TS), estimando un recurso de casación en la STS 220/2015, de 12 de enero. En su FJ V señalaba que:

«El recurso de casación ha de ser estimado en tanto que los fundamentos en que se apoya coinciden con la tradición jurídica y la normativa a tener en cuenta en cuanto a la sucesión en los títulos nobiliarios, atendida la especial naturaleza de los mismos y su desvinculación de la normativa constitucional derivada esencialmente de su carácter puramente simbólico, según ha establecido el propio Tribunal Constitucional, cuya doctrina lleva a considerar que excepcionalmente —dado que los títulos de nobleza no tienen un contenido jurídico real— cabe una distinta consideración de los hijos biológicos y los adoptivos, como también entendió en su momento que era posible un diferente tratamiento según el sexo».

Como notas generales resaltaremos, por todas, lo dispuesto en el FJ IV de la SAP de Islas Baleares 2470/2020, de 18 de noviembre⁹:

«La transmisión *post mortem* de los títulos de nobleza es de carácter vincular, y, por tanto, excepcional o extraordinaria, lo que entraña la existencia de un orden de llamamientos objetivo y predeterminado que, en principio, es indefinido en cuanto a los sucesores en el uso y disfrute del título nobiliario que se transmite. Pues si este ha constituido tradicionalmente una prerrogativa de honor vinculada a una familia o linaje —el de la persona a la que el Rey concedió la merced— ello permite perpetuar indefinidamente su uso y disfrute por los descendientes en línea directa de aquel a quien fue concedido».

Como elemento clave vertebrador de todo el fenómeno nobiliario encontramos las Cartas de Sucesión¹⁰, que se constituyen como las verdaderas leyes aplicables, ya que en esta materia no se aplica la sucesión tal como la conocemos¹¹. Para MARTELO DE LA MAZA (2013, 209) el principio fundacional sobre el que se construye la sucesión nobiliaria es el *ius sanguinis* (*derecho de sangre*: la sangre del fundador del título)¹². Como indicó el Tribunal Supremo en su STS 5383/2014, de 19 de diciembre, recordando la doctrina de la Sala Primera (FJ IV):

«(...) el orden de suceder en los títulos nobiliarios se determina, en primer lugar, por lo establecido en la Real Cédula o Carta de Concesión, que constituye la ley reguladora y fundamental de cada merced y solo en defecto de lo establecido en la misma ha de operar; subsidiariamente, el orden regular legalmente previsto, como ocurre en el presente caso en que el título fue concedido a don

Aureliano para «sus hijos y sucesores legítimos, varones y hembras por el orden regular, cada uno en su tiempo y lugar perpetuamente», teniendo en cuenta que los títulos nobiliarios, en puridad y cual establece el fundamento jurídico 14.A) de la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, no se integran en la herencia del causante. La sucesión nobiliaria se abre una sola vez con el fallecimiento del «fundador» o primer concesionario de la merced (sentencias de esta Sala de 19 de abril de 1961, 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 7 de diciembre de 1965 y 7 de julio de 1986). El hecho de que se suceda siempre al primer titular constituye el dato fundamental a tener en cuenta para determinar a quién corresponde la preferencia para poseer el título, siempre que se trate de la sucesión regular prevista en las leyes y no de la llamada «irregular» que libremente pudiera haberse establecido por el concedente u otorgante».

Esta cuestión será la que analicemos con mayor profundidad en el apartado siguiente.

III. EL TÍTULO SE SUCEDE AL FUNDADOR NO AL ÚLTIMO POSEEDOR

Como ya hemos adelantado, uno de los aspectos más controvertidos y que sigue dando lugar a pronunciamientos del Tribunal Supremo es el referente a la persona a la que sucede. Pudiera pensarse que el título se sucede al último poseedor, pero no es esa la postura de la jurisprudencia ni de la doctrina. Es interesante aquí recordar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 por el que se desarrolla la Ley de 4 de mayo de 1948 sobre Grandezas y Títulos nobiliarios¹³: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión, y en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia»¹⁴ que, a nuestro juicio, constituye el fundamento de tales posicionamientos. Por tanto, no debe olvidarse la obligatoriedad que crea la Ley concesionaria del título¹⁵. Así, MORETÓN SANZ (2019, 2062) recoge la tesis sobre la importancia de quien ostente el título mantenga vivo el recuerdo del fundador estando unido al mismo por vínculo de consanguinidad, en base a las consideraciones de la STS 42/2019, de 14 de enero, que en su FJ III establece:

«(...) Cuando se produce, como en el caso presente, la rehabilitación de un Título nobiliario casi al final del S. XX, estando vacante el título desde finales del S. XVIII, es cierto que se crea cierta inseguridad acerca de las posibilidades que se hubieran producido en el caso de que hubiera tenido lugar la sucesión en el título sin interrupción alguna. El criterio de la Audiencia no puede considerarse como vulnerador de la legalidad y de la doctrina jurisprudencial en que se apoya, teniendo en cuenta además que lo decisivo es que quien ostente el título mantenga vivo el recuerdo del fundador estando unido al mismo por vínculo de consanguinidad. Ha considerado la Audiencia que la voluntad del II Conde de (...) fue transmitir el derecho a ostentar el título a su menor hija doña Reyes (quinta abuela del rehabilitador, don Octavio, y sexta abuela del demandado, don Iván), interpretando en este sentido el testamento otorgado por el mismo. A partir de doña Reyes y por línea directa descendente llegaríamos al rehabilitador del título, del que trae causa el hoy demandado».

Para complementar sus argumentaciones atenderemos a las sentencias sobre el tema que han ido apareciendo desde esa fecha.

La STS 4456/2020, de 25 de noviembre, es un ejemplo de los casos excepcionales donde sí tiene influencia para la sucesión del título el último poseedor, debido a que se trata de una sucesión entre colaterales. Sin embargo, debe hacerse hincapié en la no confusión de los términos: no pueden entenderse similares los conceptos de último poseedor y último poseedor legítimo. En ella se resuelven un recurso extraordinario por infracción procesal y también un recurso de casación. El asunto es la pretensión de nulidad o ineficacia jurídica de la cesión de un título de marquesado por poseer la actora un derecho preferente. La pretensión fue estimada en primera instancia y confirmada en segunda. La Sala Primera confirma las sentencias de las instancias anteriores, desestimando los recursos y considerando que se trata de un caso en el que se discute el mejor derecho al título nobiliario entre colaterales y que versa sobre la aplicación del principio de propinquidad y la interpretación del concepto de «último poseedor legítimo». Así, en su FJ V dispone:

«La expresión último poseedor legítimo tiene un sentido preciso en la jurisprudencia de la Sala que no se puede confundir, como pretende la recurrente, con el del último poseedor, aunque ostente el título legalmente según la normativa administrativa. Recogiendo la jurisprudencia anterior; declara la sentencia 581/2011, de 20 de julio: «Se ha entendido tradicionalmente que se sucede en el título al llamado fundador (STS de 26 de junio de 1963), por lo que la proximidad de grado debe determinarse en relación con él. Sin embargo, para evitar dificultades de prueba, en ocasiones dicha proximidad se ha fijado respecto al llamado último poseedor legal (STS de 18 de febrero de 1960, 21 de mayo de 1964, 31 de diciembre de 1965, 17 de octubre de 1984, 13 de octubre de 1993), esto es (según la STS de 19 de junio de 1976), aquel poseedor del cual pretendan derivar su derecho a sucederle en el título todos los que litigan y al que, por lo tanto, reconocen el derecho a haberlo ostentado. Se trata de un concepto útil, relativo y propio de cada proceso (STS de 30 de diciembre de 2004, rec. núm. 3439/1998)». En la misma línea se ha pronunciado la sentencia 747/2014, de 19 de diciembre, con cita de la sentencia 52/2010, de 26 de febrero. El mismo criterio ha sido aplicado recientemente por la sentencia 635/2019, de 25 de noviembre...».

Por tanto, podría afirmarse que se establece una *quasi* presunción *iuris tantum* en lo referente a que se entiende, por norma general para los casos de sucesión entre colaterales, que el «último poseedor legítimo» es sucesor del fundador¹⁶.

De esta STS es interesante también hacer referencia al principio de propinquidad¹⁷. El juzgado de primera instancia estableció:

«Debiendo recordarse a estos efectos que el otorgamiento del título a favor de la demandada en manera alguna prejuzga el mejor derecho a suceder en el título del poseedor administrativo, frente al poseedor legítimo del mismo. Las Cartas de Sucesión, que no son más que la autorización administrativa para el uso efectivo de un título nobiliario que, como ha señalado la jurisprudencia, no tienen más virtualidad que las de una cédula posesoria, con reserva de propiedad a favor del pre llamado, y de ahí que se expidan siempre «sin perjuicio de tercero», como acaece en el presente caso. Por tanto, vacante un título, sin necesidad de ningún acto de posesión, se traspasa esa —la natural y la civil— al grado siguiente según la Ley sucesoria, aunque otro haya tomado posesión del título, sea en vida del tenedor o a su muerte, posesión civilísima que ampara

y protege a quien ostenta el mejor derecho genealógico, al margen del efectivo uso y disfrute del título, transmitiéndose aquella automáticamente o «*ipso iure*» al legítimamente pre llamado, y de ahí que quien posee un título sin tener a la vez referido mejor derecho, solo lo tiene en precario y puede ser reivindicado por aquel en quien concurre mejor derecho genealógico».

Por último, queremos destacar la argumentación de la Audiencia Provincial cuando estaba conociendo del recurso de apelación en este asunto, ya que recoge de forma absolutamente clara la diferenciación que estamos analizando en este apartado:

«La legislación nobiliaria se asienta sobre la figura del fundador del título, siendo quien ostenta el título tras él un mero precarista: el título nobiliario no se deriva de la anterior posesión del mismo por otra persona —ascendiente u otro pariente próximo— sino que se recibe del fundador por pertenecer al linaje, no es sino, como se mantiene por nuestro Tribunal Supremo, una merced concedida a una persona determinada, para sí y sus descendientes, herederos, etc.; de tal manera que al fallecimiento del titular se producirá la ficción jurídica de ser recuperado por el fundador para ser entregado nuevamente a quien reúna las cualidades que le otorgan preferencia sobre los demás llamados. De ahí que, al fallecimiento del titular, sus hijos no pueden invocar la filiación como fundamento para reclamar la sucesión en el título que ostentaba su padre, porque este era un simple precarista y a su fallecimiento la merced no pasa a integrarse en la herencia, sino que sigue su curso natural».

En relación al principio de propinquidad¹⁸ es también relevante el asunto recogido en la STS 3794/2019, de 25 de noviembre, donde se argumenta la exclusión del principio de representación en favor del principio de propinquidad solo si se han extinguido todas las líneas descendentes del concesionario de la merced (no provocando la nulidad de la sucesión). La citada STS expone:

«Efectivamente, si hubiera descendientes en línea recta del primer Marqués, prevalecería esta y se aplicaría el principio de representación, pero no es así porque no se conoce que actualmente existan descendientes del fundador y, desde luego, no lo son ninguna de las litigantes; siendo lo cierto que, aunque —como se sostiene en el recurso— el II Marqués (...) fuera un hijo del fundador, igualmente habría que aplicar ahora el principio de propinquidad en cuanto los que litigan son parientes colaterales y no descendientes directos, y tampoco variaría la preferencia de grado de la demandante aunque el cómputo se hiciera a partir de un hijo del primer Marqués».

Como indica GIL RODRÍGUEZ DE CLARA (2006, 259): «el funcionamiento correcto de este principio requiere que el último poseedor legal de la merced haya fallecido, sin descendencia directa y que esta situación no esté contemplada en la carta de creación del título, porque de lo contrario tendría preferencia la aplicación de lo que en ella se concretase»¹⁹.

Igualmente, consideramos imprescindible traer a colación lo dispuesto en el FJ IV de la SAP de Madrid 128/2020, de 10 de enero, que ya que recoge todo lo señalado anteriormente en relación con los parientes colaterales, el «último poseedor legítimo» y el principio de propinquidad:

«(...) Aplicar el derecho de representación en una línea de sucesión de descendientes, a partir de uno que no desciende directamente del fundador, en lugar del principio de propinquidad o proximidad parental, aplicable a la sucesión de colaterales, contradice la doctrina de la Sala con arreglo a la cual, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador o beneficiario, no opera en su beneficio la representación sino la proximidad de grado. Planteándose por tanto el litigio entre colaterales del fundador, se ha de acudir al principio de propinquidad (proximidad) a partir del último poseedor legal del título, que es aquel poseedor administrativo de una merced nobiliaria, del cual pretenden derivar su derecho a sucederle todos los que litigan aspirando al título y que le reconocen su derecho a haberlo ostentado, o lo que es lo mismo, aquel poseedor del cual se pretende derivar su derecho a sucederle a todos los que litigan y al que, por lo tanto, reconocen el derecho a haberlo ostentado. Por último señalar que la dejación del título por un pariente del fundador en línea colateral, no comporta la pérdida de todo derecho por parte de sus sucesores, pero que el derecho de los referidos sucesores habrá de ser confrontado con el de quien, siendo también colateral, lo ostenta en el momento en que se produce la reclamación y la correspondiente controversia entre los mismos. En conclusión, siendo los litigantes colaterales del último poseedor legal, habrá de determinarse el mejor derecho a favor del más propinquo pariente».

Para terminar este apartado, y como muestra de la importancia del fundador o primer poseedor, queramos resaltar el asunto relativo a la distribución de títulos, con la finalidad de evitar la acumulación de títulos en la progenitura, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 sobre concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas de España («El poseedor de dos ó más Grandezas de España ó Títulos del Reino, podrá distribuirlos entre sus hijos ó descendientes directos con la aprobación de S. M., reservando el principal para el inmediato sucesor. Esta facultad quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las concesiones respecto al orden de suceder»). El carácter estricto de esta norma es lo que se planteó en la STS 2504/2020, de 15 de julio, donde la Sala consideró que:

«De lo anterior se deduce que la interpretación de la norma contenida en el artículo 13 del RD 1912 no puede ser tan rigurosa como pretende la parte recurrente. El requisito de la posesión del título en el momento de proceder a su distribución trata de asegurar la efectividad de dicho acto en tanto que, si se procediera a distribuir con inclusión de un título que finalmente no se posee, ello afectaría al resto de los títulos incluidos en cuanto supondría un vicio del negocio jurídico ignorándose en tal caso cuál sería realmente la voluntad distributiva. Pero una interpretación acorde al espíritu y finalidad de la norma —evitar la acumulación de títulos en la primogenitura— no solo permite, sino que exige, una interpretación según la cual en estos casos debe respetarse la voluntad del primitivo poseedor, sancionada con la aprobación real, cuando, existiendo una expectativa seria e incontestable de adquisición de un título, se incluye el mismo en la distribución, que definitivamente cumple su función por la consolidación de dicho título en quien la realiza».

En este sentido, la SAP de Madrid 11754/2021, de 20 de septiembre, desestima el recurso de apelación interpuesto y recuerda que la distribución es una

excepción en el orden regular de la sucesión (que alcanza plenitud de efectos con la adquisición de los títulos por los favorecidos²⁰). En su FJ V expone:

«(...) En el supuesto que nos ocupa la distribución de los títulos hecha se ajustó a los requisitos establecidos en la Ley vigente al momento en que se efectuó aquella, quedando agotado el acto de distribución con el ejercicio de tal facultad produciendo todos sus efectos en el momento en que se otorgó la Real Carta de Sucesión por distribución a favor de D.^a Adolfinia con fecha 10 de julio de 2015 (folio 105), esto es con fecha muy anterior a la de la presentación de la demanda iniciadora de la litis.(...) Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas, tampoco en este punto cabría que prosperaran las pretensiones deducidas por la parte actora y apelante en esta alzada, en tanto que la sucesión por distribución en el título de (...) por la codemandada D.^a Adolfinia es una situación jurídica consolidada a la fecha de presentación de la demanda, sin que pueda verse afectada por la retroactividad que pretende el apelante de las previsiones contenidas en la Ley 33/2006 en que ampara sus pretensiones».

Observamos que, aunque se trata de una cuestión puramente interpretativa, la primacía la posee la voluntad del primitivo poseedor²¹.

IV. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL CAMBIO EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

En el más reciente de los artículos que se están comentando en este trabajo, MORETÓN SANZ, alude a la cuestión principal que ha rodeado la materia nobiliaria en los últimos tiempos, que no es otra que la igualdad. Lo hace desde dos perspectivas: por un lado, la igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, que fue introducida por la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios y, por otro, la igualdad en lo referente a los hijos extramatrimoniales o adoptivos. En este apartado se atenderá a estas dos realidades.

1. IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

Junto a ARNALDO ALCUBILLA (2007) afirmamos que «el orden de sucesión en los títulos nobiliarios continuó anclado en Las Partidas del Rey Sabio aún tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, a pesar de la solemne y comprometida proclamación por la Norma Suprema del principio de igualdad entre la mujer y el hombre»²². Es innegable, por tanto, la importancia de la irrupción de la mencionada Ley 33/2006, de 30 de octubre que, como afirma MARTELO DE LA MAZA (2017, 349)²³, supuso el fin de uno de los principios más emblemáticos y característicos de la tradición nobiliaria española²⁴. Poco podemos añadir a lo expuesto por MORETÓN SANZ (2010, 787) en el apartado relativo a las consecuencias sobre la igualdad en el orden de sucesión. Aunque llama la atención que el legislador no siguiera las pautas constitucionales previamente establecidas, consideramos junto a MORETÓN SANZ (2010, 788) que la plena igualdad entre hombres y mujeres ha de proyectarse a todas las esferas de la vida. En el mismo sentido, DE LLANA VICENTE (2013) entiende que «La

Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios ha supuesto la supresión del principio de preferencia del varón sobre la mujer en tal sucesión de los títulos nobiliarios, al considerar incompatible el principio de masculinidad o preferencia del varón con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social y la necesidad de proyectar el principio de plena igualdad entre hombres y mujeres sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando estas son reconocidas y amparadas por las leyes»²⁵. No puede olvidarse, como indicaba la STC 159/2014, de 6 de octubre, en su FJ 6.º que: «(...) de conformidad con la doctrina constitucional expuesta al comienzo de esta Sentencia, la acomodación del régimen de la sucesión nobiliaria al principio de no discriminación por razón de sexo no constituya una exigencia constitucional, el legislador ha optado por introducirlo en el ejercicio de su libertad de configuración».

No obstante, dicho lo anterior sorprende que, más de quince años después de la entrada en vigor de la Ley, la Audiencia Nacional aún tenga que recordar algunos aspectos. Así, en su SAN 1850/2020, de 21 de julio (Sala de lo Contencioso-Administrativo) si bien considera que no es competente la Sala Tercera por ser un asunto civil dispone:

«La jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en sentencia del Tribunal Supremo número 135/2016, de 8 de marzo, sobre la sucesión en el título de Conde de (...), en el que se ventilaba la sucesión reclamada por una hija extramatrimonial cuyos padres no llegaron a casarse. Y si bien de contrario no se pone sobre la mesa el debate de si el principio de consanguinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios es contraria al principio de igualdad que proclama la Constitución española cabe recordar que ello es así al no regirse por el Código Civil siendo el orden de sucesión el contenido en la Carta de creación del título, carta de concesión. Tanto el Consejo de Estado dictamen de 4 de julio de 1996 (expediente número 1.588/96) como el TC en sentencia 126/1997, de 3 de julio, sobre régimen de sucesión en los títulos nobiliarios, declara que la regla de preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones mortis causa de títulos nobiliarios, no son contrarios al artículo 14 de la Constitución. Lo que no excluye y así se ha puesto de manifiesto por el Consejo de Estado en dictámenes posteriores la posibilidad de que los principios que confirman el orden regular de sucesión en los títulos nobiliarios fuesen modificados por disposición del legislador, afirma que no excluye la posibilidad de que ese orden regular de sucesión nobiliaria sea alterado por el legislador. En conclusión el principio de consanguinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios no es contrario al artículo 14 de la Constitución, del mismo modo que no lo era la preferencia del varón sobre la mujer, lo que no excluye que pueda en un futuro ser modificado por el legislador en línea con el camino iniciado por la Ley 33/2006».

Hemos querido traer esta sentencia de la Audiencia Nacional del orden Contencioso-Administrativo por su claridad, poniendo de manifiesto el avance realizado por la Ley 33/2006 en la lucha por el respeto a los máximos principios constitucionales. Además, nos servirá de introducción para el siguiente epígrafe, en el que aludiremos a la igualdad o no entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en lo que a los títulos nobiliarios se refiere.

2. ¿IGUALDAD EN LA SUCESIÓN DEL TÍTULO NOBILIARIO ENTRE LOS HIJOS MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES?

Si bien MORETÓN SANZ (2019, 2069), habla del asunto entre la igualdad de los hijos adoptivos y no adoptivos al comentar la exclusión de los hijos adoptados por falta de linaje y consanguinidad, su argumentación nos sirve para considerar que, a mayor abundamiento, ha de aplicarse la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. De hecho, hasta el propio Código Civil no hace distinción. Según el artículo 108.2 del Código Civil: «(...) la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código» y el voto particular de la sentencia comentada en el artículo es claro: «no cabe en derecho que mantengamos el principio de igualdad en la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, en todo caso (...) excepto en la filiación a efectos de aplicar la sucesión en un título nobiliario». No obstante, no puede olvidarse que sigue vigente el artículo 13 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922 dictando reglas para dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, relativo a Grandezas y Títulos que establece: «El parentesco que se alegue y pruebe habrá de ser de consanguinidad legítima. Los hijos legitimados por concesión Real deberán mostrar no solamente el hecho de tal legitimación presentado el correspondiente Real despacho, sino también la autorización Real para suceder en Dignidades nobiliarias, uniéndose al expediente la Real Cédula obtenida a tal efecto, o bien un testimonio literal fehaciente de la misma», por lo que entendemos que es difícil la conjugación de tantos aspectos.

Aún en fechas recientes la jurisprudencia sigue considerando constitucional la diferenciación. Así, a nivel judicial, podemos destacar la SAP de Islas Baleares 2470/2020, de 18 de noviembre que en su FJ IV establece:

«no cabe aplicar criterios de estricta constitucionalidad en su desarrollo a una institución que, en su origen, ha quedado al margen de la Constitución por significar en sí misma una desigualdad que únicamente puede subsistir por su carácter meramente simbólico. Salvada la objeción de inconstitucionalidad respecto de una diferencia de trato en cuanto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en la sucesión de los títulos de nobleza —pues los anteriores criterios expresados por el Tribunal Constitucional así lo avalan— hay que reiterar el necesario respeto a los términos de la Carta de concesión del título pues se fundamenta en la voluntad real al concederlo y dispone cómo se ha de producir la sucesión, sin que pueda válidamente traerse a colación el carácter anacrónico del sistema establecido para la sucesión, pues la misma calificación podría atribuirse a la propia existencia del título según la expresada doctrina del Tribunal Constitucional».

De todas formas, en el caso referenciado no se hace la distinción porque el propio título de sucesión (la Carta de Sucesión) no exigía «que los sucesores fueran hijos nacidos de legítimo matrimonio debiendo ajustarse la sucesión a lo dispuesto en la Real Carta de concesión que no contiene tal exigencia por lo que la demanda debe ser estimada». Tras esta argumentación nos preguntamos: ¿Podemos ver aquí un reconocimiento implícito de la igualdad en la filiación por parte del Tribunal? No tendría sentido que, por lo general, una Carta de Sucesión del siglo XVI (1516, concretamente) hiciera referencia a la desigualdad entre hijos

nacidos dentro y fuera del matrimonio, ya que estos en aquella fecha no tenían derecho alguno, por lo que se plantea el debate de si, realmente, utilizando la literalidad de las propias Cartas de sucesión se está permitiendo el reconocimiento de la igualdad en la filiación conjugando, por tanto, esa igualdad tácita con los caracteres especiales de la materia nobiliaria reconocidos por la Constitución y avalados por el Tribunal Supremo en 2016 (por ejemplo con la validez de las cláusulas donde se excluyen los hijos o descendientes no habidos en constante y legítimo matrimonio²⁶)²⁷.

La Audiencia Nacional en 2019, y en referencia a esta cuestión, hablaba específicamente de discriminación. En el término FJ III de su SAN 820/2019, de 4 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) establecía:

«Evidentemente, estamos ante una discriminación por razón de la legitimidad de la peticionaria del título nobiliario al ser esta hija extramatrimonial del último poseedor. (...) En este caso el expediente fue remitido a la denominada Diputación permanente de la grandeza de España, la cual puede parecer que no procede expedir real carta de sucesión a favor de doña Flora, por ser la peticionaria hija extramatrimonial del último poseedor del título, al regirse este por el orden de sucesión regular en el que se exige expresamente el carácter de sucesor legítimo o matrimonial del concesionario de la merced, por lo que la peticionaria carece de capacidad legal para suceder en el mismo».

Aunque considera que la jurisdicción (orden jurisdiccional) contencioso-administrativa no es competente en el asunto por ser de carácter civil sí que recoge de forma muy clara el problema que se plantea por la incompatibilidad entre la igualdad constitucional y los criterios nobiliarios:

«En relación con la cuestión puede plantearse, y se ha planteado doctrinalmente, la incompatibilidad de este criterio de la legitimidad con lo previsto en el artículo de la Constitución española, así como por la Ley 11/1981 de 13 de marzo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, Régimen Económico Matrimonial y Patria potestad, considerándose que, con base en la normativa de aplicación, «quedan excluidos de tal sucesión los hijos ilegítimos, tanto los ilegítimos naturales («naturales» propiamente dichos) como los ilegítimos *strictu sensu* (ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales). Los primeros, en virtud del mencionado principio de limpieza genealógica (pureza de sangre), en el que tanto insisten los nobiliaristas [sic], haciendo remisión a las normas de sucesión en la Corona; de forma que los hijos naturales solo podrán acceder al título cuando en la concesión se diga expresamente, llamándolos excepcionalmente a la sucesión». En el caso litigioso el título fue concedido en su día y rehabilitado a favor de determinados sucesores, «para sí y para sus hijos y sucesores legítimos».

V. TRANSMISIBILIDAD TESTAMENTARIA DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

El Tribunal Constitucional en su STC 126/1997, de 3 de julio (FJ XIV), estableció que el título nobiliario puede configurarse como un «bien inmaterial constitutivo de un *nomen honoris*, que es igualmente una unidad y, como tal, indivisible entre los descendientes de quien recibió la merced del Rey». Esta afirmación nos conecta con la segunda idea principal de este trabajo.

La Profesora MORETÓN SANZ (2010, 782) en el artículo sobre *los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación*, manifiesta la tradicional problemática surgida por la condición de bienes intransmisibles *mortis causa* de los títulos nobiliarios. Realmente, esta intransmisibilidad viene otorgada por sus peculiaridades sucesorias, basadas en el *ius sanguinis* y su condición externa al caudal relicto.

Una de las principales cuestiones que se plantean en el texto es la validez de la revocabilidad de un testamento anterior por uno posterior. Esta circunstancia puede producirse, a la luz de lo dispuesto en el artículo 739 del Código Civil²⁸, pero siempre que el posterior sea lo que el Código Civil denomina como «perfecto», es decir, que reúna todas las exigencias necesarias para su validez. Como indican AGUILAR RUIZ y SÁNCHEZ LERÍA (2017, 77)²⁹: «El requisito básico de la revocación del testamento es que el testador otorgue un testamento posterior, en cualquiera de las formas posibles (no es necesario que se revoque mediante el mismo tipo de testamento que se quiere dejar sin efecto), que sea perfecto y válido, por contener todas «las solemnidades necesarias para testar». Sin embargo, en relación con los títulos nobiliarios debemos tener en cuenta que no es posible revocar el reconocimiento de un hijo conforme a lo establecido en el artículo 741 del Código Civil, por lo que si defendemos el principio de igualdad entre todo tipo de filiación, el hijo reconocido por testamento entraría a formar parte de los herederos al título. No obstante, no se ha encontrado jurisprudencia reciente de este tema (más allá de las citadas por MORETÓN SANZ).

VI. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

En este trabajo queremos también hacer referencia a algunas cuestiones de carácter formal, que han surgido a raíz del estudio de la jurisprudencia más reciente y que se encuentran en conexión con los temas tratados. En primer lugar, atenderemos a la posibilidad de la acumulación de acciones en esta materia. Nos ha parecido interesante hacer mención al asunto siguiente por su peculiaridad. En la SAP de Islas Baleares 1275/2020, de 18 de junio se plantea el caso de dos demandantes que pretenden una declaración de mejor y preferente derecho genealógico a usar un título de Marquésado contra el mismo demandado. En una cuestión procesal, la Sala entiende:

«Nos encontramos con dos diferentes demandantes que ejercitan la misma acción reclamando lo mismo (el mejor y preferente derecho genealógico a usar el título de Marqués de...) al mismo demandado y actual titular de la merced, señor Mario. Las partes del procedimiento 813/18 son demandadas conjuntamente por un tercero, señor Patricio, en el 1160/18. Como decimos, en virtud de la acumulación decretada solo puede existir una estimación de la demanda y una sola declaración de mejor derecho genealógico al título nobiliario de Marques de (...) a favor de uno de los dos demandantes, y no dos. El señor Patricio según pronunciamiento firme de la sentencia apelada, (art. 465 LEC) es el actual Marques de (...). Dicho pronunciamiento es absolutamente incompatible con la pretensión del apelante, pues una misma sentencia no puede reconocer dos mejores derecho al título nobiliario de Marques de (...).

También entendemos relevante el ATS 3544/2020, de 29 de abril (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que, si bien lo que hace es desestimar un recurso de

queja recuerda que, en el asunto, la Audiencia Provincial para instar la reversión del título nobiliario de Marqués consideraba que era condición necesaria ostentar el propio título, esto es, el título nobiliario era el fundamento de la condición de ejecutante de la sentencia de la que se suscitaba la ejecución:

«el Auto no accedió a la ejecución ‘instada por los herederos por entender que conforme a lo establecido en la Sentencia era necesario ostentar el título nobiliario de Marqués de (...) al constituir la tenencia de dicho título «fundamento para mantener la condición procesal de ejecutante». Solo con la obtención de dicho título se podía tener la condición de sucesora procesal en la posición jurídica del recurrente, D. Bruno «Lo que estaba diciendo la Sala, por lo tanto, es que no bastaba para la ejecución con ostentar la condición de heredero, sino que, vistos los términos establecidos en escritura fundacional para instar la reversión, era necesario, además, ostentar la condición de Marqués (...), para ser considerado “sucesor procesal” en los términos descritos en el artículo 540.2 LEC. La Sala no negó, sino que afirmó la validez de la disposición testamentaria del fallecido Marqués, pero denegó la continuación de la ejecución hasta la obtención del título».

En relación a la legitimación, la SAN 600/2022, de 25 de febrero (Sala de lo Contencioso-Administrativo), recuerda la falta de legitimación de las personas jurídicas, que no pueden ser parte en un expediente de sucesión de título nobiliario, por lo que inadmite el recurso interpuesto por la Fundación y también por uno de sus patronos. En su FJ II expone:

«(...) La Fundación que se presenta como parte actora en este proceso no ostenta ningún derecho o interés legítimo que le permita inmiscuirse en la sucesión del título de Marqués de (...) a través de la vía de la revisión de oficio. Como no puede ser, parte en el procedimiento de sucesión de dicha dignidad nobiliaria, tampoco puede pedir su revisión de oficio, y ello, aunque invoque determinada causa de nulidad de pleno derecho, cuya causa por sí misma no inviste de la legitimación necesaria al no estar prevista en esta materia la acción popular. La Fundación no puede suceder en el título de referencia al no poder invocar un mejor derecho genealógico, y desde esta óptica no puede tener otra consideración que la de un tercero ajeno al expediente de sucesión en la dignidad nobiliaria, y por ello mismo carece igualmente de legitimación para instar su revisión de oficio y ahora para impugnar las resoluciones recaídas en dicho expediente de revisión. Imposible es que la Fundación pueda tener un mejor derecho genealógico a la sucesión del título litigioso, pero es de señalar que en las actuales circunstancias tampoco puede la misma esgrimir interés alguno en la revisión de oficio en cuestión».

«(...) no solo la Fundación carece de legitimación activa, sino que también don Rodolfo carece de este primario presupuesto procesal. Este último no tiene la tacha de la Fundación Instituto Homeopático y Hospital de San José de ser una persona jurídica, pero no por ello ha de ser considerado como legitimado activamente sin más en el actual proceso, pues para ello la norma exige la titularidad de un derecho o interés legítimo, y en esta línea es de indicar que ningún derecho o interés legítimo ha esgrimido don Rodolfo fuera de su condición de patrono de la Fundación, pero si la Fundación no está legitimada según hemos razonado, tampoco lo estará don Rodolfo por su sola condición de patrono de la misma. Y a lo anterior hemos de añadir una circunstancia de por sí determinante para negar a don Rodolfo la condición de parte actora en el actual recurso.

Aunque este último figura formalmente en el proceso junto a la Fundación como parte recurrente desde el inicial escrito de interposición del recurso, no puede obviarse la circunstancia de que el expediente de revisión de oficio origen de la litis se instó y tramitó exclusivamente por y con la Fundación, que fue quien lo promovió, con la que se sustanció y a la que se notificó la resolución, que también fue impugnada en reposición únicamente por la Fundación, a la que igualmente tan solo se notificó la resolución de dicho recurso, y siendo todo ello así forzoso es concluir que don Rodolfo es por completo ajeno a los actos aquí recurridos, de donde que, en suma y al no haber promovido el expediente de revisión de oficio ni tomado parte en el mismo, no pueda recurrir unos actos administrativos que le son ajenos y respecto de los que no puede invocar interés real alguno».

Por último, queremos también señalar la necesidad de cumplimiento de los requisitos formales que han ido estableciendo el conjunto de normas que se han ido promulgando en relación a los títulos nobiliarios, concretamente en relación a la normativa aplicable entre el periodo republicano y el régimen nacido tras la guerra civil en lo referente a la rehabilitación de los títulos nobiliarios. Este fue el caso resuelto por la SAN 3401/2020, de 25 de noviembre (también de lo Contencioso-Administrativo) que desestima el recurso interpuesto porque considera que (FJ IV.2):

«(...) Las disposiciones anteriores establecen con claridad un específico procedimiento de convalidación para el caso de los títulos que hubieran quedado vacantes tras la legislación de 1931, tomando en consideración los expedientes instruidos por la Diputación de la Grandeza que tienen valor de mera prueba documental. El demandante acepta que su abuelo ostentó el título mediante un reconocimiento por parte de la Diputación de la Grandeza de 28 de junio de 1944, pero también da por sentado que posteriormente no hubo ningún procedimiento de convalidación, con objeto de cumplir los trámites que permitieran dar legitimidad a la sucesión de los títulos nobiliarios ya indicados. Por lo tanto, si no hubo tal procedimiento de convalidación, es patente que ni hubo rehabilitación a través del procedimiento legalmente establecido en la Ley de 4 de mayo de 1948 de concesión y rehabilitación de Títulos Nobiliarios por parte del abuelo del demandante, Don Fermín, ni puede afirmarse que este llegara a poseer un título en legal forma. El procedimiento de convalidación pretendía confirmar el mejor derecho, de suerte que sin seguir tal expediente no hubo posesión legítima, como afirma la resolución impugnada».

En los apartados siguientes (cuarto y quinto), trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concluye:

«(...) En definitiva, no existe un derecho a la rehabilitación de un título caducado, por lo que es innecesario tramitar un procedimiento al efecto (FD 6.ª Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 17 de octubre de 1998, Rec. 3823/1992; o Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2012, Rec. 3749/2010; Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 26 de julio de 2001, Rec. 3267/1997). 5.— La rehabilitación procederá partiendo del presupuesto de que el título no haya caducado, y en caso contrario el archivo acordado es procedente. Ello no implica que se haya desconocido que el título se rige por la Carta de Concesión de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 sobre concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas de España. Lo cierto es que la concesión y la rehabilitación requieren un procedimiento específico, en el que por razones de seguridad jurídica se ha impuesto un plazo de caducidad. Este plazo es un plazo de ejercicio tras el cual la acción se extingue, y por lo tanto, la interrupción de la prescripción que invoca el demandante no entra en juego. La caducidad protege un interés general que es la pronta certidumbre de una situación jurídica que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación. Esto explica que la caducidad se considere automática una vez que se ha completado el plazo».

VII. CONCLUSIONES

I. A nivel general podemos afirmar que es alto el grado de desconocimiento social y de los operadores jurídicos del fenómeno sucesorio en los títulos nobiliarios. En nuestra opinión los motivos son varios: es una realidad un poco ajena al ciudadano de a pie, ya que se trata, por sus características inherentes, de un ámbito cerrado; al ser de carácter especial no se explica en las facultades de derecho (donde, a veces, ni siquiera da tiempo a explicar todo el temario de la asignatura civil) y, además, posee un alto grado de complejidad, pues aún a cuestiones históricas, constitucionales y consuetudinarias y se basa en una normativa muy lejana en el tiempo (en muchos casos, centenaria).

II. En relación a la materia, consideramos que cuando se utiliza el concepto de «último poseedor legítimo» lo que se intenta es resolver un problema de prueba que, a nuestro juicio, puede ser útil en la mayoría de los casos. Creemos que este concepto de «último poseedor legítimo» es el que erróneamente induce a pensar en que las sucesiones de los títulos son al último poseedor.

III. Ciertamente parece necesario que, aunque se reconozca la constitucionalidad de fenómenos históricos (que, en nuestra opinión deben respetarse y conservarse como riqueza cultural del Estado), en la medida de lo posible estos se adapten a los nuevos aires que exige el siglo XXI.

IV. En conexión con la anterior entendemos que aunque sea a nivel jurisprudencial, ha de reconocerse la igualdad en la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva en todos los casos, sin excepción. No descartamos de *lege ferenda* que pueda desarrollarse legalmente como ocurrió con la Ley 33/2006, de 30 de octubre entre hombres y mujeres pero, no obstante, lo consideraríamos reiterativo, pues simplemente creemos suficiente la aplicación del Código Civil en esta materia (art. 108.2). Igual que para el cálculo del parentesco se utiliza el Código Civil, consideramos que en el reconocimiento de efectos de la filiación no debemos distinguir, ya que el propio Código Civil no distingue. Si bien es cierto que podemos llegar a comprender las posturas contrarias basadas en la especialidad de la materia de derecho nobiliario y en su carácter vincular en materia de sucesiones, por tanto, excepcional o extraordinario, nos sigue asombrando la fuerza del mantenimiento de la desigualdad por parte de los tribunales.

V. Podría entenderse como un reconocimiento implícito de la igualdad entre todos los tipos de filiación que algunos tribunales entiendan que si nada dice la Carta de sucesión en lo referente a la exclusión de la sucesión del título a los

hijos extramatrimoniales, estos no deben estar excluidos (aunque se reconozca la validez constitucional de estas cláusulas). Es decir, si existe cláusula de exclusión expresa se aplicaría esta, pero de no existir podría entenderse un reconocimiento tácito de la igualdad en la filiación. De todas formas, consideramos que debería producirse por parte del legislador un reconocimiento expreso de la igualdad en la filiación (aunque lo vemos complicado por el reconocimiento de validez constitucional de las cláusulas que excluyen a ciertos descendientes).

VI. En relación a la transmisión, consideramos que las peculiaridades de los títulos nobiliarios hacen muy difícil su encaje en nuestro ordenamiento, que únicamente se ve respaldado por su carácter histórico.

VII. En lo referente a las cuestiones procesales, puede advertirse que los principales problemas se plantean en sede probatoria. Además, los distintos regímenes legales a los que se han ido viendo sometidos los títulos nobiliarios, repercuten en esa dificultad probatoria. No obstante, lo que sí queda claro es que a nivel de actuación procesal, las personas jurídicas carecen de legitimación activa en estos procesos.

VIII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 126/1997, de 3 de julio
- STC 159/2014, de 6 de octubre
- STC 168/2014, de 22 de octubre

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

Sentencias:

- STS 5383/2014, de 19 de diciembre
- STS 220/2015, de 12 de enero
- STS 42/2019, de 14 de enero
- STS 3237/2019, de 16 de octubre
- STS 3794/2019, de 25 de noviembre
- STS 590/2020, de 19 de febrero
- STS 2504/2020, de 15 de julio
- STS 4456/2020, de 25 de noviembre

Autos:

- ATS 2832/2020, de 27 de mayo

TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA):

- ATS 3544/2020, de 29 de abril

AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO):

- SAN 820/2019, de 4 de marzo
- SAN 1850/2020, de 21 de julio
- SAN 3401/2020, de 25 de noviembre
- SAN 600/2022, de 25 de febrero

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Madrid 128/2020, de 10 de enero
- SAP de León 454/2020, de 18 de junio
- SAP de Islas Baleares 1275/2020, de 18 de junio
- SAP de Málaga 424/2020, de 29 de junio
- SAP de Madrid 6788/2020, de 30 de junio
- SAP de Islas Baleares 2470/2020, de 18 de noviembre
- SAP de Madrid 11754/2021, de 20 de septiembre

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L. y SÁNCHEZ LERÍA, R. (2017). El testamento. En LÓPEZ Y LÓPEZ, A. *et al. Derecho de sucesiones*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. (2007). Régimen transitorio de la Ley 33/2006 de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. *Diario La Ley*, núm. 6749, Año XXVIII.
- BOTANA GARCÍA, G. (2016). Sucesión de los títulos nobiliarios. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016). Sucesión en los títulos nobiliarios: sucesión de colaterales y principio de propinquidad, y legitimación de hijos extramatrimoniales en la sucesión. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.
- DE LLANA VICENTE, M. (2013). La aplicación retroactiva de la Ley de igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios. *Diario La Ley*, núm. 8045, Año XXXIV, 18 de marzo.
- DE PERALTA Y CARRASCO, M. (2007). *La sucesión Mortis Causa de los Títulos Nobiliarios*, Madrid: Dykinson.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2009). *La tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA FIGUERAS, J. (2017). Análisis jurídico de la ejecución de sentencia en títulos nobiliarios obtenidos por rehabilitación. *Hidalguía: la revista de genealogía, nobleza y armas*, núm. 374, 237-244.
- GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, V.E. (2006). *Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia*, Madrid: Reus.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Derecho de sucesiones, principios de Derecho Civil VII*, Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ VILAS, R., y MARTELO DE LA MAZA, M. (2009). *El nuevo derecho nobiliario: la ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARTELO DE LA MAZA, M. (2017). Evolución e igualdad en el derecho nobiliario, conferencia recogida en *An. Real. Acad. Doct.* Vol 2, núm. 3, 340-356. — (2013). *La sucesión nobiliaria*, Madrid: Dykinson.

- MARTÍN VIDA, M.A. (1988). La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio). *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 99, enero-marzo.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2016). La Sucesión Nobiliaria y la Filiación adoptiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, 773-802.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2019). Derecho nobiliario y prescripción inmemorial por linaje o estirpe: el título se sucede al fundador no al último poseedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2059-2076.
- (2010). Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, 779-790.
- OLIVERO GUIDOBONO, S., (coord.), et al. (2021). *El devenir de las civilizaciones: interacciones entre el entorno humano, natural y cultural*, Madrid: Dykinson.
- R. DE ESPONA R.J. (2008). El erróneo concepto de título nobiliario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 247-268.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2011). La prescripción de los títulos nobiliarios. *ADC*, tomo LXIV, fasc. IV.

NOTAS

¹ Vid. BUENO FERNÁNDEZ, B. (2011). Avatares históricos que conformaron el Derecho Premial y Nobiliario actual. En Olivero Guidobono, S., (coord.), et al., *El devenir de las civilizaciones: interacciones entre el entorno humano, natural y cultural*, Madrid, 114.

² Cfr. MARTELO DE LA MAZA, M. (2017). Evolución e igualdad en el derecho nobiliario, conferencia recogida en *An. Real. Acad. Doct.* Vol 2, núm. 3, 342.

³ Cfr. SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2011). La prescripción de los títulos nobiliarios. *ADC* tomo LXIV, fasc. IV, 1447.

⁴ Vid. Código de Derecho Nobiliario y Elenco de Títulos del Reino que recoge toda la normativa vigente aplicable a esta materia (edición actualizada a 7 de enero de 2021), Coedición Diputación de la Grandeza de España y Títulos del Reino y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

⁵ Cfr. GARCÍA FIGUERAS, J. (2017). Análisis jurídico de la ejecución de sentencia en títulos nobiliarios obtenidos por rehabilitación. *Hidalguía: la revista de genealogía, nobleza y armas*, núm. 374, 238.

⁶ Nos ha llamado la atención el ATS 2832/2020, de 27 de mayo, que inadmite un recurso de casación por considerar que no hay interés casacional. El asunto versaba sobre la posible aplicación de la legislación aragonesa a títulos nobiliarios otorgados en Nápoles. La Sala entiende que el actor pretende deducir de pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo «que solo a los títulos nobiliarios del Reino de Sicilia y del Reino de Valencia se les aplica la Compilación de Huesca, y no, por el contrario, en el caso de los títulos del Reino de Nápoles, sin que en ninguna de las sentencias invocadas se contenga una exclusión en estos términos, tratándose además de situaciones todas ellas análogas y teniendo en cuenta, además, que la STS de 6 de noviembre de 1986 expresamente establece que para un título del Reino de Nápoles ha de aplicarse el plazo de prescripción de la Compilación de Huesca. Es más, de la jurisprudencia citada se deriva que a aquellos reinos que dependieran del Reino de Aragón se les aplica la Compilación de Huesca, como sucede con el Reino de Nápoles al otorgarse el título nobiliario ahora discutido. En consecuencia, el pretendido interés casacional no puede entenderse acreditado».

⁷ Para una mayor información sobre el impacto de esta STC, *vid.* por ejemplo: MARTÍN VIDA, M.A. (1988). La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio), *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 99, enero-marzo, 303-312.

⁸ Cfr. R. DE ESPONA R.J. (2008). El erróneo concepto de título nobiliario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 251. En el mismo sentido: MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2016). La Sucesión Nobiliaria y la Filiación adoptiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, 774.

⁹ Para la cita de todas las sentencias de este trabajo se ha utilizado la base de datos del CENDOJ y para su identificación el código ROJ, es decir, el número de identificación de las mismas en el Repertorio Oficial de Jurisprudencia.

¹⁰ Para mayor información, *vid.*, por ejemplo: DE PERALTA Y CARRASCO, M. (2007). *La sucesión Mortis Causa de los Títulos Nobiliarios*, Madrid, 206 y sigs.

¹¹ En lo relativo a las Cartas de sucesión, recuerda la SAP de Madrid 6788/2020, de 30 de junio que:

«A tenor de lo expuesto, no podría sino concluirse que D. Bernabé obtuvo la rehabilitación del título invocando un parentesco colateral con el concesionario y con el último poseedor legal, bajo la cláusula de “sin perjuicio de tercero de mejor derecho”. Y a tenor de la doctrina asentada del Tribunal Supremo, el significado de tal cláusula de “sin perjuicio de tercero de mejor derecho”, es, que no se puede concluir que quien obtiene una Carta de Sucesión por rehabilitación, no significa que sea el óptimo sucesor».

¹² Cfr. MARTELO DE LA MAZA, M. (2013). *La sucesión nobiliaria*, Madrid, 209.

¹³ Como recordaba la SAN 3401/2020, de 25 de noviembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su FJ IV.1 «La Ley de 4 de mayo de 1948, de concesión y rehabilitación de Títulos Nobiliarios vino a restablecer la legalidad vigente con anterioridad al Decreto de 1 de junio de 1931, que abolió los títulos nobiliarios, confiriendo al Jefe del Estado la tradicional prerrogativa de otorgar Grandezas de España y Títulos del Reino».

¹⁴ Deben tenerse en cuenta el Real Decreto sobre concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas de España de 27 de mayo de 1912, el Real Decreto de 8 de julio de 1922 relativo a la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino y la Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se restablece la legalidad vigente al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino.

¹⁵ Así lo indica la SAP de Madrid 6788/2020, de 30 de junio (FJ III *in fine*).

¹⁶ En conexión con la sucesión de los colaterales, es de interés la SAP de Málaga 424/2020, de 29 de junio, donde se reconoce el efecto positivo de la cosa juzgada material y se dispone (FJ II *in fine*):

«Aplicando el criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa, nos encontramos a modo de resumen que el Mayorazgo se extinguió *ipso iure*, y que el Título de Marqués de (...) subsistió en favor de los descendientes colaterales del fundador del linaje, y además, según el orden regular de la sucesión de la Corona, que hay que presumir en caso de duda, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por lo que siendo de aplicación el orden regular de sucesión, y tal como se recoge en la sentencia dictada en primera instancia, visto el árbol genealógico que se acompaña a la demanda como documento núm. 1, con el que ambas partes están conformes, más allá de alguna discrepancia en cuanto al reflejo correcto del nombre de algún descendiente, bien se tome como referencia el último antepasado común, D. José Francisco, o el último poseedor legítimo, D. Jesús Carlos, el demandado es el pariente más propinquo en grado». En este sentido *vid.* también: STS 3794/2019, de 25 de noviembre (FJ III):

«El motivo se desestima igualmente ya que la sentencia impugnada no infringe la norma ni la doctrina jurisprudencial a que se refiere el motivo, puesto que sostiene que el elemento de referencia para determinar el mejor derecho a ostentar el título es el último poseedor legítimo, o sea aquel del cual pretenden derivar su derecho los parientes que —como en este caso ocurre con las litigantes— se sitúan en la línea colateral, sin que lógicamente pueda excluirse que —como ahora ocurre— el último poseedor legítimo sea precisamente el concesionario del título».

¹⁷ Para una mayor información, *vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016). Sucesión en los títulos nobiliarios: sucesión de colaterales y principio de propiuncidad, y legitimación de hijos extramatrimoniales en la sucesión, *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.

¹⁸ *Vid.* también: STS 3237/2019, de 16 de octubre.

¹⁹ Cfr. GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, V.E (2006). *Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia*, Madrid, 259.

²⁰ En este aspecto, resulta de interés la diferenciación entre la cesión y la distribución de los títulos que realiza el Tribunal Constitucional. Así, la STC 159/2014, de 6 de octubre (*vid.* también la STC 168/2014, de 22 de octubre, muy relacionada con lo anterior) en su FJ 5.º recuerda que: (...) la cesión no vincula a los sucesivos descendientes situados en una línea preferente, los cuales no se ven afectados por la renuncia de quien consintiera la cesión teniendo mejor derecho que el cesionario, de modo que aquellos siempre pueden hacer valer su derecho preferente en el orden regular de la sucesión. El derecho del cesionario no es, por ello, una situación consolidada, a diferencia de lo que sucede en la distribución de títulos, en la cual se crean nuevas cabezas de línea que cierran el paso a toda reclamación de los integrantes de la línea prellamada sobre los títulos distribuidos con observancia de la Ley. En segundo lugar se razona que la cesión no altera el orden de la sucesión en el título, y que en el caso controvertido tampoco lo hizo. De modo que la cesión efectuada en favor del demandante de amparo por su última poseedora no alteró el orden vincular de sucesión sino que simplemente anticipó la sucesión en el título, aunque siempre expuesta a la reclamación de quien tenga un mejor derecho al título. De ahí que la situación del demandante de amparo en cuanto poseedor del título controvertido como consecuencia de la cesión a su favor no puede calificarse, afirma el Tribunal Supremo, como una situación consolidada; y precisamente porque en razón de esa precariedad el derecho del cesionario entra en el ámbito objetivo del apartado 3 de la disposición transitoria de la Ley 33/2006, la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en la sucesión nobiliaria previsto en el artículo 1 de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, establecido por el legislador en uso de su libertad de configuración, conduce a la declaración de mejor y preferente derecho a poseer el título controvertido a favor de la demandante.

²¹ Sobre el asunto de la distribución de títulos, *vid.* también: SAP de León 454/2020, de 18 de junio.

²² Cfr. ARNALDO ALCUBILLA, E (2007). Régimen transitorio de la Ley 33/2006 de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios», *Diario La Ley*, núm. 6749, Año XXVIII, 4 de Julio,

²³ Cfr. MARTELO DE LA MAZA, M. (2017). Evolución e igualdad en el derecho nobiliario, *op. cit.*, 349.

²⁴ Queremos señalar aquí el impacto de esta Ley en otros ámbitos, como por ejemplo, la apertura de la posibilidad de mujeres becarias en el Real Colegio de España en Bolonia (Italia).

²⁵ Cfr. DE LLANA VICENTE, M. (2013). La aplicación retroactiva de la Ley de igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios, *Diario La Ley*, núm. 8045, Año XXXIV, 18 de marzo.

²⁶ *Vid.* STS 590/2020, de 19 de febrero.

²⁷ Fue tanto el impacto del reconocimiento de la validez de las cláusulas excluyentes de los hijos extramatrimoniales de la sucesión de los títulos nobiliarios que fue recogido por los medios de comunicación. Como ejemplo: https://www.abc.es/estilo/gente/abci-supremo-acepta-hijos-extramatrimoniales-no-hereden-titulos-nobiliarios-201603081715_noticia.html.

²⁸ Artículo 739 del Código Civil: El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

²⁹ *Vid.* AGUILAR RUIZ, L. y SÁNCHEZ LERÍA, R (2017). El Testamento, en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. et al., *Derecho de sucesiones*, Valencia, 77.

1.5. Obligaciones y contratos

Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social

Doctrine on the termination of a lease contract for late payment of rent or other amounts due and social reality

por

ALEJANDRO FUENTES-LOJO RIUS

Abogado

RESUMEN: Este estudio constituye un análisis crítico de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta y otras cantidades debidas a la luz de la teoría más moderna sobre la fisonomía del incumplimiento contractual y de los pronunciamientos más recientes del TEDH y del TC en materia del derecho a la vivienda constitucionalmente reconocido. El objetivo es poner de manifiesto la necesidad de adaptar dicha doctrina jurisprudencial a la evolución del ordenamiento, la opinión de la comunidad jurídica y la realidad social.

ABSTRACT: *This study constitutes a critical analysis of the jurisprudential doctrine of our Supreme Court on the termination of the lease contract for late payment of rent and other amounts in the light of the most modern theory on the physiognomy of breach of contract and of the most recent pronouncements of the ECHR and the TC on the constitutionally recognized right to adequate housing. The main goal is to highlight the need to adapt this jurisprudential doctrine to the evolution of the legal system, the opinion of the legal community and the social reality.*

PALABRAS CLAVE: Desahucio. Impago. Retraso. Renta. Realidad social. Contrato de arrendamiento. Vivienda, juicio de razonabilidad. Proporcionalidad. Desalojo forzoso. Resolución. Incumplimiento grave. Incumplimiento esencial. Culabilidad. Principio de conservación del contrato. Frustración de fin del contrato. Programa prestacional. Principio de reciprocidad. Incumplimiento prestacional.

KEY WORDS: *Eviction. Non-payment. Delay. Rent. Social reality. Lease. Housing. Reasonableness. Proportionality. Forced eviction. Termination. Serious breach. Fundamental breach. Culpability. Principle of preservation of the contract. Frustration of the purpose of the contract. Performance schedule. Principle of reciprocity. Performance breach.*

SUMARIO: I. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR RETRASO EN EL PAGO DE LA RENTA U OTRAS CANTIDADES DEBIDAS.—II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DE INCUMPLIR Y LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA.—IV. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO.—V. LOS PRIMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE SE APARTAN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. LA PROBLEMÁTICA DE ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA Y LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA. 3. EL VECTOR DE Oponibilidad DEL DERECHO A LA VIVIENDA. 4. EL PAPEL DEL ARRENDAMIENTO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA.—VII. SOBRE LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR RETRASO EN EL PAGO DE LA RENTA U OTRAS CANTIDADES DEBIDAS

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTS núm. 137/2014, de 18 de marzo; núm. 180/2014, de 27 de marzo; núm. 755/2008, de 24 de julio; núm. 1219/2008, de 19 de diciembre; núm. 594/2011, de 9 de septiembre; núm. 180/2014, de 27 de marzo; entre otras) que el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta es causa de resolución del contrato de arrendamiento.

El pago de la renta fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio no excluye la resolución arrendaticia y ello, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

Los tribunales vienen declarando de forma pacífica que el impago de otros conceptos a cargo del arrendatario distintos de la renta, como el Impuesto de Bienes Inmuebles, gastos generales, etc. también es causa de resolución del contrato (Sentencia de la Audiencia Provincial [en adelante SAP] de Valencia, Sec. 7.^a, núm. 440/2019, de 4 de noviembre; SAP de Madrid, Sec. 20.^a, núm. 81/2008, de 25 de enero); y también respecto de aquellos arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU 64) a pesar de la literalidad del artículo 114.1.º, que se refiere exclusivamente al impago de rentas y a cantidades asimiladas a renta (STS de 12 de enero de 2007).

No se exige que dicho impago sea culposo, siendo suficiente con que se constate el incumplimiento objetivo de la obligación.

Téngase en cuenta que no es una causa automática de resolución del contrato, no es una condición resolutoria tácita, es facultativa del arrendador.

No pueden hacerse depender del deudor incumplidor dichos efectos resolutorios. Es un derecho potestativo del arrendador perjudicado por dicho impago, una facultad de configuración jurídica, que puede ejercer a través de una declaración de voluntad recepticia.

Esta doctrina jurisprudencial equipara el incumplimiento tardío de la obligación de pago al incumplimiento definitivo de la obligación.

Se justifica el incumplimiento resolutorio en que el arrendador no viene obligado a soportar el retraso de ordinario en el abono de las rentas periódicas

y en la mayoría de casos se había producido un impago anterior en tiempo, pero no se exige como requisito que dicho impago sea reiterado en el tiempo; sin perjuicio de que, en la práctica, ante el primer impago, el arrendatario podrá evitar los efectos resolutorios enervando la acción de desahucio.

Aun cuando dicha doctrina se forjó en 2008 respecto de contratos de arrendamiento de renta antigua, se ha venido aplicando por nuestros tribunales SAP de Málaga, Sec. 4.^a, núm. 302/2020, de 8 de junio; SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, núm. 629/2011, de 20 de diciembre; SAP de Barcelona, Sec. 4.^a, núm. 798/2019, de 16 de julio) análogicamente también a arrendamientos —tanto de vivienda, como de uso distinto de vivienda— sujetos a la LAU 94, como si los artículos 114 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante TRLAU 64) y el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU 94) fuesen preceptos homólogos.

Si bien ambos textos legales —TRLAU 64 y LAU 94— reconocen como causa legal de resolución el impago de la renta, su tratamiento jurídico es distinto.

Así, mientras que el TRLAU 64 establece un sistema de resolución contractual al margen de nuestro Código Civil, no siendo de aplicación el artículo 1124 del Código Civil, dada la especial protección que el legislador quiso otorgar a los arrendatarios de contratos de renta antigua, el artículo 27.1 de la LAU 94 hace una remisión expresa al artículo 1124 del Código Civil, para luego establecer en su apartado 2 un elenco de causas de resolución del contrato similar al del artículo 114, pero que, a diferencia de este último, no constituye un *numerus clausus*.

En este sentido, se ha pronunciado MOLINA ROIG, E., en los siguientes términos: «A diferencia de lo que sucedía en la LAU 1964, las causas de resolución del contrato no son *numerus clausus*, y el arrendador podrá resolver el contrato cuando el arrendatario incumpla el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil».

Nótese que la configuración del sistema de resolución contractual que previó el legislador del 94 es la misma que la de nuestro Código Civil, haciendo el apartado 1 del artículo 27 una remisión expresa al 1124 del Código Civil y el apartado 2 es equiparable al 1569 del Código Civil, pero con un elenco mayor de causas legales de resolución.

A la vista de lo anterior, entendemos que no procede la aplicación analógica de dicha doctrina jurisprudencial sobre los efectos resolutorios del retraso en el pago de la renta a los contratos posteriores a 1 de enero de 1995 por falta de identidad de razón. Naturalmente, tampoco procederá su aplicación a los contratos de arrendamiento sujetos al Código Civil.

Así las cosas, ¿cómo se debe interpretar el artículo 27.2.a) de la LAU 94?

En primer lugar, debemos recordar que este precepto se refiere a «la falta de pago de la renta», sin precisar si el impago tiene que ser total o parcial, si tiene que ser respecto de una o más mensualidades de renta, o incluso si es suficiente para exigir la resolución del vínculo contractual por el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta.

Se debe realizar una interpretación sistemática de esta causa legal de resolución del contrato consistente en el impago de la renta (o de cualquier otro concepto a cargo del arrendatario) con su apartado primero, que se remite de forma expresa al 1124 del Código Civil. Nótese que esta remisión legal al Código Civil no la hace el TRLAU 64.

A nuestro juicio, al establecerse en el apartado 2 del artículo 27 un elenco de causas legales de resolución, el legislador quiso establecer una presunción *iuris tantum* de que dichos incumplimientos contractuales específicos ostentan la gravedad o entidad suficiente para llevar consigo la frustración del interés

de la contraparte en la celebración del contrato, liberando al perjudicado de la carga de tener que acreditar la gravedad de dichos incumplimientos para poder exigir la resolución del vínculo contractual, invirtiéndose así la regla general de distribución de la carga de la prueba en el proceso civil (art. 217 de la LEC).

Se trata de una presunción legal de gravedad del incumplimiento obligacional. Luego, en tanto que presunción *iuris tantum*, el arrendatario podrá destruir dicha presunción acreditando que conforme a las circunstancias del caso concreto dicho impago no ha frustrado la finalidad del contrato, que no es un incumplimiento esencial del contrato y, por tanto, no procede la resolución del vínculo contractual.

A nuestro juicio, por norma general, un retraso ocasional en el abono de un periodo de renta en un contrato de tracto sucesivo —como es un arrendamiento— constituye incumplimiento, pero no afecta de modo esencial a la economía del contrato, pues no frustra la finalidad del mismo ni deja de satisfacer, aún con reparos, el interés del acreedor. Lo analizaremos con mayor detalle más adelante.

Contrariamente a la tesis sostenida por el Alto Tribunal, creemos que no todo impago de renta debe tener efectos resolutorios del vínculo arrendaticio.

La interpretación que hace el Tribunal Supremo no solamente no se acomoda a una interpretación literal del artículo 27.2.a) de la LAU, sino que es contraria al espíritu del artículo 1124 del Código Civil, tal como veremos a continuación.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

Nótese que el hecho de que la regulación sobre incumplimiento de obligaciones contractuales no exija el elemento subjetivo de la imputabilidad en el incumplimiento para que tenga eficacia liberatoria, nada tiene que ver con la eficacia de dicho incumplimiento respecto del vínculo contractual (art. 1124 CC), en el cual, como veremos, sí incide dicho elemento subjetivo para dotar de eficacia resolutoria a dicho incumplimiento. Tampoco debe confundirse el régimen de la ineficacia en el incumplimiento obligacional en los contratos de naturaleza bilateral con el régimen de responsabilidad civil contractual de nuestro artículo 1101 del Código Civil, pues este último aborda la imputabilidad del daño causado por un incumplimiento obligacional.

Antaño, nuestro Tribunal Supremo exigía la concurrencia de «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» para que dicho incumplimiento tuviera eficacia resolutoria en los contratos de carácter bilateral (SSTS de 26 de junio de 1952, de 25 de febrero de 1983), o bien que el incumplimiento obedeciera a causas que le fueran imputables (SSTS de 6 de julio de 1954 y de 26 de enero de 1980), e incluso en algunos casos, se unen ambas expresiones «existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que este sea imputable al deudor» (STS de 7 de febrero de 1983), e incluso más recientemente, «que la frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible a las partes» (STS de 11 de octubre de 2006), haciendo una interpretación muy restrictiva del artículo 1124 con base en el principio de conservación del contrato.

Dicho requisito de imputabilidad del incumplimiento resolutorio se relajó al exigir el Tribunal Supremo un requisito alternativo consistente en la «existencia de un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento» (SSTS de 28 de enero de 1941, de 9 de marzo de 1950, de 25

de junio de 1985, de 22 de octubre de 1985, de 12 de noviembre de 1992, de 30 de abril de 1994).

Hacia finales de los años 90 nuestro Tribunal Supremo adopta una perspectiva más objetivadora del incumplimiento resolutorio, abandonando el binomio «incumplimiento imputable-incumplimiento resolutorio», señalando que para que tenga efectos resolutorios basta con que sea un incumplimiento sustancial, «sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida» (STS de 6 de junio de 2000), que se trate de un incumplimiento «verdadero y propio» (SSTS de 25 de noviembre de 1992, de 15 de noviembre de 1994), «grave» (SSTS de 8 de febrero de 1993 y de 23 de enero de 1996, sentencia de 29 de noviembre de 2012).

Conforme a esta interpretación, lo relevante no es la conducta incumplidora del deudor, sino la entidad de la obligación incumplida, en aras a determinar la gravedad de dicho incumplimiento, para lo que será fundamental atender a la naturaleza del contrato, al sinalagma del negocio jurídico, al programa prestacional, de tal forma que el juicio de gravedad queda enmarcado y limitado al ámbito de las prestaciones principales del negocio jurídico. Luego, no cabe la resolución contractual ante incumplimientos meramente accesorios o complementarios de la obligación principal por no ostentar la entidad suficiente en relación con el deber de prestación como para justificar la desvinculación contractual.

Pese a la contravención, el deudor ha procurado al acreedor un bien jurídico lo suficientemente valioso para satisfacer su interés (STS de 22 de marzo de 1993).

Su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución del programa prestacional, observado objetivamente conforme al programa prestacional establecido. En palabras de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2007:

«En suma, como se ha declarado en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso núm. 3818/1999), la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (Sentencias de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras)».

En palabras de nuestro Tribunal Supremo (sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre), se trata de los tradicionalmente denominados «incumplimientos prestacionales», que responden a supuestos encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del *aliud pro alio*, del término configurado como esencial y de la excepción del contrato no cumplido (SSTS de 18 de mayo de 2012, de 8 de enero de 2013 y de 11 de abril de 2013).

Así pues, el régimen del incumplimiento prestacional queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja el carácter sinalagmático de la relación obligatoria que el artículo 1124 del Código Civil impone como necesario presupuesto de aplicación al marco resolutorio.

Pocos años después, en un intento del Alto Tribunal de acercarse al derecho privado europeo moderno, la doctrina jurisprudencial volvió a virar para integrar los principios de derecho contractual europeo e internacional (Principios UNIDROIT, PECL, DFCR) en el artículo 1124 del Código Civil (sentencia de 5

de abril de 2006, de 31 de octubre de 2006, de 22 de diciembre de 2006, de 27 de julio de 2007, de 30 de octubre de 2008).

Conforme al moderno derecho contractual europeo, se considera que el incumplimiento es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra (SAP de Burgos, Sec. 2.^a, núm. 328/2011, de 22 de julio). En palabras de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2006:

«Esta Sala había sostenido que para que existiera este incumplimiento debía concurrir “una voluntad deliberadamente rebelde” del deudor (sentencias de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986 y 18 de noviembre de 1994, entre muchas otras). Sin embargo, algunas sentencias ya habían abierto la vía a una matización del principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba “por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida” (sentencia de 19 de junio de 1985), bien por una frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren, como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte” (sentencia de 18 de octubre de 1993), bien, finalmente, exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (sentencia de 13 de mayo de 2004). Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato”, norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos».

Conforme a esta nueva interpretación jurisprudencial del artículo 1124 del Código Civil, lo relevante ya no es la entidad de la obligación incumplida, sino las consecuencias que determina su incumplimiento para el acreedor.

A efectos resolutorios, lo relevante es que se trate de un «incumplimiento esencial atentatorio a la finalidad perseguida por el contrato» (sentencia de 3 de septiembre de 1992).

En otras palabras, es suficiente con que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, basta con que se produzca el hecho del «incumplimiento obstaculizador de fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo contractual» (SSTS de 9 de octubre de 1987, sentencia de 4 de junio de 2007).

Se pone el acento en la esencialidad del incumplimiento obligacional y no en la gravedad del mismo, atendiendo a la causa del contrato.

Esta tesis jurisprudencial se centra en la «perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato» (SSTS de 18 de junio de 2013, de 5 de marzo de 2018).

Para ponderar si el incumplimiento es esencial habrá que preguntarse por los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato, habrá que hacer una valoración de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado (SSTS de 18 de mayo de 2012, de 18 de noviembre de 2013).

La valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base del negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

A diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, la valoración del alcance resolutorio del incumplimiento no queda circunscrito a las prestaciones principales del contrato, pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica del contrato se infiere que fueron determinantes para la celebración del mismo (STS de 18 de noviembre de 2013).

Nótese que para determinar si el incumplimiento es resolutorio ya no habrá que estar a la gravedad del incumplimiento, no habrá que estar al carácter principal de la obligación.

Esta nueva categoría del incumplimiento esencial se centra en la dinámica de la satisfacción del acreedor que exige indagar la causa concreta o base del negocio y no en el posible alcance del incumplimiento de los deberes contractuales previamente programados.

III. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DE INCUMPLIR Y LA RESOLUCIÓN ANTICIPADA

Conforme a la evolución jurisprudencial interpretativa del incumplimiento resolutorio en los contratos de carácter bilateral expuesta en el apartado anterior, podemos apreciar que ya no se requiere que exista voluntad de incumplir, pero ello no significa que deba obviarse por completo dicho elemento interpretativo.

Que no sea un presupuesto jurídico necesario para determinar si el incumplimiento es esencial no significa que no deba ser tenido en cuenta.

De verificarse que hay voluntad de incumplir, no será necesario verificar si dicho incumplimiento afecta a la causa del contrato, pues el perjudicado no tiene por qué esperar a que se produzca la evidencia de una circunstancia definitiva e irreformable, no tiene por qué esperar a la total frustración de su interés contractual, pues aunque el cumplimiento sea todavía posible y conserve su utilidad para el acreedor, no tiene por qué soportar el mantenimiento del vínculo contractual ante el temor fundado de que volverá a incumplir o de que dicho incumplimiento temporal se convertirá en definitivo.

Así lo disponen los principios de derecho europeo de contratos, al calificar de esencial el incumplimiento «deliberado o imprudente que da motivos al acreedor para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor» (III.3:502 DCFR).

Lo que determina la esencialidad del incumplimiento en estos casos es la justificada pérdida de confianza del acreedor perjudicado por el incumplimiento.

Es más, en los casos en que el contratante ha manifestado de antemano su intención de incumplir, está justificada una resolución anticipada ante el previsible incumplimiento futuro, en tanto que una parte no puede razonablemente continuar vinculada por un contrato una vez que ha quedado claro que la otra no quiere cumplir en el momento de vencimiento de la obligación.

Tal como declara GONZÁLEZ CARRASCO, M.A., constituye una excepción a la regla general que impide resolver cuando el incumplimiento es todavía posible y conserva su utilidad para el acreedor.

Si bien esta figura del incumplimiento anticipado está basada en el moderno derecho europeo de contratos, debemos recordar que tampoco es una figura ajena a nuestro derecho interno, pues recordemos que el artículo 1503 del Código Civil faculta al vendedor de bien inmueble a resolver inmediatamente en caso de temor fundado de perder la cosa vendida y el precio.

Esta doctrina del incumplimiento anticipado juega un papel muy relevante en aquellos incumplimientos consistentes en el impago de la renta, tal como veremos a continuación.

IV. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO

Como hemos avanzado con anterioridad, a nuestro juicio y, contrariamente a la vigente doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, el impago de una mensualidad de renta constituye un mero retraso en el cumplimiento obligacional que no ostenta eficacia resolutoria.

Se trata, por norma general, de un incumplimiento temporal, no definitivo, no esencial; salvo que se hubiere configurado el término como esencial. En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13.^a, de 7 de marzo de 2007:

«(...), porque el retraso en ese periodo no es causa resolutoria, sino irregularidad en el cumplimiento de la obligación, que podría ser sancionado con los «intereses», pero no con el desahucio; claro, en la medida en que —atendiendo al periodo en que se pacta— puede ser un retraso relevante a efectos del artículo 1124 del Código Civil».

En idéntico sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 13.^a, de 20 de mayo de 2008:

«La falta de pago se cumple al transcurrir todo el periodo establecido para el pago de la renta en el contrato (generalmente todo el mes), porque el retraso en ese periodo no es causa resolutoria, sino irregularidad en el cumplimiento de la obligación, que podría ser sancionado con los «intereses», pero no con el desahucio; claro, en la medida en que —atendiendo al periodo en que se pacta— puede ser un retraso relevante a efectos del artículo 1124 del Código Civil o —puede defenderse— pudiera tratarse de un supuesto de abuso de derecho».

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Comunicación núm. 5/2015 ha declarado que solamente estará debidamente justificada la medida de desalojo del inquilino por impago en caso de que sea persistente. En palabras del Comité:

«En determinadas circunstancias, el desalojo de personas que viven en una vivienda en alquiler puede ser compatible con el Pacto siempre que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo, en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada. Adicionalmente, debe existir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y la(s) persona(s) afectada(s), no existir medios alternativos o medidas menos gravosas, y la(s) persona(s) afectada(s) por la medida

no debe(n) quedar en una situación que le(s) exponga a o constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos».

Conforme a esta tesis jurisprudencial minoritaria en la actualidad, el retraso en el pago de la renta tiene su propia sanción de carácter estrictamente económico, consistente en el devengo de los intereses, como consecuencia de la inseguridad en que coloca al arrendador respecto de su derecho de cobro.

En estos casos, el pago de la renta, a pesar de no haber sido realizado en el tiempo pactado en el contrato, continúa, por norma general, siendo útil e idóneo para satisfacer el interés del acreedor.

En este sentido, se han pronunciado los catedráticos FERRER I RIBA, J. y ADÁN DOMÉNECH, F. En palabras de este último, «*el simple retraso constituye una actitud reprobable del arrendatario, pero no puede constituir por sí solo motivo de resolución contractual*».

Nótese que los PECL [art. 9.301 (2)] exigen para poder resolver el contrato en caso de retraso —salvo que tenga carácter esencial—, la concesión de un plazo adicional razonable para que el deudor pueda cumplir con su obligación, enervando así el efecto resolutorio del incumplimiento.

Sin ir más lejos, nuestro artículo 1504 del Código Civil estipula en la venta de bienes inmuebles, que aun cuando se hubiera estipulado una condición resolutoria por falta de pago del precio en el tiempo convenido, el comprador podrá pagar y enervar la resolución aun después de expirado el plazo, interín no haya sido requerido judicial o notarialmente.

Sendas normas jurídicas parten de la premisa de que el retraso en el cumplimiento de la obligación no constituye *per se* incumplimiento esencial, pero que transcurrido dicho plazo adicional sin haberse cumplido la obligación, ya no resulta razonable una espera más prolongada del acreedor, por mucho que la prestación continúe siendo objetivamente útil.

Se podría afirmar que la figura procesal de la enervación de la acción de desahucio (art. 22.4 de la LEC) cumple con esta finalidad de protección del deudor en caso de retraso en el cumplimiento obligacional.

Recuérdese que la enervación no es más que el derecho o beneficio (AAP Madrid, Sec. 11.^a, de 14 de enero de 2005 y AAP Barcelona, Sec. 13.^a, de 10 de octubre de 1006) que se concede al arrendatario, que por cualquier motivo ha dejado de pagar la renta u otras cantidades debidas y ha sido demandado, a fin de evitar el grave perjuicio de la resolución del contrato abonando el importe que adeude en el instante de su ejercicio. Nace con una función eminentemente social para proteger un bien básico como es el de la vivienda o el negocio en el que sustenta el arrendatario su actividad económica. Sin embargo, su funcionamiento en la práctica forense no está exento de complejidad y puede dar lugar a situaciones que generen una grave indefensión al arrendatario, tal como ha puesto de manifiesto recientemente el Tribunal Supremo en sentencia número 811/2021, de 29 de noviembre, que para salvar dicha indefensión se ve obligado a declarar la procedencia de la enervación *ad cautelam*, sacrificando para ello el principio de legalidad procesal. Piénsese en aquellos casos en que se ha actualizado la renta y la cantidad reclamada es superior a la cantidad que el arrendatario considera realmente debida. El demandado deberá consignar *ad cautelam* la totalidad de la cantidad reclamada —y no solamente la que considere debida—, en aras a evitar el riesgo de que se estime el desahucio, pues la enervación solo es eficaz si el pago es de la totalidad de la renta exigida, esto es, no solamente de las rentas reclamadas en la demanda, sino también de las que se adeuden en el momento

de realizar el pago enervador (SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, núm. 121/2016, de 8 de marzo y SAP de La Rioja, Sec.1.^a, núm. 33/2016, de 16 de febrero), obligando así al demandado a reclamar el diferencial en un proceso declarativo posterior por el importe de más consignado al no tener efectos de cosa juzgada la acción de desahucio (art. 447.2 de la LEC), en tanto que la enervación conlleva automáticamente la finalización del proceso de desahucio, conforme a la literalidad del artículo 22.4 de la LEC.

Al margen del juego procesal que tiene la figura de la enervación del desahucio, fijémonos que la citada doctrina del Tribunal Supremo sobre la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta y de otras cantidades debidas distingue en función de si el pago es anterior o posterior al momento de presentación de la demanda de desahucio. A criterio del Alto Tribunal, este es el momento clave para determinar si dicho impago tiene o no eficacia resolutoria.

Sorprende que, conforme a esta doctrina jurisprudencial es indistinto el tiempo que haya transcurrido entre el impago y el momento de presentación de la demanda de desahucio. De tal forma que se deja en manos del propio acreedor la decisión de cuándo el retraso es un impago esencial que da derecho a resolver el contrato. Lo cual no solamente es desacertado a nuestro juicio, sino que puede dar pie a situaciones constitutivas de abuso de derecho (art. 7.2 CC) y de mala fe procesal (art. 247 de la LEC), como en el caso de la SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, núm. 516/2021, de 12 de julio, que apreció uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora al acudir de manera inmediata al desahucio por impago ante el retraso en el pago parcial de la renta durante la crisis sanitaria de la mercantil arrendataria de local de negocio dedicado a la producción y venta de sombreros, sin que conste previo requerimiento de pago que permitiera la regularización del pago, a sabiendas de la posición de la arrendataria ante la imposibilidad de acudir a la enervación por haberse ejercitado con anterioridad.

En este sentido, declara SIMÓN MORENO, H. que *«podría defenderse que el desalojo podría provocar un daño o perjuicio que socialmente no es aceptable dado que iría en contra de principios generales e intereses dignos de protección»*.

No se garantiza un plazo mínimo para que el deudor pueda abonar las cantidades impagadas y evitar los perniciosos efectos de la resolución del contrato, contrariamente a los principios de derecho europeo de contratos, que exigen que en caso de retraso se otorgue al deudor un plazo de tiempo «razonable» para el cumplimiento (art. 8.106 de los PECL). Reiteramos que, si bien es cierto que la figura de la enervación parece cumplir esta finalidad, su regulación no otorga la protección suficiente al arrendatario para cumplir esta finalidad.

No se exige que se haya producido un requerimiento previo de pago para dotar de eficacia resolutoria al retraso en el pago, en aras de evitar el ejercicio sorpresivo de la facultad resolutoria.

No se atiende al concepto de incumplimiento esencial del artículo 1124 del Código Civil, pues no se valora por el juez si dicho retraso en el pago tiene la entidad suficiente como para frustrar la finalidad del contrato.

Tampoco se tiene en cuenta si medió voluntad de incumplimiento. Recuértese que, con base en la doctrina del incumplimiento anticipado anteriormente expuesta, aun cuando dicho retraso en el pago de la renta no frustré la finalidad del contrato, si existe voluntad de incumplir, el arrendador vendrá facultado a exigir la resolución del contrato de forma inmediata, sin tener que otorgar un plazo adicional para su cumplimiento.

Todo lo expuesto evidencia que la procedencia de la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas no puede resolverse sin

realizar el pertinente juicio de ponderación en el caso concreto con base en los criterios interpretativos del artículo 1124 del Código Civil.

V. LOS PRIMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE SE APARTAN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años se han dictado varias sentencias de Audiencias Provinciales que consideran excesivamente rigurosa la doctrina del Tribunal Supremo sobre la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta.

- i) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 4.^a, núm. 302/2020, de 8 de junio:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago de una sola mensualidad de renta de un arrendamiento de local de negocio sujeto a la LAU 94 de larga duración —17 años— en el que se formula demanda en el mismo mes en que se produce el impago, y se abona la renta debida pocos días después de haberse dado traslado de la demanda, no teniendo dicho pago efectos enervatorios por haberse enervado el desahucio en una ocasión anterior.

No se aprecia que haya voluntad de impago, pues se trató de un descuido, un descubierto puntual en la cuenta bancaria de tan solo días que fue subsanado en cuanto se tuvo conocimiento de ello, mediante el traslado de la demanda, sin que el arrendador hubiera avisado de impago con anterioridad a formular demanda, que hubiere sido lo procedente tras casi veinte años de duración a fin de que hubiera podido dar una explicación de lo sucedido.

Si bien en primera instancia, se desestima la demanda de desahucio por considerar que no hubo propiamente un incumplimiento que merezca tal sanción legal, la Audiencia revoca finalmente la sentencia, y condena al desahucio en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que es de obligada observancia de los tribunales de justicia, a pesar de manifestar que se trata de una doctrina excesivamente rigurosa en aquellos casos en que se constata que no hay una verdadera voluntad incumplidora, sino un mero descuido o falta de la diligencia debida.

- ii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 12.^a, núm. 402/2016, de 27 de octubre:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago del IBI de las últimas cinco anualidades de un arrendamiento de vivienda de renta antigua, en el que se había realizado un requerimiento previo a efectos enervatorios que no fue atendido por el arrendatario. Con posterioridad a la presentación de la demanda, se hace efectiva la totalidad de la cantidad reclamada y, tras los trámites oportunos, se condena al desahucio al arrendatario.

Se revoca la sentencia por la Audiencia por estimar que la conducta de la demandante incurre en mala fe, al haber acumulado la deuda hasta alcanzar una suma, que en relación a la renta, era de gran significación, haciendo dificultoso el pago de forma inmediata como es la de un solo mes que le dio la arrendadora previamente a interponer la demanda, más aún cuando el retraso

en la reclamación de dichos importes se debe a una situación confusa en la que interviene decisivamente la conducta del arrendador, y cuando el demandado si bien no atendió el pago, contestó aceptando la deuda pero solicitando alguna facilidad en el pago, la demandante debió contestar a ello fijando una postura sobre si concedía o no el aplazamiento solicitado en vez de ejercitar la acción de desahucio de forma sorpresiva.

La Audiencia constata que estamos ante un mero retraso, que extraíble de la conducta del inquilino, no hubo voluntad contraria al cumplimiento, en tanto que el arrendatario cumplió tan pronto se despejó la duda de que no se le concedía el aplazamiento solicitado.

Declara que el arrendamiento está sujeto también a las normas generales sobre obligaciones y contratos, en todos aquellos que su ley especial no regule o no lo haga con el detalle necesario.

Que para instar la resolución por falta de pago no basta con la constatación del impago, sino que ha de denotar la voluntad contraria al cumplimiento, en tanto que el desahucio es la máxima sanción al incumplimiento y, por tanto, ha de demostrarse inequívoco.

iii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sec. 3.^a, núm. 323/2021, de 1 de julio:

Se fundamenta la acción de desahucio en el impago de actualizaciones de renta por importe total de 1422,34 € de un arrendamiento de local de negocio sujeto a la LAU 94 de larga duración —de 50 años de duración—, habiéndose venido abonando puntualmente la renta y no habiéndose atendido el requerimiento de pago previo ante la existencia de controversia sobre dicho importe de actualización de renta.

Se reconoce por el arrendatario parte de la cantidad reclamada y se consigna *ad cautelam* la totalidad de la cantidad reclamada.

Se desestima la acción de desahucio por considerar que no es un incumplimiento grave que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil, autorice la resolución del contrato de arrendamiento y se condena al pago de una parte de las cantidades reclamadas por importe total de 1.361,02 € más sus intereses legales.

Se confirma por la Audiencia la sentencia desestimatoria de desahucio por impago ya que no puede considerarse que el impago al tiempo de interponerse la demanda justifique en este caso la resolución, no mediando voluntad de incumplimiento de la parte demandada, siendo manifiesta su voluntad de cumplir vinculada a la emisión adecuada de la facturación, ofreciendo una solución clara para atender a la actualización que le era exigible y a la que la parte actora hizo caso omiso y que finalmente se reduce en un importe total de 367,92 € más intereses legales. Pues si no se efectuó el pago de la actualización que la parte demandada reconoce debida desde un principio fue debido a la insistencia de la parte arrendadora en incluir también una reclamación improcedente de atrasos de actualizaciones de renta, emitiendo incluso facturas contradictorias.

Declara que a pesar de que el Tribunal Supremo ha considerado que el retraso en el pago de la renta, aunque se trate de una sola mensualidad, puede dar lugar a la resolución del contrato por falta de pago, ello no significa que todo impago justifique la resolución, pues no puede acordarse la resolución cuando esa situación de retraso o impago al tiempo de ponerse la demanda se deba a

una situación confusa, en la que además interviene de manera decisiva la conducta del arrendador y no se detecta en la parte demandada una voluntad de incumplimiento que justifique la resolución, todo ello en aplicación del artículo 1224 del Código Civil.

iv) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sec. 3.^a, núm. 516/2021, de 12 de julio:

Como hemos avanzado con anterioridad, el tribunal apreció uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora al acudir de manera inmediata al desahucio por impago ante el retraso en el pago parcial de renta y otras cantidades debidas de la mensualidad de abril de 2020 por un importe total de 518 €, esto es, en plena crisis sanitaria de la COVID-19, sin que conste previo requerimiento de pago que permitiera la regularización del pago, a sabiendas de la posición de la arrendataria ante la imposibilidad de acudir a la enervación por haberse ejercitado con anterioridad. En boca del tribunal:

«Y la conclusión no puede ser otra, asumiendo el criterio de la juzgadora de instancia, que apreciar el uso abusivo por antisocial del derecho que asistía a la arrendadora, pues ni aparecía justificado por la gravedad del incumplimiento de la arrendataria, ni por razones de imperiosa necesidad económica de aquella, y cuando todos los ámbitos de la convivencia social debían regirse por principios de solidaridad en el escenario de excepcional crisis social, de modo que la presentación de la demanda con la precipitación con que lo hizo la demandante no puede considerarse acorde a la definición constitucional del derecho de propiedad, procediendo, en definitiva, la desestimación del recurso».

V. LA PROBLEMÁTICA DE ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA Y LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS

Especial tratamiento merece la problemática planteada cuando está en juego la vivienda, al existir en estos casos un bien jurídico —el derecho de vivienda— que merece una protección jurídica de carácter reforzado.

Tras la crisis económica y financiera de 2007, se ha producido un cambio en la concepción social de la vivienda, que se ha comenzado a concebir como un derecho humano, más allá de un activo financiero, motivando que se adopten reformas de calado en nuestro país en aras a combatir de forma eficaz el acuciante problema estructural del acceso a la vivienda.

El derecho de vivienda no solo está reconocido en el artículo 47 de nuestra Constitución, sino que es un derecho de carácter universal que viene reconocido en tratados, declaraciones y convenios internacionales y europeos, bien de forma directa (art. 11.1 del PIDESC, Observación General núm. 7 del Comité DESC de la ONU) o indirecta, en la medida que forma parte nuclear de otros derechos (art. 8 de la CEDH, art. 7 de la CDFUE, art. 25 de la DUDH).

No cabe duda de que el acceso a la vivienda constituye un bien jurídico de especial protección dado su reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna. Si bien conforme a su ubicación sistemática, no cabe *a priori* otorgarle el reconocimiento de derecho fundamental, se trata de una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en los tribunales.

Nuestra Constitución en su artículo 47 no reconoce el derecho a una vivienda digna y adecuada como un auténtico derecho subjetivo del ciudadano a exigirla si no se tiene, en tanto que se encuentra regulado en el Capítulo III titulado «*De los principios rectores de la política social y económica*», configurado como un derecho social de configuración legal, un «*mandato o directriz constitucional*» (STC de 20 de julio de 1988), un principio que no genera «*derechos judicialmente actuables*» (STC de 14 de febrero de 1991), que no es susceptible de amparo constitucional (ATC de 20 de julio de 1983). No estamos ante un derecho de carácter subjetivo, sino de carácter meramente prestacional (STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de febrero de 2002), cuya satisfacción y contenido depende en buena medida de la acción positiva de los poderes públicos. Conforme a esta tesis, ni si quiera es propiamente un derecho, sino un mero principio programático que debe ser tenido en cuenta por nuestros poderes públicos en las políticas sociales y económicas que se implementen.

Se configura como un principio programático, un mandato a los poderes públicos para que orienten sus políticas a favorecer el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada (STEDH de 18 de enero de 2001; STC 31 de enero de 1984; ATS de 4 de julio de 2006; STC de 28 de febrero de 2019; y STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de febrero de 2002).

En todo caso, téngase en cuenta que esta configuración del derecho a la vivienda que hace nuestra Constitución, consistente en un mandato constitucional a los poderes públicos para que favorezcan la protección de este bien jurídico, también va dirigido a los tribunales de justicia, en tanto que poder público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Constitución.

De hecho, el derecho a la vivienda, como principio rector de la política social y económica, se ha de tener en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales o legales (STC de 5 de mayo de 1992).

Un principio que tampoco es propiamente fuente del derecho, pues no es invocable con carácter horizontal, entre particulares, sino solamente frente a los poderes públicos.

No obstante, durante los últimos años se ha ido imponiendo una tesis que declara que el derecho de la vivienda es un verdadero derecho fundamental, llegándose a calificar la tesis anterior como «*concepción inerte, inane e inconsistente de los derechos fundamentales*» y «*es este un retroceso que, además de apartarse de manera infundada e irrazonable desde una perspectiva jurídico-constitucional de los criterios consolidados en nuestra propia doctrina, es acreedor al calificativo de socialmente preocupante*» en dos votos particulares de la STC, Sala Segunda, núm. 188/2013, de 4 de noviembre. Los principales razonamientos que fundamentan esta tesis son:

En primer lugar, la conexidad con otros derechos que gozan de un reconocimiento formal en nuestra Constitución de derecho fundamental, como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1).

En segundo lugar, que aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda junto con el derecho a la no injerencia en el domicilio, el amplio margen de apreciación nacional aparece modulado por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), ya que este es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación,

su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad. En este sentido, en la medida que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente.

Y, por último, aun cuando se califique el derecho de vivienda en nuestra Carta Magna como principio rector de la política social y económica, no se trata de meras normas sin contenido (STC núm. 19/1982, de 5 de mayo), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 de la Constitución española.

i) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha llegado a reconocer de forma expresa que el derecho de vivienda es un derecho fundamental (sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13):

Cuando está en juego el derecho fundamental y universal de la vivienda, su reforzada protección jurídica exige que se realice la autoridad judicial en todo procedimiento que conlleve el desalojo forzoso de una vivienda (juicio de desahucio, ejecución hipotecaria, etc.) el necesario juicio de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y en atención a su normativa tuitiva expresada, entre otras, artículo 31 del Centro para el Estudio del Riesgo Existencial (CSER), artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Observación General número 7 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la ONU, la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad personal y familiar, artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), artículo 8 de la convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH), artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos derechos fundamentales estrechamente conectados con el derecho de vivienda.

Es doctrina consolidada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) (sentencia de 24 de abril de 2012, *Caso Yordanova y otros contra Bulgaria*; sentencia de 18 de septiembre de 2012, *Buckland contra Reino Unido*; sentencia de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*; Sentencia de 25 de octubre de 2013, *Rousk c. Suecia*; sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13; sentencia de 13 de agosto de 2008, *Caso McCann contra Reino Unido*, entre otras), ha declarado que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable.

El TEDH ha declarado que el concepto de «hogar» tiene carácter autónomo (sentencia TEDH de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*), es decir, se trata de una cuestión de hecho independiente del lugar físico que se trate (por ejemplo, tienen tal condición una caravana (sentencia TEDH de 25 de septiembre de 1996, *Caso Buckley contra Reino Unido*, Apartados 54 y 55) o la habitación de una vivienda (sentencia TEDH de 16 de diciembre de 1997, *Caso Camenzind contra Suiza*, Apartado 35), de la licitud de la ocupación conforme al

derecho nacional (exista o no título legal que la ampare), de la naturaleza jurídica del derecho (por ejemplo, la propiedad o el alquiler) (*Caso Khatun and 180 Other v. The United Kingdom* de 1997), así como de su ocupación efectiva (sentencia TEDH de 29 de mayo de 2012, *Caso Bjedov contra Croacia*).

Por consiguiente, a la hora de determinar si una decisión judicial de desalojo forzoso de una vivienda está debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, debemos indefectiblemente detenernos en lo preceptuado en el artículo 8 CEDH, y en la interpretación que del mismo formula la jurisprudencia del TEDH. Si bien es cierto que el artículo 8 CEDH no reconoce de forma expresa el derecho a una vivienda digna, sino el derecho a la intimidad personal y familiar, la vivienda constituye el espacio necesario para poder desarrollar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (STC de 29 de mayo de 2001; y STS de 27 de junio de 2006). En este sentido, téngase en cuenta que la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad pero que tiene un contenido autónomo, a la vez que presenta conexiones con el derecho de vivienda (art. 47 CE).

Tal como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 69/1999, de 26 de abril; sentencia núm. 22/1984 de 17 de febrero, sentencia del Pleno núm. 160/1991, de 18 de julio; y sentencia del Pleno núm. 59/1995, de 17 de marzo), el domicilio es relevante para el desarrollo de los derechos fundamentales y se configura como el último reducto de la intimidad personal y familiar, pues lo que se protege no es solo un espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (ATC de 3 de abril de 1989).

De conformidad con la doctrina del TEDH, toda resolución que conlleve el desalojo forzoso del domicilio debe adoptarse por el órgano judicial con una serie de cautelas en tanto que afecta derechos fundamentales del demandado —derecho a la vivienda, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad personal y familiar— que gozan del más elevado rango de protección jurídica.

En resumen, declara el TEDH (sentencia de 24 de abril de 2012, *Caso Yordanova y otros contra Bulgaria* y de 17 de octubre de 2013, *Caso Winterstein y otros contra Francia*) que para que la resolución judicial no sea constitutiva de una injerencia injustificada en los derechos fundamentales del desahuciado, la resolución judicial de condena al desalojo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que la medida esté legitimada por ley;
- b) Que la medida cumpla alguno de los fines legítimos previstos en el artículo 8.2 del CEDH: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos;
- c) Que exista una situación de imperiosa necesidad que justifique la injerencia en los derechos fundamentales. Conforme a la interpretación realizada por la sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1983, *Caso Silver vs. Reino Unido*, dicha «necesidad» no debe entenderse como sinónimo de «indispensable», pero tampoco debe asimilarse a «admisible», «normal», «útil», «razonable», u «oportuno»; y
- d) Que los perjuicios ocasionados sean proporcionales al objetivo que se persigue. Para ello, el juez debe realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad valorando el interés a proteger, la necesidad social imperiosa que motiva la intervención judicial y el grado de intensidad de la injerencia en los derechos del afectado.

En atención a lo anterior, se deberá valorar en cada caso concreto que los perjuicios ocasionados sean proporcionales al objetivo que se persigue. Para ello, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad valorando el interés a proteger, la necesidad social imperiosa que motiva la intervención judicial, y el grado de intensidad de la injerencia en los derechos del afectado.

ii) La doctrina jurisprudencial en España

Por lo que respecta a estos principios o juicios de proporcionalidad y razonabilidad, el Tribunal Constitucional ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los tribunales supranacionales europeos, adoptando el conocido «test alemán de los tres estadios»: control de adecuación, razonabilidad o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), control de necesidad de la medida enjuiciada, que se traduce en la inexistencia de una medida menos gravosa; y control de ponderación o proporcionalidad atendidas sus consecuencias, esto es, calibrando los intereses en conflicto para comprobar si las ventajas superan los inconvenientes (SSTC 62/1989; 22/1981; 34/1981; 75/193; 108/1994; 55/1996; 207/1996; 66/1995). En palabras del Tribunal Constitucional:

«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (sentencia núm. 66/1995, Sala Segunda, de 8 de mayo de 1995).

La exigencia de realizar dichos juicios de proporcionalidad y razonabilidad encuentra su fundamento en la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) y en el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Declara ROCA TRÍAS, E., que es a partir de la segunda mitad de los años 90 «cuando definitivamente cobra forma el test de razonabilidad aplicado al control de motivación de las decisiones judiciales y su derivado, al canon reforzado de razonabilidad para determinadas actuaciones, tanto judiciales como administrativas, que por su directa e intensa incidencia sobre derechos están sujetas a una obligación de motivación más exigente».

Declara el Tribunal Constitucional (sentencias núm. 50/1995, de 23 de febrero; núm. 126/1995, de 25 de julio; núm. 69/1999, de 26 de abril; y núm. 188/2013, de 4 de noviembre) que aun cuando la ley habilite al juez para resolver el desalojo forzoso en el caso concreto, ello no es suficiente, ya que en tanto que hay una afectación de derechos fundamentales, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, ponderando los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados, adoptando las cautelas precisas en cada caso para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo, y motivando debidamente la resolución que dicte en ese sentido. En este sentido, es muy ilustrativo el voto particular de varios magistrados en la sentencia núm. 188/2013, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional:

«La Sentencia constitucional de la que nos apartamos desatiende abierta y sin matización alguna las declaraciones que encierran los pronunciamientos que se vienen de mencionar, en los que el TEDH, valorando la necesidad y proporcionalidad de las medidas de desalojo, sienta una serie de criterios que es dable recoger sintéticamente del modo siguiente: a) que aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda junto con el derecho a la no injerencia en el domicilio, el amplio margen de apreciación nacional aparece modulado por el artículo 8 CEDH, ya que este es decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación, su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad; b) que adquiere una gran importancia el análisis del respeto a las salvaguardias de procedimiento disponibles para el individuo, de suerte que deberá examinarse si el proceso de toma de decisiones de las medidas restrictivas de derechos fue equilibrado y suficiente para satisfacer los intereses protegidos por el artículo 8 CEDH; c) que, considerando que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente; d) que este último elemento integra el derecho a que, cuando el demandante haya esgrimido argumentos sobre la proporcionalidad de la intervención en los procesos judiciales internos, los tribunales nacionales procedan a examinarlos en detalle y aportarán razones adecuadas para la estimación o desestimación de tales argumentos; e) que si bien la injerencia del Estado en el derecho a la inviolabilidad del domicilio ex artículo 8 CEDH puede tener una base legal en Derecho interno, es preciso justificar ad casum que es precisa la medida en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, por existir una necesidad social imperiosa; f) que en el juicio que corresponde realizar sobre ese particular, resulta obligado valorar diversos factores, entre otros que la recuperación se refiera, en su caso, a terrenos cuya ocupación ha sido tolerada desde tiempo atrás; que existan o no otros medios para resolver el problema; que concorra urgencia, que se atiendan suficientemente las necesidades de las familias afectadas y las consecuencias de su expulsión, señaladamente cuando se trata de situaciones de gran precariedad, y f) finalmente, que los supuestos en los que está en juego una comunidad entera y un asentamiento de larga duración deben ser tratados de forma absolutamente diferente de los asuntos referidos a la expulsión de un individuo de una propiedad que ocupe ilegalmente».

También encuentran cobertura constitucional estos bienes jurídicos en el derecho de tutela judicial efectiva (art. 14 CE) y en el deber de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), traduciéndose en la exigencia de un deber de motivación de carácter reforzado respecto de las resoluciones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales. Un claro exponente lo encontramos en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo, que declaró que se había vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva al no respetar el requisito de motivación reforzada el auto dictado de ejecución de condena al desalojo de la vivienda de una familia sin título ocupacional, en situación de vulnerabilidad y con varios hijos menores de edad, uno de ellos con discapacidad.

Si bien esta relevante sentencia no fue adoptada por unanimidad de la Sala —cuenta con un voto particular—, sí lo fue la posterior sentencia del Tribunal

Constitucional núm. 161/2021, de 4 de octubre, que resuelve un caso muy similar en idéntico sentido. En este último, se trata de un arrendatario de vivienda en situación de vulnerabilidad económica y con discapacidad cognitiva y que tras ser condenado al desalojo por impago de rentas y no haberse opuesto en el juicio de desahucio, se opone en sede de ejecución alegando el pago de la deuda reclamada y su situación de vulnerabilidad derivada de una enfermedad que afecta a su capacidad cognitiva y de la carencia de ingreso alguno, adjuntando informe médico hospitalario al efecto, dictándose auto desestimando la oposición por motivos formales, en tanto que ninguno de los motivos de oposición esgrimidos relativos a la situación personal del ejecutado tienen encaje en las causas de oposición tasadas del artículo 556 de la LEC, que finalmente es declarado nulo por vulnerar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del ejecutado (art. 24 CE), condenando el Tribunal de garantías a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho auto de ejecución para que pronuncie una nueva resolución judicial respetuosa con dicho derecho fundamental.

En este sentido, debe recordarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha condenado en varias ocasiones al Estado español por violación del derecho a la vivienda de ocupantes que fueron lanzados de sus viviendas sin haberse examinado la razonabilidad y proporcionalidad de la medida del desalojo por parte del juez que resolvió el lanzamiento (Dictamen núm. 85/2018; Dictamen núm. 27/2018; y Comunicación núm. 5/2015). En palabras del Comité:

«(...) para que un desalojo sea procedente debe cumplir los siguientes requisitos. En primer lugar, la limitación ha de estar determinada por ley. En segundo lugar, la limitación debe promover el bienestar general en una sociedad democrática. En tercer lugar, la limitación debe ser necesaria, en el sentido de que si existen varias medidas que puedan razonablemente obtener el fin de la limitación, se debe hacer uso de la medida que menos restringe el derecho. Finalmente, los beneficios logrados por la limitación para promover el bienestar general deben superar los impactos sobre el goce del derecho limitado. Cuánto más serio es el impacto de los derechos protegidos por el Pacto, mayor escrutinio ha de prestársele a la justificación otorgada para tal limitación. La disponibilidad de vivienda alternativa adecuada, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, y su cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos son también factores cruciales en tal examen. Será inevitable también distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras o cualquier otra entidad. Por consiguiente, el Estado parte violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona cuyo contrato de arrendamiento se dé por terminado debe ser desalojada de forma inmediata sean cuáles sean las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada. Este examen de proporcionalidad de la medida debe ser efectuado por una autoridad judicial u otra autoridad imparcial e independiente con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo. Esta autoridad debe evaluar si el desalojo se ajusta al Pacto, incluyendo los elementos del examen de proporcionalidad requeridos en el artículo 4 del Pacto tal y como han sido descritos» (Dictamen núm. 85/2018).

Así pues, si bien de la ubicación sistemática del derecho de vivienda en nuestra Carta Magna, no se colige su consideración de derecho fundamental, es necesario integrar dicha interpretación con la referida doctrina jurisprudencial

del TEDH, que es plenamente vinculante para España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, debiendo pues reconocerse dicho rango supremo de protección por nuestros tribunales internos.

En este sentido, no podemos olvidar que el artículo 10.2 de la Constitución española exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el Título I de la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos tratados y acuerdos internacionales (STC núm. 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5).

Como decíamos, el TEDH (sentencia de 10 de abril de 2012, Caso K.A.B. contra España) ha declarado que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea viene a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determinará en el orden interno el contenido asegurado por el derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo.

iii) El vector de oponibilidad del derecho a la vivienda

Una cuestión de gran interés que se suscita en torno a la citada doctrina del TEDH sobre protección del derecho de vivienda es si esta es invocable con carácter horizontal, esto es, en conflictos entre particulares o, por el contrario, como sostiene parte de la doctrina (SIMÓN MORENO, H.), tan solo es aplicable cuando la vivienda ocupada es titularidad de la Administración.

Si bien es cierto, que esta doctrina se ha aplicado tradicionalmente en desahucios administrativos, son varios los casos en que también se ha aplicado esta doctrina siendo la vivienda ocupada titularidad de un particular, como lo es el caso de las últimas sentencia de referencia dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la materia (STC, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo; y STC núm. 161/2021, de 4 de octubre).

A nuestro juicio, y tal como ya manifestamos en su día esta doctrina es plenamente aplicable a conflictos entre particulares, dado que lo relevante para determinar su aplicación al caso concreto es si la medida limita o no un derecho fundamental con independencia de la condición del ejecutante, si bien sí que será un elemento a tener en cuenta por el juez enjuiciador al realizar el pertinente juicio de razonabilidad. Así lo confirma el TEDH en resolución de medida cautelar suspensiva de lanzamiento de varias familias que ocupaban ilegalmente un edificio titularidad de la Sociedad de Gestión de Activos de la Reestructuración Bancaria, S.A. (en adelante SAREB) en el municipio de Salt (sentencia de 15 de octubre de 2013, *Caso Ceesay Ceesay y Otros contra España*), así como la contundente afirmación de los Excmos. Magistrados del Tribunal Constitucional don Fernando VALDÉS DAL-RÉ y Doña Adela ASUA BATARRITA en su voto particular en la sentencia del TC núm. 188/2013, de 4 de noviembre:

«(...) que, considerando que la pérdida del hogar es una forma extrema de intervención en el derecho recogido en el artículo 8 CEDH, cualquier persona en riesgo de sufrirla debe tener la garantía de que la medida será proporcionada y razonable, y de que esa proporcionalidad y razonabilidad las valorará un tribunal independiente».

Nótese que si bien la ley habilita al juez para declarar si un ocupante ostenta o no título posesorio, dicha cobertura legal es un elemento necesario pero no suficiente en sí mismo para condenarle al desalojo, pues la protección del derecho a la vivienda, a la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad personal y familiar, no dependen del título posesorio que se ostente sobre la vivienda habitada, motivo por el cual dicha protección debe permanecer, aun cuando decaiga el título ocupacional o ante la falta de título alguno.

El desalojo del hogar familiar, incluso cuándo conforme a la legislación interna se haya agotado el derecho a permanecer con título posesorio, debe realizarse únicamente cuándo se hayan previsto las cautelas previstas para desalojos forzosos, así como la previsión de alojamiento alternativo que no coloque a los ciudadanos en situaciones degradantes como la exclusión social sin techo (STEDH, Caso *Buckland contra Reino Unido*, de 18 septiembre de 2012; y STC, Sala Segunda, núm. 113/2021, de 31 de mayo).

iv) Medidas legislativas de protección del derecho a la vivienda

Nuestro legislador también ha tomado nota de esta doctrina jurisprudencial, legalizándola recientemente en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, al exigir que sea el juez (y no el letrado de la Administración de Justicia) quien resuelva sobre la suspensión o no de un desahucio de vivienda, y declarando para ello en su artículo 1bis, que el «*El Juez tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto*».

Si bien es cierto que el Real Decreto Legislativo 11/2020 es una normativa de carácter coyuntural que no modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legislador ha dispuesto una reforma estructural de la LEC en idéntico sentido en el Anteproyecto de Ley estatal por el derecho a la vivienda. En este sentido, declara el Preámbulo que « (...) *se amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad, se introducen diferentes mejoras técnicas en la redacción y, de acuerdo con los estándares jurisprudenciales e internacionales, no se establece un sistema de suspensión automática por el Letrado de la Administración de Justicia si se acredita vulnerabilidad, sino un sistema de decisión por el tribunal previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto (...)*».

En aras de fomentar el *affordable housing*, se han alterado en los últimos años estructuras claves de nuestro derecho civil, como son el derecho de propiedad, la hipoteca y los arrendamientos urbanos.

En particular y, sin ánimo exhaustivo, se ha aumentado la protección del consumidor hipotecario mediante la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, así como la del arrendatario de vivienda, mediante la aprobación del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y se ha aprobado un pionero Anteproyecto de ley estatal de vivienda.

Tras más de cinco años de implementación práctica de las medidas de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas para la flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante, denominada «Ley 4/2013»), que reformó sustancialmente la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos,

ha quedado patente que las mismas no han servido para alcanzar la finalidad pretendida de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, tal como algunos ya presagiaban (QUICIOS MOLINA, S.), no habiéndose producido el pretendido incremento de la oferta arrendaticia de vivienda —en 2013 el mercado del alquiler de vivienda en España representaba el 22,3%, y en 2016 el 22,2%, mientras que la media europea estaba en el año 2016 en el 30,7%—, y por el contrario, dicha reforma sí que ha servido para precarizar el mercado arrendaticio de viviendas, mediante la estandarización de contratos de una duración a todas luces insuficiente para dotar al domicilio familiar de la mínima estabilidad necesaria para garantizar el derecho a la vivienda de los ciudadanos, y ha provocado efectos inflacionarios en el mercado de alquiler de vivienda, imposibilitando de este modo el acceso del ciudadano a la vivienda por la vía del alquiler —el precio de alquiler de vivienda aumentó en España en 2017 un 8,9% mientras que el salario medio anual por persona ha crecido solamente un 0,4%—.

Nótese que España es el país de Europa Occidental con una tasa menor de vivienda en alquiler, con una ridícula tasa de vivienda social de alquiler del 2,5% del total del parque de alquiler, con solamente el 19% de los inquilinos contentos de serlo (ya que si pudieran comprarían), y con rentas inasequibles y más caras que devolver un préstamo hipotecario.

Desde los años 50, el porcentaje de hogares viviendo en alquiler ha ido en constante decrecimiento, pasando del 51% en 1950 al citado 13,1% en 2015 y la reforma liberalizadora de 2013, lejos de dinamizar el mercado de alquiler de vivienda, coadyuvó a que se produjera un aumento de los precios de alquiler en las principales urbes españolas.

Ante una desbocada escalada de precios del alquiler de la vivienda en los años 2017 y 2018, pronto hubo consenso en la sociedad y en el arco parlamentario sobre la necesidad de revertir la reforma legal de la LAU de 2013 (Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas) para que los arrendatarios volvieran a gozar de la protección legal necesaria para garantizar una mínima estabilidad y asequibilidad en el ejercicio del derecho a la vivienda por la vía arrendaticia, lo cual se instrumentó a través de la citada reforma de 2019.

El espíritu de esta reciente reforma fue impulsar nuevas medidas para garantizar la asequibilidad y la estabilidad del inquilino de vivienda en aras de que el arrendamiento se erija en una alternativa al dominio de acceso a la vivienda real y no meramente residual.

Téngase en cuenta que para que el arrendamiento sea una alternativa real al dominio, es preciso que se otorgue la seguridad en la tenencia que precisa el arrendatario para ver satisfecho su derecho a la vivienda. En este sentido, el derecho de vivienda consiste no solo en su vertiente de derecho a «acceder» a una vivienda, sino también, y no menos importante, en el derecho a «permanecer» en ella. Y para ello, es necesario garantizar al arrendatario de un mínimo de estabilidad jurídica, tal como declara el preámbulo del Real Decreto Ley 7/2019, que aleje esta forma onerosa de tenencia, de otras formas como por ejemplo, el comodato o el precario, que no se consideran formas de tenencia adecuadas para satisfacer este derecho:

«España afronta retos importantes en materia de vivienda que, en la actualidad, se ligan de manera especial a la dificultad del acceso a la misma en régimen de alquiler. La reforma liberalizadora de 2013, además de no dar los resultados esperados en lo relativo al incremento de la oferta de vivienda y la moderación de los precios,

ha situado al arrendatario de una vivienda como residencia habitual en una posición de debilidad que no responde a las condiciones mínimas de estabilidad y seguridad con las que se debe dotar al inquilino de una vivienda en posesión de justo título».

Una de las medidas estrella de la reforma de 2019 para potenciar la estabilidad del arrendatario de vivienda fue la ampliación de la prórroga obligatoria para el arrendador al plazo de cinco años del artículo 9 de la LAU, estableciendo que, si el arrendador es persona jurídica, dicha prórroga se amplía hasta 7 años de duración.

Se amplía también la prórroga legal tácita del artículo 10 de la LAU que pasa a ser, nuevamente, de tres años, como lo era en la dicción legal aplicable anterior a 6 de junio de 2013, prorrogable de año en año a disposición del arrendatario, sea el arrendador persona física o persona jurídica.

La novedad legal consiste no solamente en la ampliación de la duración de esta prórroga legal tácita, sino también, y no menos importante, en la ampliación del plazo de preaviso de las partes para evitar que entre en juego esta prórroga legal que, en el caso de que sea el arrendador quien no quiera prorrogar por más tiempo el contrato, pasa a ser de un mínimo de cuatro meses a la fecha de vencimiento del contrato, todo ello en aras de garantizar que las partes —especialmente el arrendatario— pueda conocer con un mínimo de tiempo razonable cuándo va a finalizar el contrato.

La otra medida estrella de la reforma legal arrendaticia de 2019 en favor de potenciar la estabilidad del arrendatario de vivienda es la dotación de eficacia *erga omnes* de los contratos de arrendamiento de vivienda por el plazo de la prórroga legal del artículo 9 de la LAU.

Para ello, se eliminó el artículo 7.2 de la LAU que establecía un sistema de publicidad registral (art. 32 LH) en materia de arrendamientos urbanos y que friccionaba con la redacción de los artículos 13 y 14 de la LAU que, por el contrario, aludían al tercero hipotecario de buena fe (art. 34 LH).

Se modificó el artículo 13 de la LAU sobre resolución del derecho del arrendador, como es el caso de las ejecuciones hipotecarias y las enajenaciones forzosas en vías de apremio procedentes de embargo de la finca entre otros, de tal forma que el adquirente solamente puede dar por terminado el contrato transcurridos los cinco primeros años de duración si el arrendador era persona física, o los siete años si era persona jurídica, salvo que el contrato de arrendamiento hubiere accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción o anotación de los derechos de los que dimana la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso tampoco se puede dar por terminado transcurrido el plazo de la prórroga legal.

Y que en caso de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada (art. 14 de la LAU), el adquirente, aunque sea tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (que no conoce la existencia del arrendamiento), quedará subrogado como arrendador en el contrato de arrendamiento de vivienda durante los cinco o siete primeros años de duración del arrendamiento. Transcurridos estos plazos, podrá el adquirente dar por finalizado el contrato. Pero en este caso el arrendatario podrá reclamar del enajenante (no del adquirente) una indemnización de un mes de renta por año del plazo contractual que quedase por transcurrir.

Si el contrato de arrendamiento de vivienda se concertó por un plazo superior a cinco (caso de arrendador persona física) o de siete (caso de arrendador persona jurídica) años, el adquirente se subrogará por toda la duración pactada si no es tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la LH, lo cual es el

supuesto más habitual, ya que en la escritura de venta de la vivienda arrendada debe hacerse constar la existencia del arrendamiento (art. 25 de la LAU).

El tercer supuesto que regula el artículo 14 de la LAU se refiere al caso de que las partes hubieren pactado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento. En este caso el adquirente solamente deberá soportar el arrendamiento el tiempo que en su caso reste para el transcurso de los cinco o siete primeros años de duración.

Así pues, si bien ya no es necesario inscribir el contrato de arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros por los primeros cinco años del contrato, o siete años si el arrendador es persona jurídica, será necesario inscribirlo para que tenga eficacia por el resto de tiempo de duración del mismo.

Así pues, dicha reforma de la LAU de 2019 abolió el principio legal de «venta quita renta» del artículo 1571 del Código Civil en sede de arrendamientos de vivienda, en tanto que no estamos ante un arrendamiento sobre bien inmueble, sino ante una vía de acceso del ciudadano a la vivienda, siguiendo el modelo de regulación jurídica de los países del norte de Europa con elevadas y ejemplares tasas de alquiler, como son Alemania, Suiza, y Austria, tal y como venía reclamando la doctrina más autorizada (CARRASCO PERERA, A.; NASARRE AZNAR, S.; LOSCERTALES FUERTES, D.).

En derecho comparado, los países de tradición germana siguen en arrendamientos el criterio de «venta NO quita renta» (*kauf bricht nicht miete*). En este sentido, como indican los tratadistas germanos (VON THUR, A., ENNECERUS-NIPPERDEY) el sucesor solo tiene derecho si existe el del causante, de tal forma que la compraventa de finca arrendada es una adquisición derivativa traslativa por lo que las limitaciones a qué está sometido el derecho del titular original del derecho deben transferirse al derecho del sucesor-comprador.

Téngase en cuenta que, si bien conforme a la tesis clásica el arrendamiento es un derecho personal, parte de la doctrina defiende su condición de derecho real (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.), en la medida que tiene elementos propios de los derechos reales, como es la defensa provisional *erga omnes* que la posesión del mismo le otorga y la eficacia legal a la que hemos aludido que le otorgan las leyes especiales (LAU).

Las últimas novedades legales sobre arrendamientos de vivienda vienen motivadas por las externalidades negativas de la crisis sanitaria de la COVID-19, que prevé el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

A ello, hay que sumarle las novedades legales aprobadas por las comunidades autónomas en materia de vivienda, como es el caso de Cataluña, que ha impulsado en los últimos años una batería de medidas legales que van más allá de la regulación sustantiva sobre derecho de vivienda, regulando normas de carácter procesal amparadas supuestamente en la cobertura constitucional de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas (art. 149.1.6.ª de la Constitución). En particular, nos referimos a la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética y a la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

La estabilidad, junto a los factores de la asequibilidad y de la flexibilidad, son los principales indicadores a tener en cuenta, desde la perspectiva de los intereses del arrendatario, para evaluar el grado de eficacia de la regulación sobre arrendamientos de vivienda de un Estado. En palabras de MOLINA ROIG, E., «la estabilidad es un elemento que se predica del arrendamiento cuando permita al inquilino residir en la vivienda durante un largo periodo de tiempo sin que se produzcan cambios significativos en el contrato que eviten su continuidad en la vivienda».

Con independencia de la duración del contrato, lo relevante es que el arrendatario pueda estar en la vivienda todo el tiempo que necesite para el desarrollo de su vida íntima y familiar mientras cumpla sus obligaciones.

Dicha estabilidad redundará en la eficacia del acceso a la vivienda por esta vía de tenencia, en la medida que proporciona al ciudadano beneficios integradores en la sociedad.

Para cumplir esta función integradora, el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación general número 4, establece que para garantizar el derecho a la vivienda debe asegurarse una permanencia segura en la vivienda, con una ubicación razonable que permita disponer de los servicios, materiales, facilidades e infraestructuras suficientes, y una adecuación a las necesidades culturales del ciudadano.

Naturalmente, para que se cumplan estos presupuestos es necesario garantizar que el ciudadano pueda disfrutar de estos elementos con cierta estabilidad en el tiempo.

No podemos obviar que la salud de una regulación sobre arrendamientos de vivienda también depende de los intereses del arrendador y que para potenciar la oferta de viviendas en alquiler debe existir un adecuado equilibrio entre ambos intereses en liza, lo cual no es sencillo, tal como evidencian los antecedentes históricos de nuestra regulación, que adolece de un marcado carácter pendular que ha dañado enormemente la seguridad jurídica y, que en parte explica, por qué España es uno de los países con las tasas de alquiler más bajas de Europa.

Entre los intereses del arrendador a proteger es de vital importancia la seguridad en la recuperación de la posesión de la vivienda arrendada cuando finaliza el contrato por cualquier causa. En este sentido, juega un papel fundamental el proceso de desahucio arrendaticio, siendo la herramienta procesal más relevante para dotar al arrendador de la necesaria seguridad jurídica en la recuperación de la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato, bien por impago de rentas u otras cantidades debidas, o bien por vencimiento del contrato.

La importancia de la agilidad en el desahucio por impago de rentas o por expiración de plazo es clave para la estabilidad del mercado del alquiler de vivienda, ya que el grado de eficacia del arrendador para recuperar la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato es un factor de seguridad muy relevante para sus intereses.

Para ello, las reformas legales adoptadas en su día —Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas— iban encaminadas a establecer un proceso de desahucio mucho más ágil, acortando los plazos de los trámites procesales, y erigiéndolo en un proceso sumario, especial y privilegiado, que procede en supuestos tasados y que la parte actora promueve por las siguientes finalidades: la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la finca cedida en arrendamiento.

Sin embargo, tras casi diez años desde que se implantaron dichas reformas estructurales no se han alcanzado los resultados esperados de reducción de duración de estos procesos especiales.

Si bien, de acuerdo con la regulación procesal el plazo más corto de un proceso de desahucio por impago es de tres meses, en la práctica puede durar hasta un año si el arrendatario se opone y se suspende el proceso por vulnerabilidad del arrendatario, estando la media en el año 2015 en 7 meses de duración.

Podemos afirmar que el problema no es tanto de carácter procedimental como endémico, derivado del deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, consecuencia, fundamentalmente, de la falta de medios materiales y personales.

Tal como afirma NASARRE AZNAR, S., no es necesario que exista una simetría en la protección de los intereses de ambas partes del contrato, pero sí es necesario buscar cierto atractivo en la tenencia para ambas partes, aunque tengan a menudo intereses contrapuestos.

Esta dificultad de encontrar el equilibrio justo entre los intereses de arrendatario y arrendador reside en la contraposición de dos derechos de protección reforzada, que son el derecho a la vivienda (art. 47 CE, art. 25 DUDH, art. 11.1 PIDESC, art. 34 CDFUE) y el derecho de propiedad privada (art. 33.1 CE, art. 1 del Protocolo CEDH, art. 17 CDFUE), limitado este último por la función social de la propiedad (art. 33.2 CE). Así pues, durante los últimos años son muchas las comunidades autónomas (Cataluña, Andalucía, Navarra, Comunidad Valenciana, Islas Canarias, entre otras) que en ejercicio de sus respectivas competencias en materia de vivienda han aprobado regulaciones amparadas en la función social del derecho de propiedad de tal intensidad que supone incluso una evolución del propio concepto de derecho de propiedad, caracterizado por una relajación de su consideración como derecho individual y la potenciación de su utilidad social, y por su cualidad de la plasticidad o adaptabilidad al objeto sobre el que recae, de modo que su conformación depende del bien sobre el que recae.

El hecho de que estén en juego bienes jurídicos de protección constitucional exige una especial sensibilidad en el tratamiento jurídico de los arrendamientos de vivienda, no solo por parte del legislador, sino también por parte de los tribunales, que deberán atender a los principios de proporcionalidad y razonabilidad para resolver cuestiones tan relevantes como si el retraso en el pago de la renta tiene efectos resolutorios.

v) El papel del arrendamiento en la protección del derecho a la vivienda

Si bien es cierto que en los arrendamientos de vivienda no estamos en la mayoría de veces ante una relación de consumo, el arrendatario de vivienda debe gozar de análoga protección al consumidor hipotecario en tanto que está en juego idéntico bien jurídico: el hogar familiar.

En este sentido, no es concebible que haya habido una verdadera revolución en los tribunales provocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (*Caso Aziz*, Asunto C-415/11) sobre la facultad de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios y no se haya avanzado nada cuando el riesgo de la pérdida del hogar la sufra quien accede a la vivienda por la vía arrendaticia; máxime cuando es imprescindible potenciar la estabilidad de esta tipología de tenencia para que sea una alternativa real de acceso a la vivienda por la vía de la propiedad.

No puede ser que el acceso a la vivienda por la vía del alquiler sea concebido por nuestra sociedad como una estrategia temporal previa al acceso a la vivienda en propiedad, mientras no consiga una estabilidad económica o familiar.

En este sentido, se ha pronunciado SIMÓN MORENO, H., proponiendo una reforma del proceso de desahucio para que se pueda discutir la abusividad de una cláusula contractual en este proceso sumario, de forma análoga a lo dispuesto por la nueva causa de oposición a la ejecución hipotecaria del artículo 695.1.4.^a de la LEC que dispuso la Ley 1/2013 en protección del deudor hipotecario.

El especial canon de proporcionalidad al que deben someterse los tribunales que resuelvan la colisión de bienes jurídicos constitucionales y el posible sacrificio del derecho de vivienda exigen no solamente que la resolución que se dicte esté especialmente motivada, sino que se dote a la regulación del proceso de desahucio disponga de las herramientas jurídicas necesarias para permitir un examen completo y contradictorio, que permita al demandado afectado alegar las cuestiones que considere pertinentes en su defensa (STEDH de 16 de julio de 2009).

Es cierto que nuestra LEC prevé varios supuestos en los que se puede suspender el desahucio, pero tal como ha declarado el TEDH en sentencia de 22 de octubre de 2009, el simple retraso del proceso no es suficiente para dar cumplimiento al citado principio de proporcionalidad. Conforme a la doctrina de este Tribunal, los demandados en un proceso de desahucio deberían poder alegar el impacto del proceso en los derechos regulados en el artículo 8 del CEDH.

Para que la resolución judicial no sea constitutiva de una injerencia injustificada en los derechos fundamentales del arrendatario, deberán respetarse los requisitos que el TEDH ha declarado en las ya citadas sentencias de 24 de abril de 2012 (*Caso Yordonova y otros contra Bulgaria*) y de 17 de octubre de 2013 (*Caso Winterstein y otros contra Francia*).

Nótese que si bien la ley habilita al juez para declarar la extinción del título arrendaticio al constatar el impago de la renta o el vencimiento del contrato, dicha cobertura legal es un elemento necesario pero no suficiente en sí mismo para condenar al desalojo al arrendatario pues la protección del derecho a la vivienda, la inviolabilidad del domicilio, y el derecho a la intimidad personal y familiar, no dependen del título posesorio que se ostente sobre la vivienda habitada, motivo por el cual dicha protección debe permanecer aun cuando decaiga el título arrendaticio.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la sumariedad del proceso de desahucio se ha atemperado, flexibilizando la limitación cognitiva, ampliando para ello los motivos de oposición del demandado, a pesar de que haya pasado prácticamente inadvertida dicha modificación legal por los tribunales.

De entrada, el epígrafe XII de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 mantiene la clásica configuración del juicio de desahucio por falta de pago como un proceso de carácter sumario, en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba. Así, en el citado apartado se explica:

«En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que [...] resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler».

El artículo 250.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente remite al juicio verbal la tramitación de las demandas que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con

fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. Y, ya en el seno de dicho procedimiento, el artículo 444 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el título «Reglas especiales sobre el contenido de la vista», concretaba los motivos que podían oponerse, en consonancia con el carácter sumario del cauce articulado:

«1. Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada solo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».

A tal fin, el artículo 440.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía la necesidad de informar al demandado sobre la posibilidad de enervar la acción de desahucio:

«En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el tribunal indicará, en su caso, en la citación para la vista, la posibilidad de enervar el desahucio conforme a lo establecido en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley».

El problema surge a raíz de las sucesivas reformas del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivadas fundamentalmente por el propósito de agilizar los trámites y realizadas sin tener en cuenta una mínima sistemática.

De este modo, tras unas primeras modificaciones por la Ley 23/2003, de 10 de julio, que se limitó a recoger el compromiso del arrendador a condonar la deuda en caso de desalojo voluntario por parte del arrendatario, a modo de allanamiento *sui generis*, y por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, que concentró trámites y redujo plazos, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, animada por el mismo propósito, dio una nueva redacción al apartado 3 del artículo 440, cuyo párrafo primero quedó plasmado en los siguientes términos:

«En los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».

En consecuencia, desde el momento en que ambas normas, el artículo 440.3, párrafo 1.º y el artículo 444.1, se refieren al mismo procedimiento, esto es, el juicio de desahucio por falta de pago de la renta, siendo la modificación de la primera posterior en el tiempo a la segunda, hemos de entender que implícitamente se ha producido una ampliación de los motivos de oposición que puede

alegar el demandado o, en otras palabras, sin alterar el presupuesto de que nos hallamos ante un proceso sumario (según continúa afirmando el artículo 447.2 LEC), las causas oponibles se han extendido desde la alegación y prueba del pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación, a la alegación y prueba de «*las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación*».

A la vista de lo anterior, podemos concluir que en base al principio *lex posterior derogat priori* contenido en el artículo 2.2 del Código Civil, que en 2011 quedó derogado tácitamente el artículo 444.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los motivos de oposición del juicio de desahucio por impago, siendo de aplicación a partir de dicho momento el nuevo redactado del artículo 440.3, dado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. En este sentido, se ha pronunciado recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 1.ª, número 114/2021, de 24 de febrero:

«Quiere esto decir que, en principio, podrán alegarse, y serán susceptibles de prueba, todas aquellas cuestiones que justifiquen la inexistencia total o parcial de la deuda, siempre con las limitaciones inherentes a la sumariedad del expediente de que se trata y que se traduce en la ausencia de fuerza de cosa juzgada de la resolución que ponga fin al procedimiento».

A la vista de este distinto tratamiento jurídico mucho más protector con el consumidor hipotecario que con el arrendatario de vivienda, no es casual que en los últimos años se hayan producido muchos más desahucios por impago de rentas que lanzamientos por impago de préstamos hipotecarios.

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de personas en riesgo de exclusión residencial, afirma que durante el año 2015 en Cataluña se produjeron más de 15 000 lanzamientos, de los cuales más de 5000 correspondían a ejecuciones hipotecarias y cerca de 10 000 a desahucios por impago.

VII. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno de los motivos para formular recurso de casación en el orden civil es que la resolución del recurso presente interés casacional.

Define el apartado 3 del artículo 477 el interés casacional como «*cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido*».

El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 —que sustituye al Acuerdo de 30 de diciembre de 2011— amplió el concepto de interés casacional para el caso de que aun no existiendo doctrina del Tribunal Supremo a la que se oponga la sentencia objeto de recurso de casación ni tampoco existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la doctrina

jurisprudencial de la Sala ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Si bien se trata de un nuevo motivo de recurso de casación se aplicará de forma extraordinaria, esto es, solamente cuando a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, considere que su jurisprudencia deba ser modificada.

Para que el Alto Tribunal aprecie este motivo de casación es necesario justificar debidamente el pretendido cambio jurisprudencial interpretativo mediante la cita de varias sentencias de audiencias provinciales que suscriban dicha modificación jurisprudencial y que deberán ser actuales en aras a justificar la novedad o actualidad de los fundamentos de admisión y a los efectos de su ponderación como *communis opinio*, así como estudios de la doctrina científica sobre la materia que evidencien ese sentir mayoritario de la comunidad jurídica que exige el citado Acuerdo de la Sala de lo Civil (AATS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2020; y de 3 de junio de 2014; de 20 de diciembre de 2017; y STS, Sala de lo Civil núm. 454/2018, de 18 de julio).

En este sentido, no es suficiente con la mera discrepancia con los razonamientos de la sentencia recurrida, la cual es totalmente legítima y puede estar fundada en postulados válidos jurídicamente, ya que no se trata de ajustar la doctrina jurisprudencial a los postulados del recurrente, sino de que dichos postulados sean compartidos por el sentir mayoritario de la comunidad jurídica.

A nuestro juicio, concurre este motivo de interés casacional, en la medida que es necesario modificar la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas (sentencias núm. 137/2014, de 18 de marzo; núm. 180/2014, de 27 de marzo; núm. 755/2008, de 24 de julio; núm. 1219/2008, de 19 de diciembre; núm. 594/2011, de 9 de septiembre; núm. 180/2014, de 27 de marzo; entre otras) relativa a la interpretación del artículo 27.2.a) de la LAU 94 para adaptarla a la evolución de la realidad social y de la común opinión de la comunidad jurídica (FERRER I RIBA, J.; ADÁN DOMÉNECH, F.; MOLINA ROIG, E.; SIMÓN MORENO, H.; entre otros).

Como decíamos con anterioridad, para resolver si el impago de la renta tiene efectos resolutorios, habrá que estar al concepto de «incumplimiento esencial» de la interpretación doctrinal del artículo 1224 del Código Civil, de tal forma que el juez debe valorar en el caso concreto si el retraso en el pago tiene la entidad suficiente como para frustrar la finalidad del contrato.

La procedencia de la eficacia resolutoria del retraso en el pago de la renta y otras cantidades debidas no puede resolverse sin realizar el pertinente juicio de ponderación en el caso concreto con base en los criterios interpretativos expuestos del artículo 1124 del Código Civil integrados por los principios del *soft law* contractual europeo.

La valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base del negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

De tal forma que si analizamos la naturaleza de un contrato de arrendamiento —contrato bilateral, de tracto sucesivo y de larga duración— se hace difícil sostener que el mero retraso en el pago de una sola mensualidad de renta sea un incumplimiento que afecte de modo esencial a la economía del contrato, que tenga la suficiente entidad como para frustrar la finalidad del contrato, ya que no deja de satisfacer, aun con reparos, el interés del acreedor.

Más aún cuando debe imponerse una interpretación restrictiva de dicho incumplimiento obligacional en virtud del principio de conservación del negocio jurídico (arts. 1284 y 1289 CC), principio que ha adquirido una especial relevancia en la actual coyuntura de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, cuya aplicación ha evitado una masiva destrucción del tejido comercial y económico español ante una situación generalizada e imprevisible de impagos de renta de muchos negocios.

Así pues, para realizar dicha ponderación, habrá que realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, sin ánimo exhaustivo:

- i) La finalidad del contrato
- ii) La duración de la relación contractual
- iii) La cuantía del impago
- iv) Los conceptos impagados
- v) Si la arrendadora ha cumplido con sus obligaciones contractuales
- vi) Si existe voluntad de incumplir
- vii) Si existía un término esencial en la obligación de pago
- viii) La situación de vulnerabilidad del hogar
- ix) La economía del arrendador

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2010). *Los juicios verbales en materia arrendaticia*. Barcelona: Ed. Bosch.
- ALIA NOMBELA, T. (1988). *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 120.
- ARAMBURU OTAZU, M.(2010). *La resignificación de la tenencia de la vivienda en Cataluña delante de la crisis económica: aproximación a través de grupos de discusión*. Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana de la Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2013). *Tratado de Contratos*, T. I. (Dir.), 2.ª edición, Valencia. Tirant lo Blanch.
- (2020). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Séptima edición, Ed. Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El incumplimiento esencial como categoría y su régimen diferenciado del incumplimiento obligacional resolutorio, *Actualidad Civil* núm. 9, septiembre 2014, p. 922, Tomo 2, Ed. La Ley.
- CARRASCO PERERA, A. (1984). El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, núm. 11, mayo-agosto.
- (2012). Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos de Viviendas, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 4.
- CASADEVALL, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- CASADO ROMÁN, J. (2018). La resolución contractual en el derecho civil español, *Actualidad Civil* núm. 3, marzo. Ed. Wolters Kluwer.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; y MORALES, A.M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Ed. Civitas.

- ENNECERUS-NIPPERDEY (1935). *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1935.
- FENOY PICÓN, N. (2005). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo/agosto.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (Coord.) (2021). El juego del olvidado artículo 29 LAU en el incidente ocupacional del proceso de ejecución, *Revista Justicia* núm. 1.
- (2021). El retraso en el pago de la renta como causa de resolución contractual, *Actualidad Civil* núm. 4, de 1 de abril, Ed. Wolters Kluwer.
 - (2020). Riesgos de inconstitucionalidad de la regulación del juicio de desahucio arrendaticio, *Práctica de Tribunales* núm. 143, marzo-abril, Ed. Wolters Kluwer.
 - (2021). ¿Cabe la enervación parcial en el juicio de desahucio?, *Actualidad Civil* núm. 3, de 1 de marzo, Ed. Wolters Kluwer.
 - (2021). El laberinto jurídico de los juicios de desahucio por impago y su problemática práctica, *Práctica de los Tribunales*. Ed. Wolters Kluwer.
 - (2019). El nuevo Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos arrendaticios de derecho sustantivo y procesal. *Revista de Derecho Inmobiliario* núm. 72, marzo, Ed. Francis Lefebvre.
 - (2021). La derogación tácita del artículo 444.1 de la LEC. *Diario La Ley* núm. 9879, de 25 de junio. Ed. Wolters Kluwer.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (Coord.) (2019). *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*, Ed. Wolters Kluwer.
- (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*, Pasquau Liaño, M. (Dir.), segunda edición, Ed. Comares, Tomo II.
- HERRANZ CASTILLO, R. (2003). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución, *Diario La Ley* núm. 5823, Sección Doctrina, 14 de julio, Año XXIV, Ref. D-166, Ed. La Ley.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2018). *Arrendamientos Urbanos Legislación y Comentarios*, Ed. Sepín, décima edición.
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2009). El concepto jurisprudencial de «mero retraso» (Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo que fija nueva doctrina respecto de la falta de pago de las rentas), *Diario La Ley* núm. 7089, de 9 de enero, Ed. La Ley.
- MESSÍA DE LA CERDA, J.A. La función social de la propiedad de la vivienda y las normas autonómicas, *RCDI* núm. 782, 3417-3465.
- MOLINA ROIG, E. (2018). Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo», Ed. Tirant Lo Blanch, 445.
- NASARRE AZNAR, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*, Ed. Tirant Lo Blanch.
- La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda alquiler en un contexto europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 747.
- NASARRE AZNAR, S.; KENNA, P.; BENJAMINSEN, L.; BUSCH-GENTSEMA, V.; *Pilot Project- Promoting protection of the right of housing- Homeless prevention in the context of evictions*, de la Comisión Europea, Dirección General de Trabajo, Asuntos Sociales e Inclusión (Ref. VC/2013/0611).
- NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (Dirs.) (2018). *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*, Ed. Atelier.

- PICÓ I JUNOY, J. (2017). Lectura positiva del acuerdo de 27 de enero de 2017 del pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de Tribunal Supremo, *Diario la Ley* núm. 8942, de 16 de marzo. Ed. Wolters Kluwer.
- QUICIOS MOLINA, A. (2012). La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8, Ed. Aranzadi.
- ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, A. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, en *Conferencia Trilateral de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*. Roma, octubre.
- SALA I ROCA, C. (2020). El derecho de propiedad y los límites de la función social en el alquiler de viviendas, septiembre, *Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona*.
- SIMÓN MORENO, H. (2014). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español, *Revista Teoría y Derecho* núm. 16.
- VON THUR, A. (1974). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ed. De palma.

1.6. Responsabilidad civil

Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial. Últimas novedades*

Adapt or rethinking Directive 85/374 on liability for damage caused by defective products to artificial intelligence. Latest news

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA

*Profesora titular Derecho civil Universidad Complutense de Madrid
Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la UCM
(IDEIR)*

*Codirectora del Grupo de Investigación UCM
«Derecho de Daños. Derecho de la contratación»*

RESUMEN: Estamos inmersos en una completa revolución tecnológica que hacen aconsejable y necesaria la adecuación de las normas existentes, a los productos de la economía digital y circular, con conceptos novedosos y otros actualizados y con cadenas de valor en las que intervienen múltiples agentes hasta ahora desconocidos o irrelevantes para la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos defectuosos. Por lo pronto, la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial (2021), a pesar de ser el primer marco normativo sobre la materia, no se ocupa de la responsabilidad civil. De ahí que teniendo en cuenta las relevantes aportaciones que este marco incorpora, sea necesario analizar el concreto régimen especial de responsabilidad civil por producto defectuoso contenido en la Directiva 85/374. Iniciada consulta pública sobre como adaptar este texto a la IA, no podemos perder de vista que incluir estos sistemas de IA en dicho marco normativo no podrá suponer reducir garantías para los perjudicados. Esto ha determinado que, finalmente, el 28 de septiembre de 2022, la UE haya optado por dos propuestas de Directivas diferenciadas (sobre productos defectuosos, y sobre inteligencia ar-

* Este artículo toma como base la publicación del mismo nombre: «Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial», publicada en *Diario La Ley. Ciberderecho*, 28 de febrero de 2022, y a ella se incorporan algunas precisiones y actualizaciones. Además, fue objeto de ponencia expuesta sobre «La responsabilidad por productos defectuosos ante la IA», en el *I Encuentro Hispano-Luso sobre Europa Digital*, celebrado en Oporto los días 9 y 10 de marzo de 2022. Este trabajo forma parte de estudios realizados en el marco del Proyecto Nacional I+D «Hacia una Justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea» (PID2019-103909GB-I00), y del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

tificial). No obstante, nos centraremos en el estado de la cuestión antes de estas Propuestas que acabamos de conocer, y a las que les queda un largo recorrido.

ABSTRACT: We are immersed in a complete technological revolution that makes it advisable and necessary to adapt the existing regulations to the products of the digital and circular economy, with new concepts and other updated ones, and with value chains in which multiple agents intervene, hitherto unknown or irrelevant to Directive 85/374 on liability for defective products. For now, the proposed Regulation on Artificial Intelligence (2021), despite being the first regulatory framework on the matter, does not deal with civil liability. Hence, taking into account the relevant contributions that this framework incorporates, it is necessary to analyze the specific special regime of civil liability for defective products contained in Directive 85/374. Once the public consultation has begun on how to adapt this text to AI, we cannot lose sight of the fact that including these AI systems in said regulatory framework cannot mean reducing guarantees for those affected. This has determined that, finally, on September 28, 2022, the EU has opted for two proposals for differentiated Directivas (on defective products, and on artificial intelligence). However, we will focus on the state of the matter before these Proposals that we have just learned about, and which have a long way to go.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil. Inteligencia Artificial. Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). Consulta de la Comisión Europea sobre la adaptación de las normas de responsabilidad a la era digital y la inteligencia artificial.

KEY WORDS: *Civil Liability. Artificial Intelligence. Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). European Commission consultation on adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence.*

SUMARIO: I. EN BUSCA DE UN MARCO JURÍDICO ARMONIZADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA IA.—II. INICIALMENTE IMPULSAR LA ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA 85/374.—III. ALGUNAS DE LAS MEDIDAS PRECEDENTES ADOPTADAS POR LA UE PARA PROMOVER LA IA.—IV. MARCO COMÚN NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO ¿Y EN LA IA?: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. SUJETOS OBLIGADOS Y SUJETOS RESPONSABLES. 3. SUJETO PROTEGIDO. 4. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CAUSAS DE EXONERACIÓN. 5. DAÑOS CUBIERTOS Y DAÑOS NO INDEMNIZABLES AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 85/374.—V. CUÁL ERA EL OBJETIVO DE LA CONSULTA.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EN BUSCA DE UN MARCO JURÍDICO ARMONIZADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA IA

La Comisión europea impulsa la reforma de la Directiva 85/374/CEE¹ sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (consulta

publicada el 25 de octubre de 2021), para adaptarla a los profundos cambios producidos por la digitalización, y muy especialmente, para dar respuesta a los muchos retos pendientes que plantea la IA. Para esta última, se ha presentado un primer y gran marco reglamentario. Por lo que, el punto de partida de la inevitable reforma de la Directiva 85/374, lo es la Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia Artificial publicada el 21 de abril de 2021, de la Comisión europea², que aunque adopte la forma y el fondo de un Reglamento, se pretende que sea conocida como «Ley de Inteligencia Artificial» (en adelante, «propuesta LIA» o «LIA», o simplemente, «propuesta de Reglamento»). En dicho marco normativo aparece como objetivo que, habrán de armonizarse normas que deberán tener en cuenta los intereses de productores, proveedores y empresarios de estas tecnologías emergentes, y los de los usuarios de las mismas. Y aunque esta propuesta de Reglamento no será aplicable a aquellos «usuarios» que utilicen un sistema de IA «cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional», entiendo que serán de aplicación, entre otras, las definiciones y clasificaciones de estos tipos de sistemas, y que tendrán incidencia al tiempo de fijar la responsabilidad civil por productos defectuosos vía adaptación de la Directiva 85/374. El iter pendiente no será fácil, pero si queremos que el desarrollo e implementación de estas nuevas tecnologías, principalmente la inteligencia artificial, sean aceptadas por el conjunto de la sociedad por ofrecer un marco normativo seguro, fiable, que facilite la innovación y su desarrollo, y que responda frente a los riesgos creados, habrán de garantizarse los derechos fundamentales y valores de la Unión.

Así es, previo a esta reforma que ahora se impulsa en materia de productos defectuosos, para responder en nuevos contextos tecnológicos, la Comisión europea presentó el 21 de abril de 2021 una Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia artificial, con el objetivo de la Unión de «preservar su liderazgo tecnológico y garantizar que los europeos puedan aprovechar nuevas tecnologías» y que estas «se desarrollen y funcionen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE». Para ello, el firme propósito de la Comisión de: (i) abordar la progresiva implantación de los distintos desarrollos de la inteligencia artificial, beneficiosos para el conjunto de la sociedad, y (ii) contemplar y abordar los riesgos para la seguridad y los derechos fundamentales de los usuarios. Se trata de presentar normas armonizadas que posibiliten «un marco jurídico destinado a lograr que la IA sea fiable» y que basándose en «los valores y derechos fundamentales de la UE», por un lado genere confianza y seguridad entre los usuarios potenciales, y por otro, impulse a las empresas en el compromiso con el desarrollo, la innovación y puesta en el mercado de estos sistemas de IA³.

Sea como fuere, la Propuesta de Reglamento ha generado ya un enorme impacto en la materia. Por lo pronto, pone negro sobre blanco y apunta a otras normas europeas con plena vigencia en este marco regulatorio horizontal, aplicable a cualquier sector, o bien porque ya se utilizan estas nuevas tecnologías, o porque se utilizaran en un futuro. Así, precisa la necesaria coherencia de la Propuesta con otras normas del acervo comunitario. Por lo que advierte que deben tenerse en cuenta, la Carta de los Derechos de la UE, y el Derecho derivado de la Unión vigente en materia de: protección de datos, protección de los consumidores, no discriminación e igualdad de género. Lo que nos lleva, entre otros marcos existentes, al RGPD, a la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, o a la Directiva 2001/95 sobre seguridad general de los productos⁴.

Por lo pronto, la propuesta de una legislación horizontal sobre la IA en abril de 2021, ha mostrado un sistema con caracteres claramente disruptivos y ajenos al régimen normativo de 1985 (nuevas definiciones y sujetos participantes en la cadena de valor de la IA, los datos o la capacidad de aprendizaje, entre otros) que obliga a la adaptación de la Directiva referida. La Consulta ha estado abierta desde 18 de octubre de 2021 al 10 de enero de 2022, y la masiva participación desde los distintos países, instituciones, organizaciones o particulares, es solo la muestra de que el marco normativo vigente sobre responsabilidad del productor por daños por productos defectuosos, frente a cualquier perjudicado, habrá de adaptarse a estas tecnologías innovadoras y vendrá a complementar la normativa sobre IA.

Esto último no es nuevo, el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 85/374, de 7 de mayo de 2018⁵, ya advirtió que aun cuando la norma europea sobre responsabilidad por productos defectuosos sigue siendo «una herramienta adecuada» para responder a los productos tecnológicos, era difícil de aplicar a productos en la economía digital y circular. Por lo que sugería que, ante los múltiples interrogantes que se presentan, la Comisión llevara a cabo una consulta general con todas las partes interesadas, con la pretensión de abordar la adecuada aplicación de la Directiva ante las tecnologías digitales emergentes. Precisa que es necesario aclarar y adaptar conceptos jurídicos como «producto», «productor», «defecto» «daño» y «carga de la prueba» a la nueva realidad tecnológica. Advirtió también, la dificultad que supone para los usuarios, el obtener una compensación por daños, ante la propia imposibilidad de probar el defecto en productos complejos. Las casi cuatro décadas de vigencia útil de la Directiva, que ha garantizado que los productores respondan «de los daños causados por los defectos de sus productos» (art. 1 de la Directiva), frente a cualquier perjudicado, empieza a ser insuficiente cuando los retos que tienen que ver con la inteligencia artificial introduce nuevos elementos, complejos, intangibles, y en muchos casos ingobernables, que es probable que escapen del control del productor.

II. INICIALMENTE, IMPULSAR LA ADAPTACIÓN DE LA DIRECTIVA 85/374

Así las cosas, es obligado que nos adentremos en la reforma impulsada desde la UE de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ante la dificultad de su aplicación a productos que contienen tecnología digital, y que en su mayoría presentarán gran complejidad a los efectos de determinar tanto la causa del daño como el sujeto al que le es atribuible. Así es, una de las piedras angulares sobre las que reposa la responsabilidad extracontractual está en la identificación de la causa del daño y en la atribución de quién debe responder por el mismo, imputación objetiva e imputación subjetiva (atribución), como las dos caras de la misma moneda. Pero si esto, hasta ahora, en materia de producto defectuoso y consiguiente aplicación de la Directiva 85/374 y normativas de los Estados miembros, no ha estado exento de dificultades, es evidente que los nuevos desarrollos de la inteligencia artificial en todos los sectores sociales y económicos, su implantación, y el progresivo funcionamiento autónomo en la asunción de actuaciones hasta ahora realizadas por humanos y/o gobernadas por estos, requieren de normas claras y armonizadas. Sin duda, hay que garantizar que, cuando se materialice el riesgo y se produzca el daño, el perjudicado sea resarcido por el perjuicio causado por un producto —o servicio—, automatizado.

Ahora bien, esto, con la normativa vigente sobre responsabilidad civil por producto defectuoso, contenida tanto en la Directiva 85/374 como en nuestra norma interna en la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios (en adelante TRLGDCU, o TR 1/2007), artículos 128 y siguientes, y con una eficiencia y validez que se acerca a las cuatro décadas, parece que no posibilita soluciones válidas para los productos con sistemas de IA, aunque estos lo sean de bajo riesgo, como los sistemas domóticos inteligentes. Tengamos en cuenta que, las fuentes de riesgo provienen de otros elementos que nos han sido ajenos hasta época muy reciente, los algoritmos, los datos, y el software creado, junto a que por su posibilidad de aprendizaje habrán de ser tenidos en cuenta en la imputación objetiva y subjetiva por los daños causados por el producto defectuoso.

III. ALGUNAS DE LAS MEDIDAS PRECEDENTES ADOPTADAS POR LA UE PARA PROMOVER LA IA

La Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia Artificial forma parte de un paquete integral más amplio de medidas que fue iniciado en la Unión Europea con el *Proyecto RoboLaw* (2012-2014)⁶, y al que le han sucedido no pocos documentos emitidos por la UE, como muestra no solo del interés por la materia desde todos los ámbitos internacionales, sino también del papel preponderante por el que ha optado la UE para promover la IA y hacerlo en un marco seguro para los ciudadanos. Para iniciar el proceso de armonización de la normativa europea en la materia, las instituciones de la Unión, en un plazo muy breve, se han valido de distintos instrumentos que, por orden cronológico, se pueden resumir en los siguientes hitos:

a) la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))⁷;

b) la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «La construcción de una economía de los datos europea», de 10 de enero de 2017, en la que se plantea la posibilidad de aplicar la Directiva 85/374, de responsabilidad por productos defectuosos, en el contexto de tecnologías emergentes como el internet de las cosas (IoT) y los sistemas conectados autónomos, como los robots. Puestos en valor las características de estos sistemas más o menos autónomos respecto del productor o proveedor, hará que la Comisión se cuestione si se pueden encuadrar bajo el concepto de productos o servicios, e incluso si encajan en la concepción de producto defectuoso utilizado en el marco de la prestación de un servicio. Se trata de dar respuesta a la tradicional responsabilidad por producto, principalmente, sin olvidar, si procede, la responsabilidad del prestador de servicios.

c) el conocido como Dictamen «de iniciativa» sobre «Inteligencia Artificial, sobre «las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad», del Comité Económico y Social Europeo (CESE), emitido el 31 de mayo de 2017⁸. Este, recomienda a la UE que asuma y ejerza un papel de liderazgo mundial «en la adopción de marcos políticos uniformes y universales para la IA, de conformidad con los valores europeos y los derechos fundamentales». Y advierte que, aunque son muchos los desafíos, prima que el desarrollo de la IA esté basado en el control humano (*human-in-command*), y que se elabore un código deontológico que

haga compatible la IA con los derechos fundamentales, cuyo desarrollo lo sea bajo normas de seguridad. Pone también de relieve el rechazo de cualquier tipo de personalidad jurídica para los entes autónomos.

d) la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la Inteligencia artificial para Europa, de 25 de abril de 2018⁹. Además de un análisis detallado del estado de la cuestión, precisa que la Unión cuenta con elementos sólidos para liderar la revolución tecnológica, además de contar con el marco jurídico adecuado y completo, que protege a los consumidores.

e) la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Inteligencia artificial para Europa», de 25 de abril de 2018, en la que entre otros aspectos, la Comisión anuncia la publicación de un documento de orientación para la interpretación de la Directiva 85/374, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (que será el último y 5.º informe existente hasta la fecha), y que intentará resolver si este da respuesta a los nuevos sistemas de IA, IoT y robótica. En esta Comunicación definirá, en términos aún difusos, que se entiende por IA¹⁰.

f) el Informe de la Comisión, de 7 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 85/374 acerca de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos¹¹, que aunque inicialmente tenía por finalidad hacer un diagnóstico de los grandes cambios que se han producido entre 1985 y 2018, dio un paso más. Por primera vez, apunta a los grandes retos a los que nos enfrentamos en cuestiones como la digitalización, el internet de las cosas, la IA y la ciberseguridad. Y tras un análisis preliminar, determina que hay que promover una consulta general, alcanzar acuerdos con todas las partes, elaborar una orientación pormenorizada de cómo aplicar la Directiva en la actualidad, y abordar un marco normativo propicio en materia de responsabilidad por productos, adecuado a la regulación industrial inteligente. A lo que concluye que, la Directiva 85/374, útil y eficaz hasta ahora, sería objeto de análisis por un grupo de expertos. Estos centrarían su estudio en dos aspectos claves: por un lado, era preciso examinar la correcta interpretación, aplicación, y no descartada actualización de la Directiva, para conocida la evolución jurisprudencial tanto de la UE como de los Estados miembros, examinar las implicaciones de las emergentes tecnologías en el ámbito de la responsabilidad por productos. Por otro, había que evaluar si el régimen general de responsabilidad por productos defectuosos es adecuado para responder antes las nuevas tecnologías y si sigue posibilitando el ansiado equilibrio entre estabilidad de inversiones y confianza de los consumidores. Es más, aunque concluye que la Directiva «es una herramienta útil para proteger a los perjudicados y garantizar la competencia en el mercado único», se cuestiona si sigue siendo «eficaz» para garantizar la compensación a los particulares en los nuevos contextos. Veremos, sin embargo, que después de todo, será necesaria una revisión en profundidad. No olvidemos, y así se advierte que, tanto la seguridad como la responsabilidad de los productos —en caso de producirse daños— constituyen un aspecto fundamental para el crecimiento exponencial de la IA, y que el principio general de responsabilidad objetiva en este contexto de producto defectuoso, habría de mantenerse sin cambios.

g) el «Informe sobre responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes», emitido en noviembre de 2019 por el Grupo de Expertos creado por la Comisión europea en marzo de 2018. Este, con la pretensión de dar respuesta a si la Directiva de productos defectuosos

y la configuración de la responsabilidad civil, según los distintos informes, es capaz de dar soluciones a las tecnologías emergentes, en concreto, a las nuevas realidades cambiantes surgidas con la robótica y la IA. En dicho informe se pone de manifiesto la conveniencia de admitir un sistema de responsabilidad objetiva, y de hacer este compatible con supuestos en los que, el adecuado uso por el usuario, nos deriva a un sistema de responsabilidad subjetiva o basado en la culpa. Se expresa además, el rechazo pleno a cualquier atribución de personalidad jurídica a este conjunto de tecnologías de rápida evolución como son los robots o cualquier ente autónomo asociado a la IA.

h) el compromiso político de la presidenta Von der Leyen, de que la Comisión presentaría propuestas de legislación en materia de IA empezó a dar sus frutos, y así, el 19 de febrero de 2020, la Comisión publica el «Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza». En este, por la convergencia de tecnologías digitales disruptivas y cambiantes, decididamente aceptadas por los beneficios socioeconómicos que la IA representa, se abordan los problemas y riesgos derivados de su desarrollo y utilización. Entonces queda fijado un doble objetivo: promover la adopción de la IA y abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta tecnología. Para alcanzar esta ambivalente pretensión, se pone de manifiesto que, hay que promover la IA en un marco jurídico seguro y fiable para los ciudadanos y otros usuarios, con la premisa de que la IA «debe ser un instrumento para las personas y una fuerza positiva en la sociedad, y su fin último debe ser incrementar el bienestar humano».

i) Tras el Libro Blanco, y con las prioridades políticas de la Comisión en materia de IA muy definidas, el 20 de octubre de 2020, por el Parlamento Europeo, se publican una serie de resoluciones destinadas a la Comisión en las que partiendo de la creciente evolución de la IA y de las tecnologías emergentes similares, se proponen actuaciones legislativas concretas que garantice un marco jurídico seguro para el adecuado desarrollo e implementación de la IA: cuestiones como la ética¹², los derechos de propiedad intelectual¹³ y la responsabilidad civil¹⁴ son el objeto de estas resoluciones del Parlamento. A estas, le han seguido otras actuaciones del Parlamento en el año 2021 (sobre IA en el ámbito penal y su utilización por autoridades policiales y judiciales en dicho contexto, o sobre la IA en los sectores educativo, cultural y audiovisual). Ahora bien, por primera vez, se expone que es necesario fijar un régimen de responsabilidad propio en materia de IA, y que este deberá estar condicionado a un amplio debate jurídico. Y aunque en el texto se contienen conceptos y reglas específicas que proporcionen un marco jurídico horizontal y armonizado para todos los sistemas de IA, se fija como propósito adaptar la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por un producto defectuoso al mundo digital, sin variar la definición de productor del artículo 3 de la Directiva aludida. Además, el concepto sobre IA es todavía ambiguo¹⁵, y comprende diversidad de sistemas que a su vez conllevan diferentes niveles de riesgos. Esto último, desaconseja una respuesta unívoca en materia de responsabilidad civil. Y terminó por plasmarse en consecuencias jurídicas muy relevantes: para los sistemas de alto riesgo se proclama la responsabilidad objetiva, y para los otros sistemas de IA de no alto riesgo, se fija la responsabilidad basada en culpa presunta (arts. 4.1 y 8.1 y 2 del texto reglamentario contenido en la Resolución de 20 de octubre de 2020). Con todo, de adoptarse este régimen, habrá que ver como es de compatible con un claro objetivo que late en cualquier actuación normativa de las instituciones europeas en la Europa digital: que la persona afectada o cualquier tercero que sufra un daño por un sistema de IA, pueda alcanzar el mismo nivel

de protección que obtendría cuando los daños se producen por productos en los que no exista «acción u omisión» de un sistema de IA. De ahí que no sea ocioso recordar que, en la Directiva 85/374, el productor responde con carácter objetivo frente a cualquier perjudicado por los daños causados por productos defectuosos. También advierte esta Resolución que, las normas específicas para estos sistemas solo deben adoptar la forma de Reglamento, y que será un aspecto clave abordar el tema de la responsabilidad civil. Por lo pronto, la Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia Artificial, nos da el marco sobre la materia pero para regular la responsabilidad civil, habrá que esperar a la reforma de la Directiva 85/374.

En definitiva, la Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un específico régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial¹⁶, fija como aspectos fundamentales que: el acto legislativo apropiado que contenga las normas comunes y armonizadas para los sistemas de IA debe hacerse vía Reglamento, teniendo en cuenta que, la responsabilidad civil para el daño causado por un sistema de IA es un aspecto clave de esta Propuesta. Advierte que no es necesaria una revisión completa de los regímenes de responsabilidad civil que se han mostrado adecuados y eficaces hasta la fecha, si bien, reconoce que, la complejidad, su grado de conectividad, su opacidad o falta de transparencia, la vulnerabilidad, la posibilidad de ser modificados mediante actualizaciones, o su capacidad de aprendizaje autónomo, constituye un hándicap insoslayable. También lo es el elevado número de agentes participantes o intervinientes en las cadenas de valor que participan en el desarrollo de estos sistemas (programadores, proveedores, operador final o inicial, fabricantes, o usuarios como la entidad bancaria que se sirve del sistema de IA para operar con sus clientes, entre otros), lo que determina que sea preciso realizar adaptaciones específicas y coordinadas para posibilitar la responsabilidad civil cuando proceda. Por todos esos condicionantes, fijar los elementos de la responsabilidad no será fácil. La concurrencia de causas o la intervención de múltiples agentes, nos muestra un panorama demasiado incierto y cambiante. Aunque sí se pone el foco de atención en el «operador de un sistema de IA» como el primer responsable visible para el perjudicado, comparable —dice— al propietario de un vehículo. Ahora bien, este sujeto, el denominado «operador», no se limitará solo al que controla el riesgo asociado al sistema, sino que como máximo garante para la reparación del daño a la persona afectada, comprende: al proveedor, al usuario, al representante autorizado, al importador y al distribuidor; según se le ha definido poco después en el artículo 3.8 de la Propuesta de Reglamento. De ahí, y de otros conceptos a revisar, que el Parlamento confíe a la Comisión la necesaria revisión de la Directiva 85/374 y le inste a que evalúe si la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos debe transformarse en un reglamento, para la armonización completa, aunque no uniforme (dependiendo del riesgo), y que analice cómo llevar a cabo la identificación: del posible responsable, de la prueba del defecto de un producto —aunque tampoco excluye la prueba de su culpa— y de la relación de causalidad con el daño. También advierte que cualquier actualización del marco de responsabilidad por los productos debe ir de la mano de la actualización de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. Al fin y a la postre se trata de garantizar que los sistemas de IA sean seguros y protegidos desde el diseño. Definitivamente, se declaran aspectos fundamentales de actuación normativa inmediata, para crear el marco común de responsabilidad civil para los sistemas de IA en la UE: la elaboración de una propuesta de Reglamento sobre IA y la revisión de la Directiva 85/374.

j) Así, el 21 de abril de 2021, se publica la Propuesta de Reglamento por la que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial, y que toma como punto de partida la clasificación y categorías de sistema de IA. De ahí el enfoque del título II sobre «prácticas de inteligencia artificial prohibidas», que basado en los riesgos, distingue entre los usos de la IA que generan i) un riesgo prohibido o inaceptable, ii) un riesgo alto, y iii) un riesgo bajo o mínimo. De ahí que el tratamiento normativo que se propone dependa de se conceptúe como de un tipo u otro. El concepto se modifica, frente al texto anterior, y aunque es principalmente técnico, pretendidamente neutro, y con vocación de soportar los avances tecnológicos, determina que debe basarse en las principales características funcionales del software, y en particular en su capacidad para generar objetivos definidos por seres humanos. Así, en el artículo 3.1) conceptúa como sistema de IA: «el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa». Y aunque contiene todo un marco normativo reglamentario sobre inteligencia artificial, con objetivos específicos, con concepciones y configuraciones sobre riesgos posibles, medidas para evitarlos y subsanarlos y con obligaciones para los «operadores» (el proveedor, el usuario, el representante autorizado, el importador y el distribuidor), que garanticen que la IA sea segura y se desarrolle y utilice conforme con las obligaciones asociadas a los derechos fundamentales, deja fuera de su ámbito el tratamiento de las cuestiones de responsabilidad civil frente a los perjudicados. Por tanto, quedan pendiente los daños causados, vinculados a las nuevas tecnologías, más concretamente a los sistemas de inteligencia artificial. Para esto último, habrá que esperar a la modificación de la Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Queda también al margen, como ya dejó de manifiesto la propuesta de Reglamento, las reglas de responsabilidad de los prestadores de servicios intermedios (considerando 12).

k) con estos mimbres, el 25 de octubre de 2021, por la Comisión europea, se publica la consulta pública para la reforma de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, para adaptarla a la era digital, especialmente a la inteligencia artificial¹⁷. Lo que resulte de esta reformulación de la Directiva constituirá, a buen seguro, el auténtico régimen normativo de la responsabilidad civil por daños causados por la IA.

l) Con todos estos precedentes, y a pesar de que es deseable que las normas de responsabilidad aplicables a los productos y a la IA se basen en un régimen de responsabilidad objetiva, la UE ha dado un giro importante. Así, al tiempo de recibir este artículo para revisión de pruebas de imprenta, hemos conocido que la Comisión Europea ha adoptado dos propuestas, de 28 de septiembre de 2022, que eviten, por el momento, aplicar igual régimen de responsabilidad objetiva para productos a los sistemas de IA. Por un lado, la propuesta de Revisión de la Directiva 85/374, para adaptarla a las transiciones ecológica y digital, y por otro, una Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA. En todo caso, el deseo de equiparar las normas sobre los daños provocados por los sistemas de IA al régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva 85/374, se aplaza para fomentar la innovación y el liderazgo tecnológico. Aun así, para proteger a los perjudicados por estos daños, y a la espera de lo que resulte de estas propuestas, se vislumbra un régimen garantista que no es nada desdeñable. A pesar de exigir

la prueba de la culpa de quien provoca el daño, y la conexión causal entre la conducta (acción u omisión) y el resultado dañoso, se admiten una atenuación de la prueba de la causalidad a través de la presunción de la misma que se vería dificultado por la propia complejidad de los sistemas de IA. Además, se incorpora a favor del dañado, ya sean particulares o empresas, un derecho de acceso a las pruebas presentadas por empresas y proveedores, aunque esto, por el momento, parece que solo será así cuando estemos antes sistemas de IA de alto riesgo.

Salta a la vista que los instrumentos de los que se han valido las instituciones de la Unión son incansables y variados para dar respuesta inmediata a una materia que no admite dilaciones. En efecto, si con estas actuaciones, con el Reglamento, y las reformas de Directivas que sean precisas, conseguimos colocar a Europa a la vanguardia de un marco normativo seguro, transparente y eficaz, como se hiciese con la protección de datos de las personas físicas, será más fácil alcanzar los objetivos europeos, entre ellos: «preservar su liderazgo tecnológico y garantizar que los europeos puedan aprovechar nuevas tecnologías que se desarrollen y funcionen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE». Eso sí, es deseable que lo sea sin menoscabar la tutela que sea precisa para los ciudadanos, que deberán tener el mismo nivel de protección y de garantía, con independencia de si el daño es causado por un sistema de IA o por uno que está al margen de esta tecnología. Aunque para equiparar ambos regímenes normativos parece que por el momento tendremos que esperar.

IV. MARCO COMÚN NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO ¿Y EN LA IA?

Según se desprende de las Conclusiones del Informe de abril de 2018, acerca de la necesaria actualización de la Directiva 85/374, esta adaptación debe tener en cuenta que (i) el marco legal sobre la responsabilidad por productos en el ámbito de la UE, además de ser una herramienta útil para proteger a los perjudicados y garantizar la competencia en el mercado único, es una norma imprescindible e incuestionable; (ii) el objetivo es que se siga garantizando un equilibrio justo entre los intereses de consumidores y de todos los productores, en un marco «favorable y fiable», que permita la innovación y el liderazgo tecnológico europeo seguro; (iii) el principio general de responsabilidad objetiva de la Directiva se mantenga sin cambios, y cumpla con la función principal de la responsabilidad civil: la reparación de daños, y además, con la de prevención del mismo. Así se desprende de la conclusión —final—, y a modo de desiderátum de este Informe, ante la denominada «cuarta revolución industrial», al expresar que, «Un marco de seguridad coherente y tecnológicamente neutro debería prevenir los accidentes en la medida de lo posible. No obstante, cuando estos se producen, nuestro marco de responsabilidad debería garantizar que los perjudicados obtienen una reparación». Clara responsabilidad objetiva y sin atajos en la pretendida reforma de la Directiva 85/374, que ya se vislumbra en el Informe de 2018. Y que responde a la idea inicial del texto vigente: desde el momento en que el productor pone el producto riesgo en el mercado, responde por los defectos de sus productos (art. 1 de la Directiva). Y responde por los daños que este cause al perjudicado, debiendo este probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño (art. 4 de la Directiva), no así la culpa.

Con estos mimbres, y con carácter previo a conocer el contenido de la consulta, no obstante, es oportuno proceder a recordar en qué términos se fija dicho

sistema de responsabilidad civil en la Directiva, para verificar que la adaptación a las nuevas tecnologías, no suponga una minoración de garantías para el individuo/usuario frente a la persona que puso el sistema de IA en el mercado y creó el riesgo, llegando finalmente a causar un daño o perjuicio. Vayamos pues por partes, a analizar desde la perspectiva europea, esos conceptos de la responsabilidad civil por productos de la Directiva 85/374, ampliamente aceptados hasta la irrupción de la IA —con los amplios y expansivos automatismos que esta supone, y con los crecientes riesgos que conlleva—. De nuevo, se trata de garantizar la máxima armonización normativa en toda la UE, adaptándola a las nuevas y emergentes tecnologías.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Inicialmente la Directiva 85/374 entendía por «producto» cualquier bien mueble, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble, incluida la electricidad. Quedaban excluidas las materias primas agrícolas y los productos de la caza. A este último efecto, se entiende por «materias primas agrícolas» los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, salvo aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Tras la Directiva 1999/34, de 10 de mayo, se modifica el artículo 2 de la Directiva 85/374 y se considera «producto» a efectos de esta norma: cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por «producto» la electricidad. Quedando finalmente incluidos los productos de la ganadería, agricultura, pesca y caza¹⁸. Algún Estado miembro, como el nuestro, será más expansivo¹⁹.

A efectos de la tutela por la norma europea, es defectuoso el producto cuando no ofrece la seguridad que puede esperarse del mismo teniendo en cuenta todas las circunstancias, especialmente: (a) la presentación del producto; (b) el uso razonable del producto; (c) el momento de la puesta en circulación del producto. Dejando claro que no podrá ser considerado defectuoso si la única razón es que posteriormente se ha puesto en circulación un producto más perfeccionado²⁰. Hecho por otro lado, completamente de sentido común, una vez que los avances, los distintos modelos del mismo producto, y el mayor número de prestaciones que se van generando, determinan la variabilidad en el precio de un mismo producto —según modelo y versiones más completas y complejas—. El iPhone 7, el 11 ó el 13 pro, son solo un ejemplo de un mismo producto múltiplemente versionado.

No me parece desacertado mantener la clasificación de defectos de productos (de fabricación, de diseño, de información), que con ocasión de facilitar el estudio, fue elaborada por la jurisprudencia norteamericana y que ha sido ilustrativa y divulgativa para el conjunto de la doctrina y jurisprudencia. Si sirve para clarificar, ¿por qué no?

2. SUJETOS OBLIGADOS Y SUJETOS RESPONSABLES

Para la mejor protección «del consumidor» frente a los daños causados por productos defectuosos, el considerando 4 de la Directiva 85/374 prevé que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder «en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos». Si bien aparece fijado como máximo responsable el productor, que responde de los daños causados por los defectos de sus productos,

prescindiendo del elemento culpa, de manera objetiva, por la puesta en circulación del producto por el riesgo creado (art. 1 Directiva 85/374). Se considera como tal, según el artículo 3 de la Directiva: «la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto». De esta manera, se hace responsable a todo aquel que participa en un proceso de producción, y se hace extensible a «toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial», que será considerada como productor del mismo²¹. Es más, la sentencia del TJUE de 7 de julio de 2022 asunto *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia* (C-264/21) precisa respecto del concepto de «productor» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 85/374 que: «no exige que la persona que haya puesto o haya autorizado a que se pongan su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto se presente también de alguna otra forma como productor de este».

El suministrador, proveedor o distribuidor de los productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice la distribución, responde con carácter subsidiario en los casos en los que el fabricante real —productor— no pueda ser identificado, a menos que, dentro de un plazo razonable²², indique al perjudicado la identidad del productor o importador. Igual ocurre en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador, aunque se indique el del productor. Hasta aquí no parece que haya resquicios una vez que, a falta del productor real, la ley acude al productor aparente, como así precisa el artículo 3.3 de la Directiva²³.

Si fuesen varios los responsables del daño, la norma impone la solidaridad, por lo que el perjudicado podrá reclamar a cualquiera de ellos la reparación íntegra del daño, con el consiguiente derecho a repetir, propio de las obligaciones solidarias, que se regirá por las normas internas de cada Estado miembro²⁴.

Con todo lo anterior, si el objeto es proteger al consumidor perjudicado con la máxima eficiencia, y para ello debe responder todo aquel que participa en el proceso de producción, parece que no bastará con los conceptos al uso de la norma vigente ante los elementos disruptivos de las nuevas tecnologías. Las características de los sistemas de IA, la complejidad de la cadena de valor de la que forma parte, los principales sujetos que participan —algunos hasta ahora ajenos a la responsabilidad—, y los enormes riesgos que conlleva su puesta en circulación y su uso, determinan la necesaria implementación de obligaciones dirigidas principalmente a proveedores y usuarios, pero también a otros que deben cooperar con los primeros «terceros pertinentes, y en especial los involucrados en la venta y el suministro de software, herramientas y componentes de software, modelos pre-entrenados y datos, o los proveedores de servicios de red» para el cumplimiento de las obligaciones del Reglamento (considerando 60 de la propuesta de LIA). Dicho lo cual, la nueva regulación, deberá revisar y definir a estos nuevos sujetos, determinar obligaciones para todos los intervinientes en el desarrollo y uso de estos sistemas, para así poder fijar las consiguientes responsabilidades de cada uno de los agentes, sin perjuicio de la solidaridad amparada por la Directiva 85/374.

Por lo pronto, el considerando 53 de la Propuesta de Reglamento determina sin lugar a dudas que: «Conviene que una persona física o jurídica concreta, definida como el proveedor, asuma la responsabilidad asociada a la introducción en el mercado o puesta en servicio de un sistema de IA de alto riesgo, con independencia de si dicha persona física o jurídica es o no quien diseñó o desarrolló

el sistema». Este proveedor, en definitiva, es el mismo que en la Directiva 85/374, aparece como «productor», y que responden por la mera puesta en circulación del producto en el mercado.

Dicho esto, la Propuesta de Reglamento sobre IA se muestra más ambiciosa cuando no se limita a fijar obligaciones y responsabilidades para el «proveedor», sino que acude a un término más expansivo y ambicioso que comprende a cualquier participante en la introducción en el mercado de estos sistemas de IA, la puesta en servicio y la utilización de los mismos. El nuevo término a acuñar, más global, es el de «operador», que conforme al artículo 3.8 del texto incluye: al proveedor, al usuario, al representante autorizado, al importador y al distribuidor, e incluirá «operadores públicos y privados para garantizar la igualdad de condiciones» (exposición de motivos, apartado 5.2.1). Además, estarán sujetos a todas las obligaciones que les imponga el texto definitivo, en atención al riesgo que implique la incorporación del sistema al mercado, sujetos a requisitos, a evaluación *ex ante*, e incluso, a una supervisión *ex post* (exposición de motivos, apartados 3.5, 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4 y 5.2.6, principalmente), que posibilitará la compensación por daños.

3. SUJETO PROTEGIDO

La Directiva 85/374 protege al «perjudicado» (art. 4 Directiva), aunque todo el texto gira en torno al consumidor. Nuestra normativa sobre consumidores, en el artículo 128 del TRLGDCU fija, sin ambages, que: «Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado» por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios.

Sin embargo, la propuesta para la IA menciona solo en ocho ocasiones al «consumidor», y otras tantas a los «ciudadanos» frente a «los empresarios», principalmente para incidir en el propósito de que los primeros obtengan un elevado nivel de protección y confíen en las nuevas tecnologías, y en que los segundos, con un marco normativo adecuado, tengan seguridad y desarrollen este tipo de sistemas. El texto se aplicará a los proveedores y usuarios de sistemas de IA, y aunque pudiera parecer que estos, los «usuarios», son los grandes amparados por los riesgos que generan los sistemas de IA, no serán protegidos en todo caso. A estos, al igual que a los proveedores, se les imponen obligaciones previsibles, proporcionadas y claras, y se les incluye como sujetos potencialmente responsables del adecuado uso de los sistemas de IA. En particular, dice el considerando 58, «los usuarios deben utilizar los sistemas de IA de alto riesgo conforme a las instrucciones de uso», para concretar en el considerando 59 que: «el usuario del sistema de IA debe ser la persona física o jurídica, la autoridad pública, la agencia o el organismo de otra índole bajo cuya autoridad se utilice el sistema de IA, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional».

El artículo 3 de la propuesta, dedicado a definiciones utilizadas en el texto, nos proporciona un concepto de usuario como principal participante en la cadena de valor de la IA, con obligaciones y responsabilidades. Este, que es «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad,...» no comprende el supuesto en el que «su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional». Este usuario, que no está sujeto a las obligaciones y responsabilidades del texto, en el caso de resultar perjudicado por cualquier daño o

perjuicio producido en el contexto de un sistema de IA, tiene en todo caso, el amparo de la Directiva 85/374.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que más que un texto de protección para las personas, es un texto que configura los distintos sistemas de inteligencia artificial según el tipo de riesgo que genera, y que como marco reglamentario sobre IA, pretende impulsar su desarrollo, y proteger los derechos de los ciudadanos en un contexto regulado y seguro. Si bien, y aunque constituye en un instrumento en beneficio de la sociedad y de los ciudadanos, habrá que buscar la protección en normativa específica. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, habrá que acudir a la Directiva 85/374, y en su momento, al texto que resulte de la reforma impulsada recientemente, al igual que en materia de protección de datos, o derechos de propiedad intelectual.

4. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CAUSAS DE EXONERACIÓN

Con el objeto de que el perjudicado pueda ser indemnizado por los daños causados por productos defectuosos, es preciso que pruebe: (i) el defecto; (ii) el daño; y (iii) la relación de causalidad entre el producto defectuoso y los daños producidos (art. 4 Directiva y 139 TR). Basta pues, que el producto sea defectuoso, y que pruebe la relación de causalidad, lo que puede entrañar no pocas dificultades para el perjudicado sobre quien recae la carga de la prueba. Ahora bien, esto, la prueba del defecto, no parece que sea una cuestión fácil en el ámbito de la inteligencia artificial.

La Directiva consagra un sistema de responsabilidad del productor (fabricante o importador) —también del suministrador en el caso previsto en el artículo 3.3 de la Directiva²⁵— de naturaleza objetiva. Lo que no impide, como así admite la norma, la exoneración de responsabilidad al productor —fabricante o importador— siempre que pruebe, según artículo 7 de la Directiva²⁶:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.
- e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

La previsión de la Directiva admite, como no podía ser de otra manera, la reducción o supresión de la responsabilidad «cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado deba responder» (art. 8.2 de la Directiva), por lo que para su moderación o supresión habrá de valorarse la más acertada aplicación de la relación de causalidad. ¿Y si en el resultado dañoso interviene un tercero? Esta, la intervención del tercero junto con el defecto del producto, no reducirá la responsabilidad del obligado a responder, si bien, aquel que satisfizo la indemnización, podrá reclamar del tercero la parte que corresponda a su participación en el daño (art. 8 de la Directiva). En este último supuesto, dada la intervención de

un tercero, habrá de tenerse en cuenta la responsabilidad solidaria y el derecho de repetición contemplado en el artículo 5 y 8.1 de la Directiva, si bien, según esta última disposición: «la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero».

Al hilo de la responsabilidad objetiva, y admitidas las excepciones tasadas del artículo 7 de la Directiva 85/374, otro artículo de la citada norma, el 15.1, letra b), reconoce a los Estados miembros que, en materia de responsabilidad por productos defectuosos puedan optar, en determinados aspectos, tasados, por otras alternativas: y así, permite que se responda por los denominados «riesgos del desarrollo» (letra e del artículo 7). Esto, que permite a los Estados miembros «disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto», posibilitó que en nuestro Derecho interno, tras comunicar la Comisión europea el texto de la propuesta, e informados los demás Estados miembros, se diese el visto bueno a que en nuestro ordenamiento interno, el productor responda también por los «riesgos del desarrollo» en medicamentos, alimentos y productos alimentarios.

Con todo lo dicho a lo largo de esta publicación, y teniendo en cuenta el sistema de responsabilidad objetiva proclamado en la Directiva 85/374, podemos afirmar con rotundidad que, Europa apuesta por un nivel de protección máximo pero con el compromiso de todos los intervinientes, no solo en la adecuada puesta en circulación o en servicio de sistemas de IA, sino también en el uso adecuado del mismo. Ahora bien, la propuesta de Reglamento, que en nada se ocupa de la responsabilidad a la que se refiere la Directiva 85/374, sí pone en valor en la exposición del motivos (apartado 1.1) que poco antes a esta propuesta, el 20 de octubre de 2020, se aprobaron una serie de resoluciones relativas a la IA, entre ellas, la que constituye nuestro punto de partida al hilo del apartado II de esta publicación y que contiene «algunas de las medidas precedentes adoptada por la UE para promover la IA», en concreto la que aparece como hito letra i), y a la que nos remitimos en este punto. Baste recordar que dicha resolución, es específica sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. Esta, sin ambages, además de advertir de la necesidad de adaptar la Directiva 85/374 al mundo digital y abordar los nuevos retos, precisa que las reclamaciones por daños se centrarán contra el operador de un sistema de IA, que responderá objetivamente (en los sistemas de alto riesgo), sin que pueda eludir esta alegando que actuó con la diligencia debida ni cuando fuese causado «por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomo gobernado por su sistema de IA». En este caso, solo podrá exonerarse si medió fuerza mayor. Por lo que este estará obligado a concertar un seguro de responsabilidad civil. A diferencia del régimen objetivo anterior, para el resto de sistemas, que no lo sean de alto riesgo, la responsabilidad será subjetiva en base al criterio de la culpa presunta. Los artículos 4 y 8 de la resolución de 20 de octubre de 2020, no dejan lugar a dudas. Este parece que puede ser el sistema finalmente adoptado en la propuesta de la Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA, según el texto adoptado por la CE el pasado 28 de septiembre.

5. DAÑOS CUBIERTOS Y DAÑOS NO INDEMNIZABLES AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 85/374

El artículo 9 de la Directiva 85/374 fija como daños indemnizables: (i) los daños personales, por muerte y lesiones corporales (art. 8.a de la Directiva y

artículo 128 TRLGDCU). Y como en estas últimas estarían incluidas tanto las lesiones los de carácter físico como psíquico, no cabe duda, que quedan comprendidos los gastos de curación y el lucro cesante. Y aunque la norma no se opone a la indemnización del «*pretium doloris*» u otros daños morales si así lo prevén los ordenamientos internos, no aparecen estos bajo su expresa cobertura. No es ocioso concretar que sí están excluidos los daños morales del régimen objetivo de responsabilidad por producto defectuoso en nuestro ordenamiento interno (art. 128.2.º); (ii) daños materiales: siempre que estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados, y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el dañado, previa deducción de una franquicia de 500 euros [art. 8.b de la Directiva y art. 141 a) TR]. Quedan excluidos los daños en el propio producto defectuoso, que habrán de ser indemnizados conforme a la legislación de cada Estado miembro. Una precisión más del texto, de cara a las nuevas realidades virtuales, en la Directiva no hay obstáculo a que según los ordenamientos internos, se indemnicen «los daños inmateriales».

Nada dice la propuesta de LIA de abril de 2021 respecto de los daños indemnizables, aunque sí lo hace la resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020. Baste recordar que esta constituye el primer texto específico sobre responsabilidad extracontractual por el funcionamiento de sistemas de IA, y que en él se fijan recomendaciones a la Comisión para que dé un régimen propio en esta materia, vía adaptación de la Directiva 85/374, a ser posible en forma de Reglamento. En el texto se pide al legislador que el nuevo marco normativo debe cubrir «los daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física, la propiedad y los daños morales significativos que den lugar a una pérdida económica comprobable por encima de un umbral, armonizado en el Derecho de la Unión en materia de responsabilidad civil, que equilibre el acceso a la justicia de las personas afectadas con los intereses de otras personas implicadas. La Comisión debe reevaluar y ajustar en el Derecho de la Unión los umbrales relativos a los perjuicios. Por daño moral significativo debe entenderse un daño como consecuencia del cual la persona afectada sufre un perjuicio considerable, un menoscabo objetivo y demostrable de sus intereses personales y una pérdida económica calculada teniendo en cuenta, por ejemplo, las cifras medias anuales de ingresos anteriores y otras circunstancias pertinentes». A continuación añade que: «el presente Reglamento también debe determinar el importe y el alcance de la indemnización, así como el plazo de prescripción para presentar demandas en materia de responsabilidad civil. El presente Reglamento debe establecer un límite máximo de indemnización significativamente inferior que el recogido en la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, ya que el Reglamento solo se refiere al daño o perjuicio de una sola persona resultante de una única utilización de un sistema de IA, mientras que dicha Directiva se refiere a una serie de productos o, incluso, a una línea de productos con el mismo defecto» (considerando 16 de la Resolución).

V. CUÁL ERA EL OBJETIVO DE LA CONSULTA

Ya lo hemos advertido: a pesar de reiterarse en múltiples ocasiones que la Directiva 85/374 sobre productos defectuosos, era herramienta adecuada para responder a los problemas derivados de la adopción de la IA, es claro que: los riesgos por el uso y puesta en circulación en el mercado de estos sistemas de alto riesgo, junto con la interacción de los mismos con las personas, con capaci-

dad para crear, modificar imágenes o audios, aprender y suministrar información o decisiones, exige una clara delimitación de obligaciones para quien pone en el mercado estos sistemas. Además, será imprescindible una mayor y específica regulación relativa a la responsabilidad de productos, como a la relativa a la seguridad de los mismos. Pensemos por un momento en las múltiples consecuencias producidas a los usuarios por las tecnologías que suponen un alto riesgo, y que a día de hoy parecen incontestables a través de la norma europea vigente. O al menos, podrían no parecer suficientemente amparadas. El coche autónomo o la cirugía robótica son una realidad.

Pues bien, tras la Propuesta de Reglamento sobre IA, y constituyendo esta una parte fundamental de la Estrategia para el Mercado Único Digital de la UE, que garantice normas armonizadas sobre el desarrollo, la introducción en el mercado de la Unión y el uso de productos y servicios que empleen tecnologías de IA o se suministren como sistema de IA independiente, se pone de relieve que existen iniciativas individualizadas de algunos Estados miembros en la materia. Esto, que dificulta los objetivos marcados con anterioridad en cuanto a fortalecer la competitividad en un mercado armonizado y seguro, hace necesario que la iniciativa europea se plasme en una norma armonizadora lo antes posible y que se de respuesta, entre otras cuestiones a temas candentes y decisivos. Entre ellos, el de la responsabilidad civil.

Con estos precedentes, ante los retos y oportunidades, pero también ante los riesgos de las tecnologías disruptivas, se pretenden fijar principios generales, obligaciones de los agentes intervinientes, y la responsabilidad frente a los usuarios no responsables. De ahí que en la consulta pública de la Comisión europea para la reforma de la Directiva 85/374, abierta del 18 de octubre de 2021 al 10 de enero de 2022, se reconozca que, el uso y regulación de ciertos sistemas de IA en la propuesta de Reglamento, junto a la dificultad de identificación de la persona potencialmente responsable, la prueba del defecto de un producto complejo y el vínculo causal con el daño, por no hablar de la prueba de la culpa si fuera precisa, requieren de importantes modificaciones de la Directiva. Considera así la Comisión que, la necesidad de: (1) implementar y desarrollar sistemas de inteligencia artificial (2) generar confianza en los potenciales usuarios, y (3) abordar riesgos para la seguridad y los derechos fundamentales, entraña grandes dificultades. Y es así porque de cara a los dañados, hay que aplicar la Directiva a productos en la economía digital y circular; y posibilitar que los perjudicados obtengan una compensación por los daños producidos por sistemas de IA, donde la prueba del defecto del producto complejo y del daño que este causa, puede resultar imposible.

Por otro lado, y aunque en el texto de la consulta se incide en las virtudes de la norma que ahora se pretende adaptar y reformular (a sabiendas de que como sistema armonizado ha sido plenamente eficaz para indemnizar a los perjudicados que sufren daños por productos defectuosos), y que «se aplica a todos los productos móviles con independencia de la tecnología que utilicen, por lo que también se aplica a los productos basados en la IA», insiste en la necesaria modificación. Añadiendo, junto a las dificultades expresadas anteriormente que, muchos de los conceptos vigentes han quedado desfasados respecto a productos de la economía digital y circular. Esto, junto a lo ya referido: dificultad de identificación de los posibles responsables, del defecto del producto, de la relación causal, y como no, de la prueba de la conducta lesiva y del defecto que causa el daño, no aconseja más dilaciones en la adaptación de la Directiva 85/374. Veremos si varía el actual criterio de imputación objetiva de la norma, al margen de la culpa, aplicable en

la actualidad a cualquier producto admitido como tal en la norma vigente, o por el TJUE, o si se opta por un criterio de imputación subjetiva basada en la conducta reprobable. De adoptarse este último criterio para la materia de inteligencia artificial, entiendo, el dañado quedaría en una situación de desprotección mucho más perjudicial de la que le ha sido dispensada hasta la actualidad, o de lo que lo es mientras no se modifique el texto.

Dicho lo cual, anticipamos que, a resultas de las propuestas de la Comisión europea adoptadas al tiempo de la revisión de pruebas de imprenta de este estudio (dualidad normativa diferenciada para productos defectuosos, y para IA), el régimen que según los precedentes analizados es inspirador y aspiración para regular la responsabilidad en materia de IA, por lo pronto, no se equiparará, al de la responsabilidad objetiva de la Directiva 85/374. Y es así a pesar de que se establezcan normas que dulcifican el régimen de responsabilidad de culpa presunta para la específica responsabilidad civil en IA. Así las cosas, parece que equiparar ambos regímenes normativos tendrá que esperar en pro de impulsar la innovación y el progreso tecnológico europeo.

VI. CONSIDERACIONES FINALES A LA ESPERA DE LA REFORMA

Se han expuesto de manera breve los retos jurídicos que plantea el desarrollo, comercialización y uso de los sistemas de IA, y que estos requieren de una armonización plena en la materia, de acuerdo con valores y principios de la UE. La propuesta de una Ley de Inteligencia Artificial, vía reglamento —para evitar la fragmentación normativa en los Estados miembros—, contiene: (i) un concepto flexible y neutro acerca de qué se entiende por este sistema; (ii) un ámbito de aplicación territorial y subjetivo amplio, por el que imponen obligaciones proporcionadas a todos los participantes en la cadena de valor de la IA; (iii) la clasificación de los sistemas de IA en torno a cuatro niveles de riesgo: 1) sistemas prohibidos; 2) de alto riesgo —para los que se imponen significativas obligaciones aplicables a los proveedores y usuarios de dichos sistemas—; 3) de riesgo medio/bajo; y 4) restos de sistemas de IA, en principio, no sujetos a la ley de IA. También contiene (iv) obligaciones para todos los participantes, y sanciones para según qué tipo de incumplimiento. Además de supervisiones pre y post puesta en circulación. Dejando fuera de su marco reglamentario la responsabilidad civil de los participantes.

Por lo que, para analizar el régimen especial que habrá de aplicarse a los daños ocasionados por el desarrollo de los sistemas de IA, habrá de estarse a lo contenido en la Directiva 85/374. Por el momento, si se producen daños por productos defectuosos, el régimen vigente será el de esta norma supranacional, independientemente de que el producto incluya o no un sistema de IA. Veremos, si con los datos que nos proporcionan las actuaciones llevadas a cabo por la UE, como la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, la adaptación que se lleve a cabo de la Directiva 85/374, y las propuestas puestas en marcha por la Comisión europea, tanto para productos de la era digital como para los daños provocados por los sistemas de IA, es posible garantizar a los perjudicados la responsabilidad por daños en estos contextos.

Vaya por delante que si el enfoque de la responsabilidad objetiva está basado principalmente en el riesgo, cuesta entender que las propuestas de reforma de la Directiva 85/374 sobre la responsabilidad por producto defectuoso, y la de los daños provocados por los sistemas de IA abandonen este fundamento. Sirva de

base que los problemas derivados de los rasgos disruptivos de los sistemas de IA como la complejidad, la opacidad, la dependencia de datos o la autonomía, exponen a los ciudadanos a mayores riesgos, y que estos han de ser valorados y supervisados. Es más, deben obligar a controles periódicos que reequilibren expectativas, seguridad e indemnidad ¿o es que se debe responderse menos por los daños causados por el coche autónomo que por el coche manual o automático? Si así fuese, estaríamos contraviniendo el sentido de la Directiva 85/374 que tan buenos resultados nos ha dado hasta el momento presente.

En línea con todo lo antedicho, son cuestiones claves que habrán de concretarse de manera indubitada para lograr imputaciones justas en materia de responsabilidad civil, por daños causados por productos con sistema de IA, así como posibilitar la reparación de los perjuicios producidos por quien se beneficia de la puesta en circulación del producto, entre otras, las siguientes:

1. El riesgo es el criterio de atribución de responsabilidad objetiva, y este, propio de leyes especiales, y específico respecto de los daños causados por productos defectuosos, debe primar frente a cualquier otro, no vaya a ser, que no haya quién responda. El criterio de la culpa, parece que debe ser la excepción, es más, entiendo que debe ser un criterio de atribución puramente residual. No puede faltar considerar el uso indebido por el usuario al objeto de fijar la reparación. La concurrencia de causas, como viene siendo habitual, nos traerá algún que otro quebradero de cabeza.

2. Habrá que delimitar cuáles son las obligaciones de cada uno de los participantes en la puesta en circulación del producto, su uso y sus actualizaciones, para que fijadas estas sea posible fijar las responsabilidades.

3. Determinado lo anterior, la solidaridad es la mejor de las opciones, pero no valdrá, en mi opinión, que todos respondan por igual. La obligación de responder de los daños causados no encaja en estos supuestos, o a mi me lo parece, en un reparto equitativo de cuotas. Al fin y al cabo, desvirtuaría el sentido de la prevención o la función disuasoria que se pretende respecto de los distintos agentes. No vaya a ser que relajemos actuaciones —acciones y omisiones—, porque al fin y a la postre, vamos a responder igual que el resto de los agentes.

4. Y no olvidemos que si para adaptar la Directiva a la era digital, especialmente a los sistemas de IA, adoptamos nuevos conceptos, contemplamos a todos los agentes que participan en estas nuevas tecnologías, y proporcionamos una cobertura más precisa a los intangibles, exigiendo una cumplida prueba de la culpa, podríamos terminar por modificar el criterio de responsabilidad objetiva para los tangibles, y habremos desvirtuado el sentido de la Directiva 85/374. Y no solo de la norma vigente, también del Informe de la Comisión sobre su aplicación, de 7 de mayo de 2018. De igual modo, contravendría el sentido de la Resolución del Parlamento de 20 de octubre de 2020, al que la propuesta de Reglamento sobre IA de 21 de abril de 2021, le otorga valor de progreso y adaptación en la materia.

Mientras tanto, a los Tribunales les queda un largo recorrido en cuanto a la hora de interpretar el Derecho vigente para adaptarlo a los nuevos sistemas de IA. Para ello, deberán tener muy presente dos aspectos principales que ha hecho valer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años. El primero, e independientemente de las normas de Derecho interno de cada Estado miembro, teniendo en cuenta la vigencia de la Directiva 85/374 en toda la UE se determina que, habrán de ser respetados los principios de equivalencia (las normas internas en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos no pueden ser menos favorables que las que se aplican a reclamaciones semejantes

de naturaleza interna), así como el principio de efectividad (no pueden articularse normas, ni alegarse falta de las mismas, para hacer imposible o excesivamente difícil la reclamación). Así las cosas, el perjudicado debe contar con igual protección frente a los daños que sufre con ocasión de un producto defectuoso, independientemente de si el daño es causado por un sistema de IA o no, o de si tiene lugar física o virtualmente, y debe contar con los cauces adecuados para poder ejercitar la pretensión resarcitoria. De ahí que, los tribunales internos, entre tanto se produce la reforma, o se impulsa un Reglamento que contemple tanto los productos al uso, como los basados en sistemas de IA, deberán evitar cualquier vulneración de los principios de equivalencia y efectividad. ¿O es qué habrá de responderse en menor cuantía o con menor rigor cuando la fórmula del medicamento defectuoso se lleve a cabo mediante un sistema de IA, que cuando la misma se lleva a término manualmente? Al fin y a la postre, los Tribunales internos, dice el TJUE en la sentencia de 21 de junio de 2017, asunto *N.W. y otros contra Sanofi Pasteur y otros* (C-621/15) «no pueden menoscabar la efectividad del régimen de responsabilidad establecido mediante dicha Directiva».

Por otro lado, y por lo que se refiere al segundo de los aspectos a tener en cuenta en la interpretación y aplicación del Derecho por los tribunales internos, este tiene que ver con alguna sentencia del TJUE en la que se advierte que, el artículo 7 de la Directiva 85/374, debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso «se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a este es consecuencia de dicha preparación». Además precisa que, no cabe exonerarse de responsabilidad alegando por la sanidad pública que el producto defectuoso, «ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna» (STJUE de 10 de mayo de 2001 asunto *Veedfald* (C-203/99)). Otra cosa será, lo que respecto a los daños morales contemple cada Estado miembro, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 9, *in fine*, de la Directiva 85/374. En este sentido, muchos aspectos serán discutibles en el ámbito de la responsabilidad de la Administración pública por prestación de servicios y uso de producto sanitario defectuoso. Pero lo que no es cuestionable es que la vigencia de la Directiva, en su interpretación y aplicación, afecta a cualquier jurisdicción en la que se plantee la responsabilidad por producto defectuoso, y que esta alcanzará en según qué casos, al producto que se proporciona con ocasión de la prestación de un servicio, muchos de ellos, en la sanidad pública, o en colegios, centros o instituciones públicas, por poner solo algunos ejemplos.

VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 asunto *Veedfald* (C-203/99)
- Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 21 de junio de 2017 asunto *N.W. y otros contra Sanofi Pasteur y otros* (C-621/15)
- Sentencia del TJUE (Sala Décima) de 7 de julio de 2022 asunto *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia* (C-264/21)

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de diciembre de 2021 (Roj: STS 4521/2021-ECLI: ES:TS:2019:4521)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA NAVARRO, M.L. *Daños causados por Inteligencia artificial y responsabilidad civil*. Dykinson, 2022.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. (38), 1-10. doi.org/10.18239/RCDC_2021.38.2742
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2021). Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial. *La Ley Unión Europea*, número 92, mayo de 2021, 1-8.
- MUÑOZ GARCÍA, C. Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial. *Diario La Ley. Ciberderecho*, marzo de 2022.
- NAVAS NAVARRO, S. *Daños ocasionados por sistemas de Inteligencia artificial*. Comares, 2022.

NOTAS

¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31985L0374>

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>

³ Todo lo anterior se desprende de la exposición de motivos de la Propuesta: apartado 1, sub-epígrafe 1.1. sobre «razones y objetivos de la Propuesta».

⁴ La Directiva 2001/95, conocida como la Directiva sobre la Seguridad General de los Productos (DSGP), requiere que las empresas se aseguren de que los artículos en venta sean seguros y que se tomen las medidas correctivas cuando se constate que no es tal el caso. Introduce un sistema de alerta rápida de la UE para productos no alimenticios peligrosos. Exige que las empresas garanticen que los artículos a la venta sean seguros y que adopten medidas correctivas cuando se constate que no es ese el caso. Entendiendo por «producto»: todo artículo destinado a la venta al consumidor o que pueda ser usado por el consumidor; ya sea nuevo, usado o reacondicionado. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32001L0095>

⁵ Por primera vez, y tras cuatro Informes precedentes, la Comisión evalúa si es adecuada la Directiva 85/374, para dar respuesta a productos mucho más complejos como consecuencia de las tecnologías digitales emergentes. Vid Informe <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=FR>

⁶ El informe final: Regulación de las tecnologías robóticas emergentes en Europa: la robótica frente al derecho y la ética. http://www.robotlaw.eu/RoboLaw_files/documents/robotlaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf

⁷ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

⁸ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/42b4851c-8e1a-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-es>

⁹ [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)237&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)237&lang=es)

¹⁰ Así aparece en el texto: «El término “inteligencia artificial” (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. Robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)». Los ejemplos no faltan a lo largo del texto: La IA, además de facilitarnos la vida, nos está ayudando a resolver algunos de los principales retos a los que se enfrenta nuestro mundo: desde el tratamiento de las enfermedades crónicas o la reducción de las tasas de mortalidad en los accidentes de tráfico, la lucha contra el cambio climático o la previsión de las amenazas a la ciberseguridad.

¹¹ Este informe se centra en valorar la eficiencia de esta norma en el ámbito de la IA, a diferencia de los informes precedentes, el último del año 1999. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=FR>

¹² La propuesta gira en torno a la repercusión negativa que las características de IA puede tener en derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Señalando que el ser humano debe ser el centro y el beneficiado por esta tecnología, y donde las empresas que utilicen esta tecnología —según el nivel de riesgo que puedan generar— superen un test de responsabilidad ética y estén sujetas a revisiones periódicas. A mayor riesgo mayores obligaciones. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html

¹³ Pone de relieve en la exposición de motivos de la resolución que: La evaluación del conjunto de DPI a la luz de esta evolución debe ser una prioridad en este ámbito del Derecho de la Unión, que sirva para fomentar un entorno propicio para la creatividad y la innovación recompensando a los creadores. El papel de la intervención humana sigue siendo fundamental para la programación de dispositivos que utilizan la IA, la selección de los datos entrantes y el ajuste de los resultados obtenidos. Si bien, habrá que tener en cuenta que cuando las creaciones sean generadas, únicamente, por los sistemas de IA, estos por no estar ligados a la identidad del autor, no están a priori protegidos por los derechos de autor, aunque habrá que buscarles un acomodo normativo. La seguridad jurídica, también está en juego en estos casos. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0176_ES.html

¹⁴ Sobre esta resolución, nos ocupamos a lo largo de este trabajo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html

¹⁵ El texto, ante la diversidad de sistemas de IA existentes, y ante la previsión de adaptarse a todos los sistemas de IA que puedan sucederse en el futuro, pretende incluir el mayor número de tecnologías distintas, incluidas —dice—, la simple estadística, el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo. Con esta pretensión, en el artículo 3, letra a), se propone como definición de «sistema de inteligencia artificial»: *todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la actuación, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos.*

¹⁶ Fue, en efecto, este texto del Parlamento Europeo para la Comisión, el que fijó los criterios determinantes de la responsabilidad civil en el uso de las nuevas tecnologías, advirtiendo que la cobertura adecuada de esta será clave para garantizar la confianza por los usuarios en estos sistemas, y por tanto, repercutirá indiscutiblemente en el éxito del liderazgo tecnológico, según apartado 26 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html

¹⁷ Consulta pública: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_en

¹⁸ Así se recoge en el siguiente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A01999L0034-19990604>

¹⁹ A los efectos de los daños causados por productos defectuosos, en el Derecho español, el TRLGDCU, en el libro III, artículo 136, incluirá también un producto más, al objeto de la responsabilidad por daños pro productos: el gas. Así, la citada disposición fija como concepto legal de producto: «cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad».

²⁰ El artículo 137 TR español, fija iguales criterios, si bien incorporará uno más, y que es resultado de la doctrina del TJUE, una vez que establece como criterio evaluador un dato objetivo por comparativo, si tenemos en cuenta que «en todo caso, el producto es defectuoso no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma especie».

²¹ Por lo que, conforme nuestro artículo 138 TRLGDCU, es productor «el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) un producto terminado; b) cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) una materia prima. Además del definido en el artículo 5 TR: fabricante del bien o al prestador del servicio —esta remisión general al prestador de servicios en este artículo inicial de la ley permite extender el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos al prestador de servicios del artículo 147— o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.

²² En el Derecho español, el plazo es de tres meses (art. 138.2 TRLGDCU)

²³ En nuestro Derecho, además de contemplar estos supuestos en los términos de la norma europea, contempla que el proveedor responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 TR).

²⁴ En el Derecho español, el artículo 1145 del Código Civil así lo contempla, fijando el plazo de prescripción para el ejercicio del derecho, el de un año a contar desde el pago de la indemnización (art. 1143 CC).

²⁵ En el Derecho español, la responsabilidad del proveedor, aunque subsidiaria, puede darse en los casos previstos artículos 138.2 y 146 TR.

²⁶ Más proteccionista para los perjudicados el Derecho español, que en el caso de los medicamentos, alimento o productos alimentarios destinados al consumo humano, no permite al productor exonerarse de responsabilidad en el supuesto de riesgos del desarrollo (art. 140.3 TRLGDCU).

1.7. Concursal civil

La venta extrajudicial de finca hipotecada (II). Cuestiones procedimentales. Especial referencia a la vivienda habitual*

The extrajudicial sale of a mortgaged property. Special reference to habitual residence

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La venta extrajudicial se inicia con el requerimiento que el acreedor dirige al deudor, requerimiento que debe ser analizado por el notario. En este sentido, el notario debe consultar el Registro Público Concursal, comprobar la inexistencia de cláusulas abusivas y la corrección de la liquidación. En el procedimiento el notario debe solicitar a instancia del acreedor la certificación de dominio y cargas, acreedor que debe constar inscrito como titular de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. El requerimiento de pago se notifica al deudor y al hipotecante no deudor y se notifica la iniciación de las actuaciones al titular de la última inscripción de dominio y a los titulares de asientos posteriores a la hipoteca que resulten de la certificación registral. Si ni el deudor, ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el titular de una carga posterior a la hipoteca verifican el pago, se procederá a la subasta del bien de forma electrónica a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. La subasta y su resultado se documentan en un acta que protocoliza el notario, concluyendo el procedimiento con el otorgamiento de la escritura de venta y la certificación de la deuda pendiente, en su caso. Para la toma de posesión del inmueble el acreedor deberá recurrir a los Tribunales ordinarios.

ABSTRACT: *The extrajudicial sale begins with the requirement that the creditor addresses to the debtor, a requirement that must be analyzed by the notary. In this sense, the notary must consult the Public Bankruptcy Registry, verify the absence of abusive clauses and the correctness of the liquidation. In the procedure, the notary must request, at the request of the creditor, the certification of domain and charges, a creditor who must be registered as the owner of the mortgage in the Property Registry. The payment requirement is notified to the debtor and the non-debtor mortgagor, and the initiation of the proceedings is notified to the holder of the last*

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar» con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la catedrática de Derecho civil, Dra. Matilde CUENA CASAS.

domain registration and to the holders of post-mortgage entries resulting from the registration certificate. If neither the debtor, nor the non-debtor mortgagor, nor the third holder, nor the holder of a post-mortgage charge verify the payment, the asset will be auctioned electronically through the Auction Portal of the State Agency State official newsletter. The auction and its result are documented in an act that is notarized by the notary, concluding the procedure with the granting of the deed of sale and the certification of the pending debt, if applicable. To take possession of the property, the creditor must resort to the ordinary Courts.

PALABRAS CLAVE: Venta extrajudicial. Requerimiento de pago. Subasta. Causas de suspensión. Escritura de venta.

KEY WORDS: *Extrajudicial sale. Demand for payment. Auction. Causes of suspension. Deed of sale.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA ENTABLAR EL PROCEDIMIENTO.—III. COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO.—IV. EL REQUERIMIENTO DEL ACREEDOR.—V. ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE PAGO POR EL NOTARIO: 1. CONSULTA AL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL. 2. COMPROBACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. 3. COMPROBACIÓN DE LA CORRECCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN.—VI. SOLICITUD DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.—VII. NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR Y AL HIPOTECANTE NO DEUDOR.—VIII. NOTIFICACIÓN DE LA INICIACIÓN DE ACTUACIONES AL TITULAR DE LA ÚLTIMA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO Y A LOS TITULARES DE ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA.—IX. LA RESPUESTA AL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LAS NOTIFICACIONES.—X. LA SUBASTA.—XI. CIERRE DEL ACTA POR EL NOTARIO Y PROTOCOLIZACIÓN DE LA MISMA.—XII. EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE VENTA.—XIII. DESTINO DEL PRECIO DEL REMATE.—XIV. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL.—XV. DEUDA PENDIENTE Y EJECUCIÓN ORDINARIA POSTERIOR.—XVI. EL LANZAMIENTO FORZOSO O DESAHUCIO DE LOS OCUPANTES.—XVII. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA COMO MEDIO PARA LA TOMA DE POSESIÓN DEL INMUEBLE.—XVIII. CONCLUSIONES.—XIX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como señalamos en un trabajo anterior, la venta extrajudicial tendría una naturaleza diversa a la de un proceso jurisdiccional de ejecución. Su fundamento radicaría en el consentimiento anticipado del deudor para la venta de la finca. Si bien el *ius vendendi* no es un elemento añadido a la hipoteca sino que integra su contenido esencial, como el acreedor no puede llevar a cabo unilateralmente tal facultad debido a la proscripción del pacto comisorio (arts. 1858 y 1884 CC), se hace preciso, por un lado, la existencia de un pacto entre las partes que autorice la venta extrajudicial de la finca y, por otro lado, un control de legalidad de tal venta. De ahí la existencia de un procedimiento para la venta extrajudicial controlado por el notario

cuya utilización debe habilitar el deudor al acreedor mediante tal estipulación. El carácter no jurisdiccional de este procedimiento se evidenciaría por la diversidad de normas a que está sujeto respecto de la ejecución judicial, concretamente los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 a 236-p del Reglamento Hipotecario, que presentan especialidades respecto de la ejecución judicial. Así, la necesidad de verificar el requerimiento de pago con arreglo al Reglamento Hipotecario; la imposibilidad de expedir certificación de dominio y cargas si el titular de la hipoteca no figura como titular registral o la posibilidad de que la anotación preventiva de demanda que cuestiona la validez de la hipoteca no se cancele aunque esté practicada con posterioridad a la nota marginal acreditativa de la expedición de tal certificación¹.

Estudiaremos a continuación los trámites fundamentales de la venta extrajudicial.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA ENTABLAR EL PROCEDIMIENTO

En cuanto a la legitimación activa y pasiva para entablar el procedimiento, de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento del Notariado y con el artículo 129.2.f) de la Ley Hipotecaria, corresponde la legitimación activa al acreedor, siempre que la hipoteca conste inscrita, ya que al ser la venta extrajudicial el despliegue de un pacto *inter partes* debe constar inscrita la cesión del crédito hipotecario para que pueda perjudicar al deudor (art. 1526.2 CC) y entenderse que se ha producido la modificación en la parte actora, no siendo aplicables las normas sobre sucesión procesal, dado que la cesión del crédito hipotecario es constitutiva (arts. 144 y 149 LH). En este sentido la Dirección General de los Registros y el Notariado ha señalado que la certificación de dominio y cargas solo puede solicitarse por el notario a instancia de quien resulte titular inscrito de la hipoteca, no expidiéndose la misma en caso contrario. La legitimación pasiva la ostenta el deudor y también el hipotecante no deudor en cuanto va a realizarse un bien de su propiedad. El fiador o avalista no está legitimado pasivamente pero se le debe notificar de forma similar a lo prevenido en el artículo 685.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la incoación de la venta dado que puede ser responsable del remanente de deuda que reste sin cubrir tras la ejecución hipotecaria dada la especial remisión del artículo 129.2.h) de la Ley Hipotecaria al artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil².

III. COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO

Aparece regulada en el artículo 236 RH. Es notario competente para la tramitación de la venta el notario hábil del lugar donde radique la finca y si hubiese más de uno el que corresponda con arreglo a turno de acuerdo con el reparto verificado por el delegado provincial. De este modo se impide que el acreedor elija el profesional ante el que tramitar la venta. El notario deberá examinar de oficio su propia competencia al analizar el contenido del requerimiento efectuado por el acreedor y como instancia previa a la admisión del requerimiento³.

IV. EL REQUERIMIENTO DEL ACREEDOR

La venta extrajudicial se inicia con el requerimiento de pago del acreedor al deudor. El paso de los trámites previos a la subasta a esta depende de que dicho

requerimiento se verifique en la forma indicada en el artículo 236-c del Reglamento Hipotecario, es decir, en el domicilio que resulte del Registro a estos efectos⁴.

De acuerdo con el artículo 236-a del Reglamento Hipotecario, este deberá expresar las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cuantía exacta objeto de reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe por razón de capital, intereses remuneratorios y moratorios y gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236-k del Reglamento Hipotecario. Al requerimiento hay que acompañar los documentos mencionados en el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria y 236-a del Reglamento Hipotecario. En concreto, la escritura de constitución de hipoteca con la nota de despacho acreditativa de haberse inscrito, el documento en que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas y que permita determinar con exactitud el interés variable, así como documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca (art. 129.2.c] LH y 236-b RH)⁵.

V. ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE PAGO POR EL NOTARIO

El notario debe proceder al análisis del requerimiento de pago y de los documentos que lo acompañan. Si son correctos admitirá la solicitud de venta extrajudicial y realizará las posteriores notificaciones. En caso contrario inadmitirá la solicitud⁶.

En el análisis del requerimiento de pago, el notario deberá además, consultar el Registro Público Concursal; comprobar la inexistencia de cláusulas abusivas; y comprobar la corrección de la liquidación.

1. CONSULTA AL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL

De acuerdo con el artículo 73 de la Ley del Notariado (aplicable a la venta extrajudicial como derecho supletorio de segundo grado en virtud de lo previsto en el artículo 72 LN y artículo 129.2.h] LH), el notario solo aceptará el requerimiento previa consulta al Registro Público Concursal, a los efectos previstos en los artículos 583 y 591 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Si el deudor en situación de insolvencia actual o inminente hubiese comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso, la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, el letrado de la Administración de Justicia dictará el mismo día en que se recibió la comunicación decreto dejando constancia de la misma y ordenará la publicación del edicto que contenga el extracto del decreto en el Registro Público Concursal. Pese a tales comunicaciones el acreedor con garantía real puede iniciar la venta extrajudicial y, por lo tanto, admitir el notario el requerimiento, pero si los bienes sobre los que recae la garantía son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, el notario suspenderá el procedimiento hasta que transcurran tres meses desde la comunicación de apertura de negociaciones. Si recae la garantía sobre la vivienda habitual y la apertura de negociaciones tuviese por fin alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, se suspenderá la ejecución una vez iniciada hasta que transcurran tres meses desde la comunicación, o dos meses desde aquella si el deudor fuese persona

natural no empresaria. La venta extrajudicial suspendida podrá reanudarse si el juez competente para la declaración de concurso resuelve que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial antes de que transcurran los plazos indicados y, en todo caso, transcurridos dichos plazos. En todo caso, el notario, de acuerdo con el artículo 73.3 de la Ley del Notariado deberá poner en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia de la venta extrajudicial con especificación del NIF del titular, persona física o jurídica cuyo bien vaya a ser objeto de subasta⁷.

2. COMPROBACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como hemos indicado antes, otra actividad que debe realizar el notario al analizar el requerimiento de pago es comprobar la inexistencia de cláusulas abusivas (art. 129.2.f) LH), bien de las que constituyen el fundamento de la venta extrajudicial, bien de las determinantes de la cantidad exigible, a los efectos de convocar a las partes a una audiencia. De esta forma puede informar al deudor, ya en el requerimiento de pago, de la opinión del notario. También debe informarse al acreedor y, en su caso, al avalista y al hipotecante no deudor. El notario procede a suspender la venta en el momento en que se acredite por cualquiera de las partes haberse planteado ante el juez competente (de acuerdo con el artículo 684.1.1.º LEC el de Primera Instancia del lugar en que radique la finca), testimonio de la resolución por la que se proceda a la admisión del incidente, el cual se tramita con arreglo al artículo 695.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si la cláusula abusiva constituyese el fundamento de la ejecución no se podrá reanudar la venta extrajudicial. Pero si no constituyese el fundamento de la ejecución podrá reanudarse a instancia del acreedor [art. 129.2.f) LH], inaplicando la cláusula abusiva⁸.

Puede plantearse si este mecanismo responde a las exigencias de la doctrina del TJUE en materia de protección del consumidor. La reciente STJUE de 20 de septiembre de 2018 (C-448/2017) ha insistido en que la existencia de un control en forma exclusiva de oposición solo preserva el efecto útil de la Directiva si no disuade a los consumidores de formular tal oposición, atendiendo al plazo para formularla, los costes de la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda y la posible falta de información en torno a la existencia de este mecanismo. Se ha señalado que la venta extrajudicial cumpliría con estos requisitos y con el principio de efectividad comunitario, ya que el procedimiento puede suspenderse en cualquier momento, normalmente la cuantía de la deuda justifica los posibles costes de la acción judicial y el notario asume una posición activa informando al consumidor y advirtiéndole de la posible existencia de cláusulas abusivas. Pero se ha señalado también que al no intervenir el juez en el despacho del título ejecutivo, como ocurre en la ejecución judicial, se mermarían los derechos que al consumidor confiere la Directiva 93/13/CEE en la medida en que no cabe un control de oficio y por ello que el propio notario debería poder suspender a iniciativa propia la venta extrajudicial si, oídas las partes, considerase que la cláusula es abusiva, e incluso que debería poder calificar como abusiva una cláusula, por lo menos si ya hubiese sido declarado como tal y constase en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 11.4 LCGC)⁹.

De acuerdo con el artículo 145 TRLC, desde la declaración de concurso, los titulares de garantías reales sobre bienes de la masa activa necesarios para la

continuidad de la actividad profesional o empresarial, no podrán iniciar procedimientos de ejecución. Igualmente, desde la declaración de concurso, los procedimientos de ejecución iniciados en aquella fecha, quedarán suspendidos aunque ya estén publicados los anuncios de subasta.

Si el acreedor pretende iniciar un procedimiento de ejecución o alzar la suspensión deberá acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes no son necesarios para esa continuidad (art. 146 TRLC).

3. COMPROBACIÓN DE LA CORRECCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN

En cuanto a la corrección de la liquidación, como en la venta extrajudicial el deudor no puede formular oposición alegando error en la cantidad exigida, el notario debe acreditar la corrección de la liquidación efectuada, de manera que si la liquidación no es conforme a lo pactado, debe ponerlo en conocimiento de las partes y dejar expedita la vía judicial. Podría argumentarse que como al requerimiento hay que acompañar documento fehaciente que acredite el saldo y las operaciones realizadas, según el artículo 218 del Reglamento del Notariado, este análisis ya lo verificó el notario, pero podría ocurrir que fuesen notarios diferentes quienes efectuasen ambas funciones¹⁰.

VI. SOLICITUD DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS

Verificado el análisis del requerimiento de pago, el notario procede a comprobar la titularidad del inmueble y la subsistencia y titularidad de la hipoteca, solicitando de oficio y a través de medios electrónicos (art. 73.4 LN) al Registrador de la Propiedad, con arreglo al artículo 236-b del Reglamento Hipotecario certificación de dominio y cargas, que el registrador expide con el carácter de información continuada haciendo constar por nota al margen de la hipoteca la expedición de la certificación y el inicio de la venta extrajudicial¹¹.

VII. NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR Y AL HIPOTECANTE NO DEUDOR

A continuación se notifica el requerimiento de pago al deudor y al hipotecante no deudor, de acuerdo con lo indicado en el artículo 236-c del Reglamento Hipotecario, en el domicilio que conste en el Registro a estos efectos, y con una de las personas indicadas en el Reglamento Hipotecario. No es admisible realizarlo en otro lugar o con otra persona ni acudir a la notificación por edictos. Tampoco existe la obligación de agotar cualquier posibilidad de actuación ya que el artículo 236-c.4 del Reglamento Hipotecario señala para este caso que lo procedente es la finalización del procedimiento y el cierre del acta. Solo excepcionalmente podrá hacerse en otro lugar cuando se cuente con el consentimiento expreso del interesado. La Dirección General de los Registros y el Notariado también admite la notificación fuera del domicilio señalado en el Registro, en la persona del representante con facultades bastantes, extremo que habría de comprobar *in situ* el notario¹².

VIII. NOTIFICACIÓN DE LA INICIACIÓN DE ACTUACIONES AL TITULAR DE LA ÚLTIMA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO Y A LOS TITULARES DE ASIENTOS POSTERIORES A LA HIPOTECA

Transcurridos diez días desde el requerimiento de pago al deudor y al hipotecante no deudor sin que hubiese sido atendido, el notario notifica la iniciación de las actuaciones al titular de la última inscripción de dominio (al tercer poseedor de finca hipotecada), y a los titulares de asientos posteriores a la hipoteca, a efectos de que decidan intervenir en la subasta como licitadores o, satisfacer el principal, intereses y costas con anterioridad al remate subrogándose en la posición del acreedor. De acuerdo con el artículo 236-c y 236-d del Reglamento Hipotecario, las notificaciones se efectuarán en la forma prevista en la legislación notarial, es decir, en el domicilio que conste en el Registro personalmente (mediante entrega de cédula) o por correo certificado con acuse de recibo. En última instancia cabe la notificación por anuncios que se fijan en el tablón de anuncios del ayuntamiento o en el Registro de la Propiedad. En este caso, la imposible notificación no supone el cierre del acta¹³.

IX. LA RESPUESTA AL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LAS NOTIFICACIONES

El artículo 236-e del Reglamento Hipotecario regula las posibles respuestas al requerimiento de pago y a las notificaciones, existiendo una triple hipótesis: que el deudor efectúe el pago, finalizando la venta extrajudicial; que pague un tercer poseedor, lo que determinará la conclusión del acta, sirviendo esta para la cancelación de la hipoteca y que el pago lo realice el titular de una carga posterior a la hipoteca, en cuyo caso el notario le requerirá para que manifieste si quiere seguir las actuaciones subrogándose en la posición del acreedor insatisfecho. En caso contrario, se dará por concluida el acta con diligencia de haberse efectuado el pago. Si ninguna de las personas anteriores efectúa el pago, de acuerdo con el artículo 236-f del Reglamento Hipotecario, transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y la última de las notificaciones antes expresadas, se procederá a la subasta de la finca¹⁴.

X. LA SUBASTA

De acuerdo con el artículo 129.2.d) de la Ley Hipotecaria, la venta se realizará mediante una sola subasta de carácter electrónico que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Los tipos en la subasta y sus condiciones serán en todo caso los determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Por su parte el artículo 129.2.e) de la Ley Hipotecaria señala que el Reglamento Hipotecario determinará el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, las causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos posteriores. Pero los artículos 236-f, g y h del Reglamento Hipotecario siguen consignando las normas propias de las subastas presenciales, por lo que estos preceptos habrían quedado tácitamente derogados por el artículo 129.2.d) de la Ley Hipotecaria, rellenándose las lagunas con la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello está conforme también con el artículo 72 de la Ley del Notariado según el cual «las subastas que se hicieren ante notario en cumplimiento de una disposición

legal (como sería el artículo 129 LH) *se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente Capítulo*»¹⁵.

La cuestión es si el artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que estableció un procedimiento especial para la subasta de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios y que era de aplicación general según lo indicado en el artículo 2 del citado Real Decreto Ley, es decir, aplicable siempre que se estuviese en presencia de la vivienda habitual del deudor o de un hipotecante no deudor, estuviese o no situado en el umbral de exclusión social, y fuese la escritura de hipoteca anterior o posterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley, está o no tácitamente derogado¹⁶.

Algunos autores consideran que tal derogación procede de la Ley 1/2013, pues esta Ley habría unificado la materia al remitir el artículo 129.2.d) LH a la LEC en todo lo referente a los tipos de subasta y sus condiciones¹⁷.

De manera que el procedimiento tal y como aparece regulado en el artículo 129 LH en redacción dada por Ley 1/2013 se aplicaría a todos los procedimientos iniciados después del 15 de mayo de 2013, sin excepción, independientemente de la fecha de la escritura (disposición transitoria quinta.2 Ley 1/2013), quedando tácitamente derogado el artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012, salvo para los procedimientos en curso en dicha fecha, que seguirían rigiéndose por tales normas a todos los efectos¹⁸.

No obstante hay quien considera (ante la falta de derogación expresa) que el procedimiento del artículo 12 sigue aplicándose a los deudores hipotecarios e hipotecantes no deudores situados en el umbral de exclusión social¹⁹ y hay quien entiende que la derogación tácita no se ha producido hasta la Ley 5/2019, al haber esta modificado el artículo 2 del Real Decreto Ley 6/2012, ampliando el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley a contratos que se suscriban con posterioridad a su entrada en vigor (y convirtiéndolo así en una norma regular por oposición a excepcional, del ordenamiento jurídico) y eliminando el último inciso relativo a que las medidas de los artículos 12 y 13 eran de aplicación general. No obstante se indica que el legislador debería haber hecho una derogación expresa del artículo 12 del Real Decreto Ley²⁰.

Por otro lado, se ha señalado que el nivel de protección para el deudor hipotecario es incluso superior en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que la única regla que carece de equivalente en el artículo 12 Real Decreto Ley 6/2012 es la que excepcionalmente permite que la adjudicación no cubra al menos el 50 % del tipo fijado para subasta o el total derecho del ejecutante, cuando concurren las estrictas circunstancias y conducta del ejecutado a las que se refiere el artículo 670.4.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que sería el único supuesto en que la protección del Real Decreto Ley 6/2012 sería superior a la otorgada por la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹.

Como hemos señalado antes, transcurridos 30 días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones mencionadas (art. 236-f RH), se procederá conforme al artículo 691 LEC, a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor a la subasta de la finca o bien hipotecado²².

En cuanto a la publicidad de la subasta procede verificarla con arreglo al artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que ha derogado tácitamente el artículo 236-f RH en este aspecto), de manera que el notario ordenará la publicación del anuncio de la subasta, remitiendo el mismo al BOE y al Portal de Subastas de la Agencia Estatal BOE, cuyo contenido será el indicado en los artículos 646 y 688 LEC. Este anuncio sirve de notificación al ejecutado y a

terceros interesados, si bien el artículo 74.2 de la Ley del Notariado prevé una comunicación personal o mediante envío de carta certificada con acuse de recibo al domicilio que conste registralmente a los titulares de derechos y cargas que figuren en la certificación de dominio y a los arrendatarios y ocupantes que consten identificados²³.

La subasta se iniciará de acuerdo con el artículo 648.2 LEC, una vez publicado el anuncio en el BOE (art. 74.1 LN) y transcurrido un periodo mínimo de 24 horas, siendo el Portal de Subastas el que fija la fecha de la subasta, en función de que se le haya remitido la información necesaria. El Portal se comunicará a través de los sistemas del Colegio de Registradores con el Registro correspondiente a fin de que expida información registral electrónica de la finca que mantendrá permanentemente actualizada hasta el fin de la subasta y será servida a través del Portal de Subastas. De acuerdo con el artículo 73.4.2.º LN «el registrador notificará inmediatamente y de forma telemática al notario y al Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado el hecho de haberse presentado títulos que modifiquen la información inicial (información continuada)²⁴.

De acuerdo con el artículo 648.5.ª LEC el ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor pueden enviar al Portal de Subastas toda la información de que dispongan sobre el bien a subastar. También puede hacerlo el notario por su propia iniciativa a costa del ejecutante. Así, información referente a la minoración de las cargas preferentes y a la situación posesoria de la finca o la posibilidad de visitar la finca (art. 669.3 LEC) lo que se contempla en el artículo 74.1 de la Ley del Notariado y da derecho al deudor a solicitar una reducción de la deuda de hasta un 2% del valor de adjudicación (art. 669.3 LEC)²⁵.

Para poder concurrir a la subasta sería preciso identificarse de modo suficiente, declarar conocer las condiciones generales y particulares de la misma y hacer un depósito previo de un 5 % del valor de tasación del inmueble, verificándose la consignación del importe por medios electrónicos a través del Portal de Subastas. El acreedor y el propietario del bien está eximido de verificar este ingreso (art. 75.1.4.º LN). También pueden concurrir a la subasta los titulares de derechos y cargas posteriores. Por ello las notificaciones a los mismos de que hemos hablado antes (art. 236-d en relación con el art. 236.1.2 RH) son trámite esencial del procedimiento²⁶.

También será preciso darse de alta como usuario del sistema, accediendo al mismo mediante mecanismos de firma electrónica, de acuerdo con lo previsto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. No obstante se ha señalado que no debería ser posible que cualquier persona desde cualquier país del mundo accediera al sistema sin que el notario controle la identificación del sujeto mediante su acreditación ante la notaría que sigue el procedimiento o a través de otro Notario que notifique esa identificación al notario que sigue el procedimiento lo que es factible ya que las notarías están conexas por una Red Segura y el notario utiliza la firma electrónica reconocida. De lo contrario pueden plantearse problemas de seguridad jurídica²⁷.

La subasta electrónica se celebra con arreglo a lo previsto en el artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cada subasta se identifica con un número concreto en el Portal de Subastas y las pujas se envían telemáticamente al mismo, devolviendo este un acuse técnico con inclusión de un sello que identificará el momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. El Portal de Subastas solo publica la postura más alta entre las realizadas hasta el momento²⁸.

Si el notario tiene noticia de la declaración de concurso del deudor, suspenderá la ejecución y la subasta quedará sin efecto (art. 145.2 TRLC). Solo se alzará la suspensión si el titular de la garantía hipotecaria incorpora a la venta extrajudicial el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que el bien no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 146 TRLC). La suspensión de la venta extrajudicial por la declaración de concurso del deudor se comunicará de inmediato al Portal de Subastas. Si la subasta se suspende por un periodo superior a quince días, se devolverán las consignaciones y retrotraerá la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta en este caso se realizará mediante una nueva publicación del anuncio, como si de una nueva subasta se tratase (art. 649. 2 LEC)²⁹.

XI. CIERRE DEL ACTA POR EL NOTARIO Y PROTOCOLIZACIÓN DE LA MISMA

Finalizada la subasta, el Portal de Subastas remite al notario una información completa y certificada del desarrollo y resultado de la subasta, concretando la postura vencedora y el resto de posturas por orden decreciente (art. 649.3 LEC). Recibida esta información por el notario, de acuerdo con el artículo 75.2 de la Ley del Notariado (cuyo contenido es casi idéntico al art. 649.3 LEC), el notario extiende una diligencia expresiva de los aspectos de trascendencia jurídica de la subasta, la identidad del mejor postor, el juicio del notario de que en la misma se han observado las normas legales que la regulan y la adjudicación en su caso al acreedor (con arreglo a los arts. 670 y 671 LEC). El notario cierra el acta haciendo constar que la subasta ha quedado concluida y el bien adjudicado y procede a su protocolización³⁰.

Si bien la legislación general sobre subastas notariales prevé en el artículo 75.2 LN que si no concurre ningún postor, el notario declarará desierta la subasta y acordará el cierre del expediente, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil que resulta aplicable a la venta extrajudicial como hemos dicho antes [art. 129.2.d) LH], la adjudicación se registrará por lo previsto en los artículos 670 y 671 LEC³¹.

En relación con la adjudicación al acreedor en caso de subasta sin postores, la Dirección General de los Registros y el Notariado sostiene la doctrina de que siempre que se trate de vivienda habitual, cuando la deuda se sitúe en la horquilla entre el 70% y el 60% del valor de tasación del inmueble, la adjudicación deberá hacerse por el concreto porcentaje de crédito que se deba, pese a que según la literalidad del artículo 671 parecería que puede verificarse por el 60 % del valor de tasación, dejando una deuda remanente y no extinguiéndola por completo. Solo si la adjudicación se verificase en estos términos sería inscribible en el Registro de la Propiedad³².

La STS (Pleno) 866/2021, de 15 de diciembre de 2021, se ha pronunciado a favor de esta interpretación pero ha considerado que corresponde verificarla a los Tribunales, y que una calificación registral que revise el fondo de la resolución judicial que incorpora el mandamiento (el decreto de adjudicación), impidiendo la inscripción si no se ha verificado la adjudicación en dichos términos excede del ámbito de calificación del registrador señalado en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario. Ello aunque la interpretación de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública responda mejor al espíritu de los artículos 670.4 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

pues es a la autoridad judicial a la que compete revisar la procedencia de la valoración jurídica que subyace a un decreto de adjudicación dictado por el letrado de la Administración de Justicia. Además, el artículo 132.4.º de la Ley Hipotecaria solo se refiere a que el registrador de la propiedad compruebe que se ha procedido a consignar el sobrante (o sea, la diferencia entre valor de adjudicación e importe del crédito) a disposición de los titulares de derechos posteriores.

Pero esta sentencia del Tribunal Supremo cuenta con un voto particular del magistrado Díaz Fraile según el cual la calificación registral sí debe extenderse al porcentaje en que se ha verificado la adjudicación para evitar consolidar mediante la inscripción un resultado perjudicial para el deudor pues para excluir la garantía que para el mismo representa la inscripción registral de su dominio habría que comprobar que ha recibido el valor que a esa propiedad se reconoce legalmente. Además la interpretación de las normas corresponde verificarla a toda autoridad, judicial, administrativa o registral (art. 3 CC), y una interpretación literal del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sería contraria al espíritu del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, primero en reformar el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con vistas a que los deudores recibieran una contraprestación adecuada por el inmueble que les permita anular o reducir al máximo la deuda pendiente. Por otro lado, se produciría la paradoja de que quien tiene más deuda pendiente, un 70% del valor de tasación, pudiera extinguir completamente la deuda y quien abonó más en periodo voluntario (solo debe por ejemplo un 65% del valor de tasación), no pudiera cancelar la totalidad de la deuda, sino soportar una adjudicación por un 60% y continuar con una deuda remanente.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en STC 79/2013, de 8 de abril, ha señalado que es necesario el cumplimiento estricto de las garantías previstas a favor del titular registral ejecutado, dada la posición privilegiada del acreedor en el procedimiento de ejecución judicial hipotecaria y entre esas garantías esenciales se encuentra que la adjudicación se haga por la cantidad que una interpretación correctora y finalista del artículo 671 en relación con el artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, lo cual el artículo 132.4.º LH permite verificar en sede de calificación registral ya que si solo pudiera verificar el registrador la consignación del sobrante, la garantía que la calificación registral supone se mantendría solo para los acreedores posteriores con derechos inscritos o anotados en el Registro, pero la suprimiría para el titular registral del dominio de la vivienda ejecutada, que se vería en el trance de perder su vivienda y sometido a una deuda inexistente legalmente.

La cuestión es cómo afecta esta sentencia del Tribunal Supremo a los procedimientos de venta extrajudicial, ya que en el ámbito notarial no hay una restricción a la calificación registral comparable a la del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco posibilidad de revisión de la decisión del notario dentro del procedimiento de venta extrajudicial. Por otro lado, la remisión del artículo 129.2.g) de la Ley Hipotecaria al juicio verbal se refiere a las posibles controversias respecto al destino del sobrante y a las cantidades pendientes según la certificación expedida por el notario pero no a comprobar o controlar la aplicación de determinada interpretación de los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En estas condiciones, tratándose de vivienda habitual, y afectando la calificación registral a una escritura de venta, debe seguirse la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a la hora de aprobar la adjudicación por el notario actuante³³.

XII. EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE VENTA

Finalizada la subasta, se procede al otorgamiento de la escritura de venta. Como el notario no puede emitir un decreto de adjudicación de la finca, el procedimiento de venta extrajudicial debe desembocar en una escritura de venta, que difícilmente querrá otorgar voluntariamente el ejecutado. De ahí que en el pacto de venta extrajudicial deba incluirse la persona a la que el deudor apodera irrevocablemente para el otorgamiento de esta escritura en su nombre (art. 234.1.3.º RH). En la escritura constan los trámites realizados, el precio de la adjudicación, el pago por el adjudicatario, el pago hecho al acreedor y el destino del sobrante si lo hubiere. Esta escritura es título suficiente para la inscripción y la cancelación de la hipoteca y cargas posteriores. Previamente el rematante habrá consignado la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate (art. 670.1 LEC) en la notaría o en cualquier establecimiento público destinado al efecto, siempre que pueda acreditarse que el dinero está a disposición del notario³⁴.

XIII. DESTINO DEL PRECIO DEL REMATE

El precio del remate se destinará al pago del acreedor ejecutante hasta el límite de la cobertura hipotecaria. Si el crédito del acreedor hubiese sido pagado solo en parte y no hubiere otros acreedores posteriores, siempre que el propietario fuera el deudor, el sobrante se destinará al pago del resto del crédito. Si hubiere otros acreedores posteriores, el sobrante se consignará en la Caja General de Depósitos haciendo constar esta circunstancia por nota marginal en la inscripción de la escritura de venta (art. 236-k RH). De acuerdo con el artículo 236-p del Reglamento Hipotecario, precepto introducido por el Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, con efectos de 2 de enero de 2021, la devolución del sobrante se iniciará por solicitud del acreedor posterior interesado dirigida a la Caja General de Depósitos, la cual da traslado al notario ante el que se hubiese verificado la venta, el cual recabará del registrador competente la certificación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada y que estuviesen vigentes antes de practicarse la inscripción de la escritura de venta. El notario notifica la recepción de la solicitud y de la certificación a los acreedores que figuren en la misma así como su criterio respecto del orden de pago con arreglo a las normas sobre prelación de créditos. Los acreedores podrán alegar en cinco días lo que a su derecho convenga, pudiendo el notario modificar el orden de prelación acogiendo las pretensiones formuladas sin con ello se logra un acuerdo. Posteriormente el notario se dirige a la Caja General de Depósitos indicándole si ha habido o no acuerdo entre los acreedores, remitiendo en caso de haberlo la escritura en que se haya formalizado y la orden de cancelación del depósito indicando los perceptores y las cuantías a percibir y la Caja General realizará el pago conforme a ellas. Si no hubiera acuerdo sobre la distribución del sobrante propuesta por el notario, la Caja General de Depósitos lo comunicará al acreedor solicitante y este deberá dirigirse a los tribunales ordinarios para que se determine por estos quién tiene derecho a percibir el sobrante.

XIII. EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN ACREDITATIVA DE LA DEUDA PENDIENTE

Una vez concluido el procedimiento de venta extrajudicial, el notario deberá expedir certificación acreditativa de la deuda pendiente [art. 129.2.g) LH] por todos los conceptos de acuerdo con el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el notario deberá ser dilucidada por las partes en juicio verbal. Sin dicha certificación, la escritura de venta no será inscribible en el Registro de la Propiedad³⁵.

XIV. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

En la venta extrajudicial no existen causas de oposición sino de suspensión de la misma, las cuales están taxativamente reguladas³⁶. De acuerdo con el artículo 76.4 de la Ley del Notariado, si la suspensión fuese de la subasta y por un periodo superior a 15 días, llevará consigo la liberación de las consignaciones, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio de la subasta. Caso de reanudarse porque se levantara la suspensión, la reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio y una nueva petición de información registral como si de una nueva subasta se tratase.

En cuanto a las causas enunciadas en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario serían taxativamente las siguientes:

— Suspensión en caso de instarse judicialmente la declaración del carácter abusivo de una cláusula [art. 129.2.f) LH].

— Suspensión en caso de que se acredite al notario la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad de la escritura de hipoteca en virtud de la cual se proceda (art. 236.ñ RH).

— Suspensión en caso de recibirse comunicación del Registro de la Propiedad de la solicitud de cancelación de la hipoteca, con posterioridad a la práctica de la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas, la cual debe notificarse de manera inmediata al notario (art. 236-b y 236-ñ RH).

En cuanto a las causas previstas en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos cabe señalar:

— Suspensión en el supuesto de solicitud de las medidas de reestructuración y en su caso, quita, antes del anuncio de la subasta, en caso de que el deudor esté situado en el umbral de exclusión social (art. 3 RDL). En aquel caso, parece que si la reestructuración solicitada y en su caso, la quita, determinan la viabilidad del préstamo, debería cerrarse definitivamente el acta de tramitación de la venta extrajudicial indicando que el préstamo ha sido rehabilitado.

— Suspensión en el caso de solicitud de dación en pago, antes del anuncio de la subasta. En este caso, el acta de venta extrajudicial debería cerrarse con escritura de dación en pago. La entidad ejecutante adherida al Código de Buenas Prácticas regulado en el anexo del Real Decreto Ley 6/2012 estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor; a la propia entidad

o tercero que esta designe. La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. La solicitud de dación en pago no será posible en el caso de que existiesen cargas posteriores a la hipoteca que se estuviese ejecutando por vía extrajudicial.

— Suspensión de acuerdo con el artículo 3 bis del Real Decreto Ley 6/2012 en el caso de que el hipotecante no deudor situado en el umbral de exclusión social exija que la entidad agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamar la deuda garantizada. En este supuesto la venta extrajudicial se suspenderá de forma temporal o definitiva, según se vea conveniente.

En cuanto a las causas de suspensión reguladas en la LEC y en la LN:

— Presentación de sentencia que acredite la inexistencia o extinción de la obligación garantizada (art. 76 LN y artículo 695.1 LEC).

— Acreditación de haber planteado ante el Juez competente el carácter no transparente de alguna cláusula que constituya el fundamento de la ejecución o hubiera determinado la cantidad exigible (art. 76.3 LN).

— La declaración de concurso del deudor (arts. 568 LEC y 76.1.b LN). De acuerdo con el artículo 145.2 TRLC, desde la declaración de concurso cualquier actuación de ejecución de una garantía real sobre bienes integrados en la masa activa del concurso quedará suspendida aunque estén publicados los anuncios de subasta. El acreedor hipotecario que pretenda alzar la suspensión deberá incorporar a la tramitación de la venta el testimonio de la resolución del juez del concurso, que declare que tales bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 147.2 TRLC).

— Presentación de demanda de tercería de dominio (art. 76 LN y 696 LEC) acompañada de título de propiedad anterior a la fecha de la escritura de hipoteca.

— Acreditación de que se ha iniciado un procedimiento de subasta (notarial o judicial) sobre los mismos bienes (art. 76.1.e) LN)³⁷.

En cuanto a las demás reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados se estará a lo dispuesto en el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 236-o RH que remite literalmente al art. 132 de la Ley Hipotecaria, precepto que hoy se refiere a la calificación del registrador, y que por ello hay que entender que remite al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este precepto señala que dichas reclamaciones no tendrán la virtualidad de suspender la tramitación de la venta extrajudicial, si bien anotada la demanda en el Registro de la Propiedad bien antes o después de practicarse la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas, dicha anotación no será cancelada al inscribirse la escritura que documente la venta extrajudicial (art. 236.1 RH), permitiendo que tenga efectos retroactivos reales³⁸.

XV. DEUDA PENDIENTE Y EJECUCIÓN ORDINARIA POSTERIOR

De acuerdo con el artículo 129.2.h) de la Ley Hipotecaria, en todo caso resulta de aplicación el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De manera que si el precio de adjudicación no cubre toda la deuda, quedará pendiente de pago la parte no satisfecha (art. 105 LH), pudiendo el ejecutan-

te abrir ejecución ordinaria por la cantidad que falte y contra quien proceda (deudor, fiador)³⁹.

Pero si el acreedor se hubiese adjudicado la vivienda habitual del deudor, el ejecutado quedará liberado si en el plazo de cinco años desde el otorgamiento de la escritura de venta satisface el 65 por ciento de la cantidad pendiente incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago o satisface el 80 por ciento de la cantidad pendiente en un plazo de diez años. Además, si el ejecutante o cualquier sociedad de su grupo enajenase en el plazo de diez años desde el otorgamiento de la escritura de venta la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de producirse la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida con tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

El plazo de 5 o 10 años deberá constarse en el caso de la adjudicación en venta extrajudicial desde el otorgamiento de la escritura de venta⁴⁰.

El notario, como hemos dicho antes, debe expedir certificación acreditativa de la deuda pendiente la cual se ha de hacer constar en la inscripción de la transmisión al objeto de posibilitar calificaciones futuras que permitan acreditar el cumplimiento de las previsiones en favor del deudor del artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹.

XVI. EL LANZAMIENTO FORZOSO O DESAHUCIO DE LOS OCUPANTES

La ejecución de la vivienda habitual del deudor dará lugar al lanzamiento de las personas que viven en ella si el adquirente lo solicita y el propietario no entrega voluntariamente la posesión inmediata del inmueble. El lanzamiento está sujeto a control jurisdiccional. De acuerdo con el artículo 675.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el adquirente podrá pedir el lanzamiento de quienes teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661 de la misma, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. La petición debe efectuarse en el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura de venta. Transcurrido este lapso temporal la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda⁴².

El lanzamiento se puede suspender en el supuesto del artículo 1 de la Ley 1/2013, es decir, en el caso de viviendas habituales de deudores vulnerables. El artículo 2 de la Ley 1/2013 indica la documentación que el notario habrá de recibir e incorporar al acta, a efectos de que sea acordada la suspensión por el Juzgado⁴³.

De acuerdo con el apartado 4 del Anexo del Real Decreto Ley 6/2012, el deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor a tiempo de aprobación del remate. Esta solicitud deberá verificarse en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que es el que estableció esta posibilidad modificando el Real Decreto Ley 6/2012, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión o bien en el plazo de 6 meses desde que se produzca la suspensión, para aquellos

ejecutados que se beneficien de la suspensión tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2017.

El arrendamiento tendrá una duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre ejecutado y adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.

Por aprobación del remate habrá que entender el momento del otorgamiento de la escritura de venta que sustituye al decreto por el que se aprueba el remate o la adjudicación.

XVII. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA COMO MEDIO PARA LA TOMA DE POSESIÓN DEL INMUEBLE

Sería posible que el acreedor adjudicatario que inscribió la escritura de venta extrajudicial utilizase el procedimiento de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria para obtener la posesión del inmueble. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia núm. 598/15, de 7 de diciembre de 2017 ha señalado que el juez que conoce de la demanda instada por el titular de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad con el fin de hacer efectivo ese derecho, no puede declarar de oficio ni a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula inserta en el contrato de préstamo garantizado con la hipoteca que ha dado lugar a la adjudicación de propiedad del titular inscrito. Ello porque durante la tramitación de la venta extrajudicial del bien, pudo formular judicialmente oposición y solicitar la suspensión de la venta extrajudicial, como prevé el artículo 129.2.f) de la Ley Hipotecaria y porque el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y por otro lado la garantía hipotecaria ya ha sido ejecutada y la propiedad sobre el inmueble ha sido transmitida sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en la venta extrajudicial⁴⁴.

XVIII. CONCLUSIONES

I. Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoria de primer grado de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario para la regulación de la venta extrajudicial existen diferencias importantes entre la tramitación de aquella y la tramitación de la ejecución judicial directa, siendo además derecho supletorio de segundo grado para la venta extrajudicial lo dispuesto en la legislación notarial.

II. Del mismo modo, la calificación de la escritura de venta extrajudicial tiene mayor amplitud que la calificación del testimonio del decreto de adjudicación expedido por el letrado de la Administración de Justicia, dada la diversa naturaleza de estos títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

III. Puesto que la venta extrajudicial tiene la naturaleza de un expediente de jurisdicción voluntaria, las controversias entre las partes deben resolverse en sede judicial.

IV. No obstante, la protección que reciba el deudor hipotecario en sede de venta extrajudicial debe ser la misma que reciba en sede de ejecución judicial directa.

XIX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 2 de julio de 2007
- STC de 20 de abril de 2009
- STC de 8 de abril de 2013

- STS (Pleno) de 15 de diciembre de 2021

- RDGRN de 30 de enero de 2012
- RDGRN de 5 de marzo de 2012
- RDGRN de 28 de noviembre de 2012
- RDGRN de 19 de marzo de 2013
- RDGRN de 9 de mayo de 2013
- RDGRN de 8 de julio de 2013
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013
- RDGRN de 28 de julio de 2015
- RDGRN de 9 de junio de 2017
- RDGRN de 25 de septiembre de 2019

- RDGSJFP de 5 de junio de 2020

XX. BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F. (2017). La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 67, 83-134.
- ALBALADEJO, M. (2016). *Derecho civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer.
- CABANAS TREJO, R. (2019). Algunas observaciones sobre la venta extrajudicial de inmueble hipotecado al hilo de la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Diario La Ley*, núm. 9464, 25 de julio de 2019, 1-25 (formato PDF).
- (2020). Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la LCCI. En *Reflexiones en la víspera de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Mesas Redondas del Colegio Notarial de Madrid. 1, 2 y 3 de abril de 2019)*. Madrid: Dykinson, (81-93).
- (2021). *La hipoteca en el concurso de acreedores: una aproximación notarial desde la práctica judicial y registral reciente*. Barcelona: Aferre.
- (2022). Interpretación correctora de la ley y calificación registral, Tribunal Supremo *dixit* (sentencia de 15 de diciembre de 2021). *El Notario del Siglo XXI*, núm. 101, 158-163.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una breve y contenida memoria explicativa de su reforma legal propuesta. En A. Domínguez Luelmo (coord.). *Vivienda e hipoteca*. Madrid: Tecnos, (593-635).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. *et alii*. (2019). Una propuesta de reforma legal sobre venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2217, marzo 2019, 3-24. Disponible en <https://Dialnet-UnaPropuestaDeReformaLegalSobreVentaExtrajudicialD-6924826>
- CORDERO LOBATO, E. (2019) (1). Capítulo XV. El valor de tasación para subasta. En A. Carrasco Perera (dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi, (671-675).

- (2019) (2). Capítulo XIX. Modificación del ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 6/2012. En A. Carrasco Perera. *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi, (713-718).
- FONT DE MORA RULLÁN, J; MOYA DONATE, P; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A; DE LA RÚA NAVARRO, A.M.^a y LONGAS POSTOR, B. (2018). Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas. *Diario La Ley*, núm. 9217, 1-46 (formato PDF).
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2020). Institutos preconcursales: El acuerdo extrajudicial de pagos. En J. Pulgar Ezquerro (dir.) *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, 160-162.
- GARCÍA MÁS, F.J. (2014). Algunas reflexiones sobre la protección del deudor hipotecario: especial consideración de la intervención notarial. En. M.^a A. Alcalá (coord.). *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*. Madrid: Dykinson, (69-89).
- GARCÍA PÉREZ, R.M. (2021). El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I). Sujetos, objeto y forma. En F.J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, (377-409).
- GOMÁ LANZÓN, F. (2014). El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, 197-222.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2013). La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, 1-4 (formato PDF). Disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51/3526-la-venta-extrajudicial-ante-notario-de-la-finca-hipotecada-constitucionalidad-y-diferencias-con-la-ejecucion-directa-judicial>.
- IMAZ ZUBIAR, L. (2020). *La encrucijada notarial en la ejecución hipotecaria*. Barcelona: Atelier.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1677-1705.
- (2017). La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria. En M. Cuenca Casas (dir.). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, (639-679).
- (2019) (1). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 1014-1040.
- (2019) (2). Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 3127-3154.
- (2020). El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 589-621.
- LÓPEZ LIZ, J. (1993). *El procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria*. Barcelona: Bosch.
- MARÍN CALERO, C. (2018). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2021). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Estudio de práctica notarial. Madrid: Fundación Notariado.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*. Madrid: Fe d'erratas.
- (2018). *La hipoteca y su reclamación judicial*. Madrid: Wolters Kluwer.
- MICÓ GINER, J. (2017). *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MILLÁN SALAS, F. (2021). Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 1815-1857.
- PERNAS RAMÍREZ, P. (2021). *El principio de tracto sucesivo*. En J. Rams Albesa (dir.). *Tratado de Derecho Civil. Tomo X. La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, (445-458).
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E y ESTANCONA PÉREZ, A (2021). *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

NOTAS

¹ IMAZ ZUBIAR, 2020, 93. RDGRN de 28 de noviembre de 2012, 18 de septiembre de 2013; 9 de mayo de 2013, 19 de marzo de 2013 y 8 de julio de 2013. Deben tenerse en cuenta las diferencias existentes entre lo dispuesto en el artículo 236-1 RH y el artículo 134 LH en relación con la anotación preventiva de demanda que cuestiona la validez de la hipoteca, dado que en el primer caso no cabe cancelar la anotación posterior a la nota marginal por la que se expide la certificación de dominio y cargas si no es en virtud de un expreso mandamiento judicial, mientras que en el procedimiento de ejecución judicial tal anotación posterior a la mencionada nota marginal sí que puede cancelarse como consecuencia de la adjudicación (lo que no es posible en la venta extrajudicial) (GÓMEZ GÁLLIGO, 2013, 2).

² ADÁN DOMÉNECH, 2017, 106-107. CABANAS TREJO, 2019, 15-16. Sobre los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor; *vid.*, MILLÁN SALAS, 2021, 1815-1857.

³ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 108.

⁴ GOMÁ LANZÓN, 2014, 204.

⁵ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 109-110.

⁶ GOMÁ LANZÓN, 111-112.

⁷ *Vid.*, GALLEGO SÁNCHEZ, 2020, 160-162. CABANAS TREJO, 2021.

⁸ GOMÁ LANZÓN, 111, 113-114, 218; ADÁN DOMÉNECH, 2017, 112-113.

⁹ CABANAS TREJO, 2019, 20. MARTÍNEZ DE SANTOS, 2016, 55; ADÁN DOMÉNECH, 2017, 112; VÁZQUEZ DE CASTRO y ESTANCONA PÉREZ, 2021, 179.

¹⁰ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 117.

¹¹ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 117.

¹² ADÁN DOMÉNECH, 2017, 116-118; CABANAS TREJO, 2019, 10-11; *Vid.*, GOMÁ LANZÓN, 2014, 204-209.

¹³ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 119. RDGRN de 25 de septiembre de 2019; 30 de enero de 2012 y 5 de marzo de 2012. STC de 2 de julio de 2007 y 20 de abril de 2009.

¹⁴ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 120.

¹⁵ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 120-122; RDGRN de 25 de septiembre de 2019.

¹⁶ CORDERO LOBATO, 2019 (2), 715-716.

¹⁷ CABANAS TREJO, 2019, 16.

¹⁸ GOMÁ LANZÓN, 2014, 215.

¹⁹ ADÁN DOMÉNECH, 2017, 120-122.

²⁰ CORDERO LOBATO, 2019 (2), 713-714 y 716-718.

²¹ CORDERO LOBATO, 2019 (2), 716-717.

- ²² IMAZ ZUBIAR, 2020, 236.
²³ ADÁN DOMENECH, 2017, 122-123. IMAZ ZUBIAR, 2020, 141-142.
²⁴ ADÁN DOMENECH, 2017, 123-124. IMAZ ZUBIAR, 2020, 139.
²⁵ IMAZ ZUBIAR, 2020, 140-141; CABANAS TREJO, 2019, 18.
²⁶ ADÁN DOMENECH, 2017, 124. *Vid.*: RDGRN de 25 de septiembre de 2019.
²⁷ ADÁN DOMENECH, 2017, 126; GARCÍA MAS, 2014, 77.
²⁸ ADÁN DOMENECH, 2017, 125.
²⁹ IMAZ ZUBIAR, 2020, 143.
³⁰ ADÁN DOMENECH, 2017, 127; IMAZ ZUBIAR, 2020, 148.
³¹ ADÁN DOMENECH, 2017, 127.
³² CABANAS TREJO, 2022, 158.
³³ CABANAS TREJO, 2022, 163.
³⁴ IMAZ ZUBIAR, 2020, 148; ADÁN DOMENECH, 2017, 129; CABANAS TREJO, 2019, 14.
³⁵ ADÁN DOMENECH, 2017, 180.
³⁶ VAZQUEZ DE CASTRO y ESTANCONA PÉREZ, 2021, 180.
³⁷ ADÁN DOMENECH, 2017, 131-133.
³⁸ RDGSJFP de 5 de junio de 2020.
³⁹ *Vid.*, MILLÁN SALAS, 2021, 1815-1857.
⁴⁰ *Cfr.*: CABANAS TREJO, 2019, 16.
⁴¹ RRDGRN de 9 de junio de 2017 y 28 de julio de 2015.
⁴² IMAZ ZUBIAR, 2020, 151-153.
⁴³ GOMÁ LANZÓN, 2014, 213.
⁴⁴ FONT DE MORA RULLÁN, J.; MOYA DONATE, P.; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A.; DE LA RÚA NAVARRO, A.M.^a y LONGAS POSTOR, B., 2018, 36.

2. MERCANTIL

Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión)

«*Shareholders agreements y contract relativity* (*some notes for reflection*)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: Inoponibilidad de pactos parasociales y relatividad contractual.

ABSTRACT: Unenforceability of shareholders' agreements and contractual relativity.

PALABRAS CLAVE: Pactos parasociales. Relatividad contractual. Estipulación en favor de tercero.

KEY WORDS: *Shareholders agreements. Contractual relativity. Stipulation in favour of a third party.*

SUMARIO: I. PACTOS PARASOCIALES Y RELATIVIDAD CONTRACTUAL.—II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. PACTOS PARASOCIALES Y RELATIVIDAD CONTRACTUAL

Como ya expusimos en su momento¹, el Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones de enjuiciar el delicado tema de la posible impugnación de acuerdos sociales por vulneración de un pacto parasocial.

Las resoluciones jurisprudenciales a las que no estamos refiriendo, a saber, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 17), la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1633), la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 140200) y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 140201) no conllevan, en nuestra opinión, una ruptura o quiebra de la doctrina jurisprudencial establecida, principalmente, en las clásicas resoluciones sobre la materia como son la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6194) y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1204).

Tal y como habíamos adelantado, las citadas sentencias del Tribunal Supremo no se oponen frontalmente a que la vulneración de un pacto parasocial pueda ser base para la impugnación de un acuerdo social contradictorio del mismo, sino que lo que realmente vienen a afirmar es que no basta la mera alegación de dicha vulneración por lo que han de analizarse si en el caso concreto confluían alguno de los requisitos del antiguo artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, resultando que en los casos enjuiciados por las mismas no se aprecia la existencia de ninguno de ellos, a saber, el acuerdo social no resulta contrario a Ley imperativa, ni a los estatutos sociales (ya que se había trasladado el pacto parasocial a los mismos) ni al interés social (no alegado correctamente, por otra parte, en las correspondientes instancias), no apreciándose la existencia de fraude de ley (al no invocarse la norma pretendidamente eludida, ni servir como base del mismo la infracción de un contrato), ni observándose la existencia de un abuso de derecho, ya que quedó constatado que la mayoría no solo actuó conforme a los estatutos, sino también conforme al pacto extraestatutario.

En su día, propugnábamos que ha de admitirse², de acuerdo con PAZ-ARES³, en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por tanto como regla general afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social⁴.

PAZ-ARES, en su citado trabajo (El Enforcement... páginas 40 y 41) concluyó con pleno acierto en relación con la posible impugnación del acuerdo social que vulnerase lo convenido en un pacto parasocial, lo siguiente: «La infracción de pactos parasociales ha de construirse necesariamente como una *causa de anulabilidad*, donde los intereses en juego son estrictamente privados, lo cual obliga —dentro del razonamiento que venimos desarrollando— a transformarlas, o bien en *infracciones estatutarias*, o bien en *infracciones fiduciarias*. La primera alternativa se ha intentado recurriendo a la vía interpretativa. Los pactos parasociales —se afirma— son reglas interpretativas de los estatutos; tratan de establecer la voluntad de todos los socios y, en esa medida, pueden equipararse. Pero la solución tampoco convence. Nuevamente, puede tacharse de artificiosa. Los pactos parasociales no son o, al menos, no son siempre un instrumento para interpretar los estatutos, sino un cuerpo de reglas que deliberadamente se ha establecido al margen del orden estatutario. La segunda alternativa, en cambio, se revela más prometedor. No hay que forzar nada las cosas, en efecto, para construir la violación del pacto parasocial como infracción fiduciaria. Basta con percatarse de que, desde un entendimiento contractual del interés social —como el que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia—, cualquier acuerdo que contravenga un pacto suscrito por «todos» los socios revela una desconsideración de sus intereses —una forma de deslealtad o infidelidad— y, en esa medida, resulta contrario al interés social. Por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está *in re ipsa*».

Con posterioridad, FERNÁNDEZ DEL POZO (El protocolo familiar... páginas 221, 222 y 223) se decanta igualmente a favor de dicha solución argumentado lo siguiente: «Bajo esta óptica, debe admitirse con nuestra doctrina —sorprendentemente pacífica— la posibilidad de una impugnación de los acuerdos sociales

adoptados en Junta o en Consejo cuyas decisiones infrinjan lo convenido en el pacto parasocial o protocolo familiar *ex* artículo 115 LSA y en el bien entendido que tales acuerdos serían anulables...como si se tratara de una infracción de estatutos o reglamentos de régimen interior (doctrina que puede seguirse de las SSTs de 24 septiembre de 1987, caso Hotel Atlantis Playa; 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992, caso Munaka; 18 de marzo de 2002, caso Villar de Olaya Golf SA, STS de 21 de septiembre de 2007, caso QUINCOSA; la RDGRN de 26 de octubre de 1989, caso Promociones Keops). Entre las mismas partes, por ejemplo, si esa es su voluntad, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad sobre el estatutario (cfr. STP Barcelona, sec. 15.^a, 18 de noviembre de 1996) o el precio de rescate pactado sobre el estatutario (STS de 23 de marzo de 2001) etc.».

Tras estas sentencias del Tribunal Supremo, David PÉREZ MILLÁN⁵⁵ expone su opinión coincidente con la doctrina anterior al decir que: «Por el contrario, ha de encontrarse un fundamento que permita no solo encuadrar tales hipótesis en las causas de impugnación previstas legalmente [para la importancia de este aspecto, v. SSTs de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 17), de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 140200), y de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 140201), sino asimismo delimitar bajo qué presupuestos y con qué límites puede admitirse la impugnación de un acuerdo social por vulnerar lo dispuesto en un pacto parasocial (...). Si todos los socios son parte del pacto parasocial, se antoja razonable, en todo caso, sostener que el acuerdo social contrario a lo pactado lesiona el interés social [en cuanto a la conclusión, cfr. de 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1204), así como PAZ-ARES, *ob. cit.*, pg. 41, que considera equivalente el razonamiento que, para el ordenamiento alemán, encuentra en esta clase de acuerdos una infracción del deber de lealtad o buena fe por los socios, y, en este sentido, cfr. ZÖLLNER, *loc. ult. cit.*; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Köln, 202, 5 I 5, pg. 94, así como EHRICKE, *Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen*, Heildeberg, 2004, págs. 29 a 34, donde puede comprobarse la relación entre el deber de fidelidad, interés de los socios e interés social, así como su posible concreción en pactos parasociales suscritos por todos los socios]».

Por su parte, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Id Cendoj: 28079110012022100290) sigue afirmando la inoponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales a la sociedad sobre la base del principio de relatividad contractual, aunque admitiendo la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales por infracción de los mismos en caso de mala fe y abuso de derecho, tal y como hiciera la sentencia del Tribunal Supremo número 120/2020, de 20 de febrero, cuando se razonaba lo siguiente:

«Fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho) la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales».

Por otro lado, en esta sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sí que se razona en sede del principio de relatividad contractual, la posibilidad que vía artículo 1257.2 del Código Civil se pueda llegar a oponer a la sociedad no firmante del pacto el contenido del mismo en determinadas ocasiones, cuando se razona lo siguiente:

«3.5. Naturalmente, la regla general de la relatividad de los contratos enunciada en el párrafo primero del artículo 1257 del Código Civil debe entenderse también sin perjuicio de la excepción prevista en su párrafo segundo respecto de las estipulaciones a favor de terceros, de forma que en caso de haberse previsto tales estipulaciones en el pacto parasocial a favor de la sociedad (los denominados “pactos de atribución”, v.gr. concesión de préstamos, prohibición de competencia, etc.), esta podrá exigir su cumplimiento, conforme a dicha norma, incluso si no fue parte del convenio parasocial».

En relación con la tipología de los pactos parasociales por parte de las resoluciones de nuestros Tribunales, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de junio de 2017 razona que la doctrina suele diferenciar tres categorías de pactos parasociales: los pactos de relación, los pactos de atribución y los pactos de organización. Los de relación son aquellos que regulan de manera directa las relaciones recíprocas entre los socios, esto es, sin intervención de la sociedad; la segunda tipología (atribución) pretenden procurar algún tipo de ventajas a la sociedad, mientras que los de organización tiene por objeto expresar la voluntad de los socios de reglamentar la organización, funcionamiento de la sociedad, lo que afecta directamente al sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad.

Evidentemente, es en el seno de los pactos de atribución donde el ejercicio de la acción de cumplimiento y ejecución de lo acordado por parte de la sociedad afectada por el mismo donde se plantea la cuestión de dicha posibilidad al amparo de lo previsto en el artículo 1257.2 del Código Civil, cuando la sociedad no es firmante del pacto parasocial.

En su momento y analizando la posibilidad de solicitar el cumplimiento y ejecución de los pactos parasociales, PAZ-ARES, razonaba que: «a) Los casos fáciles están representados, una vez más, por los pactos de atribución, en los que los socios asumen la obligación de procurar ventajas a la sociedad, tales como concederle préstamos, abstenerse de competir con ella, reintegrar sus pérdidas u otorgarle un derecho de adquisición preferente en caso de venta de participaciones. La cuestión que se plantea en estos supuestos consiste en discernir si la sociedad puede reclamar directamente de los obligados el cumplimiento de sus obligaciones invocando los pactos parasociales. La respuesta al interrogante planteado ha de ser, con carácter general, resueltamente afirmativa, y ello aun cuando la sociedad no haya suscrito el pacto (lo que, en todo caso, es aconsejable desde el punto de vista práctico). La vía de *enforcement* nos la proporciona la figura del contrato a favor del tercero (art. 1257II CC), cuyo campo de aplicación —según hoy es pacífico— no está limitado a supuestos excepcionales. La sociedad, en su condición de beneficiaria del pacto de atribución, adquiere el derecho desde el mismo momento en que el pacto es concertado. La aceptación solo es necesaria para evitar la revocación. El tema no plantea hoy en día mayor dificultad, por lo que huelga cualquier comentario ulterior».

Ante lo anterior, nos preguntamos, ¿realmente es así, es cierto que huelga en estos casos realizar comentarios ulteriores? ¿es tan sencilla la respuesta a esta cuestión?

En realidad, creemos que no, ya que la posible aplicación de lo previsto en el artículo 1257.2 del Código Civil a los pactos de atribución requiere al menos un planteamiento de lo que se ha conocido como contratos impropios en favor de tercero, o incluso, los casos en los que se pretendan crear obligaciones al tercero.

Por ello, en primer lugar y antes de proceder a abordar el análisis de lo anterior y al hilo de lo que en realidad comentábamos con anterioridad, en primer,

lugar y sin que resulte una obviedad, hemos de tratar realmente si la sociedad es o no un «tercero» porque si realmente no lo es, nos encontramos con que no hemos de recurrir al mecanismo del artículo 1257.2 del Código Civil para poderle hacer oponible el pacto parasocial no suscrito por la propia sociedad.

Por «tercero» entendemos cualquiera que no es parte en el contrato y que no traiga causa de ninguna de las partes del contrato. De nuevo, no volvemos a estar de acuerdo en que sobre esto no haya nada que plantearse.

MACÍA MORILLO⁶ en un análisis de la figura afirma sin embargo lo siguiente: «La primera afirmación que suele hacerse respecto del sujeto que ocupe la posición del tercero, afirmación que no suscita polémica alguna, es que debe tratarse de una persona —física o jurídica— distinta a las partes y de las que no traiga causa»

En el tema que nos ocupa el levantamiento del velo de la persona jurídica ya ha sido utilizado como argumento para prescindir por tanto de la misma como «tercero».

Recordemos otra vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1987 (Ar. 6194), conocido como el caso «Atlantis Playa».

PAZ-ARES (Enforcement... 34 y 35) relata este caso para resaltar la oponibilidad del pacto parasocial en caso del levantamiento del velo de la persona jurídica de la siguiente forma: «El pacto parasocial relevante en este caso era un pacto de fiducia, mediante el cual el socio titular del 100% del capital —el «socio único»— reconoce que los derechos correspondientes al 13% del capital corresponden a la Sra. Jeanne Antoinette B. El reconocimiento queda reflejado en un acuerdo meramente privado, pues *ad extra* y, desde luego, en los libros de la sociedad, la única persona que aparece como accionista es el «socio único». Así las cosas, se convoca y celebra una Junta general el día 24 de diciembre de 1984, a la que únicamente asiste el «socio único» y en el que se adoptan varios acuerdos de importancia (modificaciones estatutarias, nombramiento de gerente, etc.). Los acuerdos son impugnados por la Sra Jeanne Antoinette B. por considerar que contravienen el artículo 14 de los Estatutos, a tenor del cual los acuerdos de la Junta general requerirán, para su aprobación, «el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la sociedad tenga un solo socio». La sociedad se defiende aduciendo que frente a ella existe un solo socio —el que venimos llamando «socio único»— y que el pacto parasocial fiduciario no le es oponible al amparo de lo previsto en el artículo 7 LSA. El Tribunal Supremo estima la demanda de impugnación argumentando que los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando esta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente. La base jurídica la encuentra en la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica. En estos términos se produce el Alto Tribunal:

«En varias sentencias, y en conformidad con la mejor doctrina, esta Sala no ha vacilado en apartar el artificio de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad, y así, la sentencia de 5 de mayo de 1958 prescindió de haberse constituido una Sociedad anónima para hacer prevalecer el principio ético de que «nadie puede desposeer a otro sin la voluntad del despojado y por su propia decisión, cualquiera que sea el medio aparentemente empleado» y la de 28 de mayo de 1984 sienta la tesis general de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y

según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7.2 CC). Más recientemente la sentencia de 27 de noviembre de 1985 consideró que el sujeto pasivo de la deuda reclamada era el demandado y no la Sociedad de que era único socio y ello con independencia de la apariencia jurídica creada con la Constitución de tal ente colectivo. Últimamente, la sentencia del 9 de julio de 1986 prescindió de la forma social, por «La particular composición de la Sociedad recurrente» (tres socios, componentes del Consejo de Administración). En el caso ahora justiciable, la aparatosa convocatoria mediante los anuncios del artículo 53 de la Ley, de una Junta General Extraordinaria de Sociedad anónima constituida reconocidamente por dos únicos socios que se hallan ligados por los pactos recordados, no puede servir, en perjuicio de la impugnante que es uno de ellos dos, para que el otro se evada de estos pactos que constituyen, artículo 1091 del Código Civil, la particular ley de los contratantes, la que no puede quedar, artículo 1256, al arbitrio de uno de ellos».

Los casos de coincidencia subjetiva también han sido analizados en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico para enervar la protección que ofrecer la persona jurídica al tema en cuestión, concretamente en el campo hipotecarista en clave de aportaciones sociales en fraude de acreedores, cuando se analiza la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Como observa ROCA SASTRE⁷, la cuestión en relación con las sociedades fue analizado con profundidad por SERICK⁸, al exponerse lo siguiente: «En relación con la persona jurídica en general, y más concretamente con sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, SERICK ha estudiado a fondo el problema, y después de afirmar que el artículo 892 del Código Civil alemán (que es el que propiamente establece la fe pública registral) solo tiene aplicación cuando se trate de negocios de tráfico, conforme resulta de la finalidad de tal precepto, y de decir que el propio artículo no debe tener aplicación cuando las dos partes del negocio jurídico sean una misma persona, se extiende o entra a fondo en el problema de la persona jurídica mercantil, como uno de los presupuestos más importantes del problema.

Inspirados solo en lo sustancia de lo expuesto por dicho autor, a fin de facilitar la exposición, y siempre con relación a nuestra Ley Hipotecaria y concretamente en su artículo 34, se indica lo siguiente: (...)

SERICK dice que, si es procedente observar lo que ocurre entre los bastidores de la persona jurídica a los efectos referidos, precisa saber en qué casos los miembros de la misma pueden quedar identificados con ella. Ante esto el autor expresa que hay que partir de la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo alemán o Tribunal del Reich, en el sentido de que los socios pueden quedar identificados con la persona jurídica cuando las mismas personas se contraponen como enajenantes y adquirentes, aunque unidas diversamente y bajo otra configuración jurídica.

Ante ello dicho autor adopta la fórmula de que en el más está incluido el menos, y en consecuencia, distingue:

Si por la parte adquirente concurren solo personas que también concurren en la parte enajenante, no hay protección de la fe pública registral. Es, por ejemplo, el caso de una sociedad anónima o limitada, formada por Ticio, Cayo y Sempronio, que figura como dueña de una finca en el Registro pero sin serlo en la realidad jurídica extrarregistral, cuya sociedad la enajena a los mismos Ticio, Cayo y Sempronio, o a dos de ellos, o a uno.

En cambio, si por la parte adquirente concurren otras personas con los enajenantes, hay protección de la fe pública registral, de suerte que los adquirentes de buena fe pueden invocar tal protección del Registro, si bien como esta protección no es divisible, ha de beneficiar a todos los adquirentes. Como ejemplo basta incluir entre los adquirentes del caso anterior a otra u otras personas diferentes de las enajenantes.

Agrega SERICK que, si el enajenante es una persona jurídica, la protección de la fe pública registral beneficia a todos los adquirentes aunque solo uno de ellos no sea socio de la persona jurídica. En cambio, considera problemático, que sea procedente lo mismo cuando por la parte adquirente solo se encuentren algunos de los componentes de la persona jurídica enajenante, si bien cree que los adquirentes deben ser protegidos, aunque existan diferencias. (...)

Todavía se da un paso más avanzado al negar el carácter de tercero a una personalidad indiscutiblemente nueva, pero formada por los mismos individuos que enajenan; por ejemplo: los herederos constituyen una sociedad de responsabilidad limitada a la cual aportan los bienes que, según el Registro, parecían pertenecer al causante. Aquí no hay modificación en el régimen interno de la propiedad, sino un cambio de propietarios y, por tanto, un tercero distinto del dueño, de los transferentes, pero, sin embargo, FRITSCH aplica el criterio expuesto en atención a que de hecho son las mismas personas naturales las que figuran de uno y otro lado. (...)

Ante estas enjundiosas y relativamente añejas consideraciones, cabe preguntar si la jurisprudencia española ha tomado cartas en el problema y la contestación ha de ser tímida, pues no hemos sabido encontrar sino una alusión en la sentencia de 12 de diciembre de 1950, en la que, a pesar de no concurrir buena fe en una de las combinaciones expresadas, llega a afirmar que en el caso de la persona de un adjudicatario, en fase de disolución de una sociedad, de una finca aportada a la misma, constituida tal sociedad con la circunstancia que aquí interesa, el Tribunal Supremo llega a señalar que tal adjudicatario no era tercero, con arreglo al artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1909 (a la sazón vigente), respecto del título adquisitivo de dicha finca por la propia sociedad de responsabilidad limitada.

Pues bien: si el problema en cuestión se resuelve prescindiendo de si ha intervenido o no buena fe en los protagonistas contemplados, con mayor razón se impondrá el mismo criterio cuando la mala fe resulte demostrada. En casos como este, afirma SERICK, en que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho, para lo cual prescindirá de la norma fundamental que rige en materia de personas jurídicas y que establece una radical separación entre la sociedad y los socios desplazando o apartando la forma de la persona jurídica, con aplicación evidente en los casos de sociedad reducida a posteriori a un solo accionista o de responsabilidad limitada, e inclusive en las situaciones de

dominación o entidad entre la sociedad matriz y la filial, reducida esta a servir de simple instrumento de aquella».

Por su parte, el notario Fernando DE LA CÁMARA GARCÍA⁹, aborda resumidamente la condición de tercero protegido por la sociedad que recibe la aportación de un inmueble, al decir lo siguiente: «El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si concurren una serie de requisitos otorga una protección muy especial al tercer adquirente, concepto que interpreta la doctrina como el que no ha sido parte en una relación jurídica. Ahora bien, no se considera tercero (y, por lo tanto, no goza de protección) el que no habiendo sido parte en una relación jurídica desde el punto de vista formal, tiene una identidad real con ella. Es el supuesto de que una o varias personas aporten un inmueble a una sociedad constituida por ellas mismas. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica detecta la identidad de personas entre el aportante y la sociedad que excluye el que esta sea tercero y la posible aplicación de la protección del artículo 34 LH.

El verdadero problema se plantea cuando la coincidencia entre el aportante y la sociedad no es plena sino parcial, es decir, que una persona aporte una finca a la sociedad constituida por esa persona y otras más. La sociedad puede ser considerada como tercero al faltar la plena identidad con el transmitente. Pero para ello es necesario que la sociedad sea de buena fe. Habría mala fe cuando todos los socios conozcan el vicio que puede invalidar el derecho del aportante. En este caso, la sociedad, aun siendo tercero, no será tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH por no llenar el requisito de la buena fe. En este sentido, la STS de 6 de julio de 1945 negó la protección en un supuesto en el que todas las personas que concurrieron a formar una sociedad conocían en el momento de la constitución el vicio que recaía sobre las cosa aportada por una de ellas¹⁰».

Es decir, la coincidencia subjetiva entre socios y sociedad no solo ha permitido aplicar la doctrinal del levantamiento del velo en materia de pactos parasociales sino incluso para apreciar la buena del tercero registral *ex* artículo 34 LH (aunque la buena fe a valorar en este caso, sea la que requieren los artículos 433 y 1950 del Código Civil, es decir, la creencia de que el titular registral es dueño de la cosa o derecho y ostenta poder de disposición suficiente para transmitir el dominio o derecho, y la ignorancia de real titularidad o de cualquier otra circunstancia que pueda hacer ineficaz o limitar la titularidad que el Registro de la Propiedad publica), por lo que la misma ha de ser bien tenida en cuenta —a nuestro juicio— en relación con la oponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad no firmante de los mismos, lo cual, solo se apunta como posibilidad genérica en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 mediante la colación de la doctrina de la buena fe e interdicción del abuso del derecho, pero sin razonar con mayor argumento su aplicación a los casos de pactos parasociales omnilaterales.

El otro problema que nos asalta tras la estricta aplicabilidad del principio de relatividad contractual en los pactos sociales omnilaterales que viene aplicando el Tribunal Supremo es el del ámbito de aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil y los conocidos como contratos impropios en favor de tercero, o incluso, los casos en los que se pretendan crear obligaciones al tercero.

En relación con el primero de los temas antes apuntados, ha de recordarse la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1940/1131), ya razonó lo siguiente para diferenciar el régimen jurídico de la prestación a tercera persona de la figura del verdadero contrato en favor de tercero, en la que sí se le confiere al tercero la acción de cumplimiento en sede del artículo 1257.2 del Código Civil:

«En líneas generales, afirma el Tribunal Supremo, la estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato, y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción aislándola de otras figuras de derecho similares, conviniendo especialmente, ya ceñidos al pleito, diferencia el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según esta venga autorizada solamente para recibir la prestación, o adquiriera además el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que en el primer caso el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso del verdadero contrato a favor de tercero, este es el titular del derecho hacia él derivado».

Por lo tanto, para encontrarnos dentro del ámbito del artículo 1257.2 del Código Civil, el tercero no ha de ser un mero destinatario de la prestación sino que ha de adquirir además el derecho estipulado, por lo tanto habrá que estar al contenido específico del pacto parasocial de atribución para poder concretar si efectivamente le asiste o no a la sociedad la acción de cumplimiento.

Por otro lado, nos encontramos con los pactos de atribución de concesión de préstamos a la sociedad, donde con carácter generalizado se ha afirmado la posible aplicación de la acción de cumplimiento *ex* artículo 1257.2 del Código Civil, lo que en nuestra opinión no ha de predicarse igualmente con carácter generalizado, debiendo por tanto estarse al condicionado del clausulado del préstamo para poder afirmar si le asiste a la sociedad la acción de cumplimiento.

Nos permitimos en esta sede, recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo, cuando en la sentencia de 11 de julio de 2018, núm. 432/2018, se nos ofreció lo siguiente al respecto:

SEGUNDO.— Doctrina de la Sala sobre la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo El artículo 1124 del Código Civil se refiere a la facultad de resolver las obligaciones «recíprocas» para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC).

El artículo 1124 del Código Civil refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al artículo 1124 del Código Civil y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los artículos 1733 y 1736 del Código Civil para el mandato, los artículos 1775 y 1776 del Código Civil para el depósito o los artículos 1749 y 1750 del Código Civil para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen «ex post», que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son correspondientes y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (art. 1730 CC para el mandato, art. 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el art. 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante).

En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 del Código Civil.

En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 del Código Civil, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible.

La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados).

La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe.

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 del Código Civil, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.

Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».

Sobre la imposibilidad de constituir obligaciones mediante el mecanismo del artículo 1257.2 del Código Civil, también se ha pronunciado la doctrina. De esta forma, CARRASCO PERERA¹¹ opina al respecto: «Nadie puede quedar obligado contra su voluntad, si la obligación no viene impuesta por una ley. No se puede crear en un tercero una obligación, ni una posición mixta de derecho y obligación, por el procedimiento del artículo 1257 II del Código Civil. La aceptación inicial es precisa, y una aceptación que es además contractual y no un mero asentimiento a obligarse. Si el estipulante y el promitente acordaran que el tercero asumirá una obligación, este acontecimiento solo podría conseguirse por medio de una ratificación (art. 1259 CC), de un negocio obligatorio realizado sin poder o de

una gestión beneficiosa de negocios ajenos sin mandato, o por medio de una delegación, en la que el «tercero» asume su papel, voluntariamente, de delegado *solvendi o credendi*. Esta atribución de pasivo por obra de terceros es especialmente interesante cuando se estipula un derecho en favor de tercero, pero este derecho está sujeto a una carga o modo que no agota el valor de la atribución. También en este caso hace falta un consentimiento contractual. Y, por supuesto, hace falta consentimiento si el activo que se atribuye es un *contrato bilateral en su conjunto*».

En suma, consideramos que no puede ser objeto de una afirmación dogmática con la rotundidad que se realiza en determinadas ocasiones sobre la inoponibilidad e inexistencia de la acción de cumplimiento por parte de la sociedad en los pactos extraestatutarios omnilaterales no firmados por la misma, ya que efectivamente recursos como el fraude de ley y el abuso de derecho (levantamiento del velo societario) pueden y han de ser utilizados para lograr lo anterior.

Por último, no todos los pactos de atribución no firmados por la sociedad pueden hacerse valer a nuestro juicio por la vía del mecanismo de la estipulación en favor de tercero, sino que habrá de estarse a la concreta redacción y clausulado del mismo para poder determinar si efectivamente se le atribuye a la sociedad la adquisición del derecho y no el mero beneficio del mismo previo deslinde de aquellos casos en los que se atribuyan obligaciones sociales a la sociedad en el concreto pacto de atribución, que por naturaleza han de desterrarse del ámbito de aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil.

II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 9 de diciembre de 1940
- STS de 6 de julio de 1945
- STS de 12 de diciembre de 1950
- STS de 24 de septiembre de 1987
- STS de 10 de febrero de 1992
- STS de 10 de diciembre de 2008
- STS de 5 de marzo de 2009
- STS de 6 de marzo de 2009
- STS de 11 de julio de 2018
- STS de 7 de abril de 2022
- SAP de Valladolid de 28 de junio de 2017

III. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. 3.^a ed., febrero de 2021, Thomson-Reuters.

DE LA CÁMARA GARCÍA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Vol. 3.º. Derecho de Sociedades. Parte Especial (II). Editorial Thomson Civitas, 2004, Consejo General del Notariado.

FERNÁNDEZ DEL POZO: *El Protocolo Familiar. Empresa Familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2008.

GARRIGUES: Los sindicatos de voto, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955.

- MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXIII, 2020, fasc. II.
- OPPO. *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
- PAZ-ARES: El Enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5. 2003.
- PÉREZ MILLÁN: De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales. Jornada, Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital, celebrada el 20 de abril de 2009 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid.
- PÉREZ MORIONES: *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, 1996.
- REDONDO TRIGO: De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711.
- REDONDO TRIGO. Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 85, núm. 715, 2009.
- ROCA SASTRE, R.M.^a, ROCA-SASTRE, L., MUNCUNILL, BERNÁ I XIRGO, J. *Derecho Hipotecario*. 9.^a edición, Tomo II, Vol. 2. Editorial Bosch, 2008.
- SERICK. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción de Puig Brutau, 1958.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 85, n.º 715, 2009, 2678-2690.

² REDONDO TRIGO: De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, 522-532.

³ PAZ-ARES: El Enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5. 2003. *Vid.*, con carácter general sobre la materia, la abundante doctrina nacional y extranjera citada por este autor.

⁴ Aunque esta solución haya sido negada tradicionalmente. *Vid.*: OPPO: *Contratti parasociali*, Milano, 1942 y GARRIGUES: Los sindicatos de voto, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, la doctrina más reciente ha venido confirmando la existencia de dicha oponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad en determinadas situaciones, así, PÉREZ MORIONES: *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, 1996; PAZ-ARES: (El Enforcement...) y FERNÁNDEZ DEL POZO: *El Protocolo Familiar. Empresa Familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2008.

⁵ PÉREZ MILLÁN: De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales. Jornada. *Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital*, celebrada el 20 de abril de 2009 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

⁶ MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXXIII, 2020, fasc. II, 575.

⁷ Ramón M.^a ROCA SASTRE. Luis ROCA-SASTRE Muncunill. Joan Berná i Xirgo. *Derecho Hipotecario*. 9.^a edición, Tomo II, Vol. 2. Editorial Bosch, 2008, 234 y siguientes.

⁸ SERICK. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción de Puig Brutau, 1958, 230 y 232.

⁹ DE LA CÁMARA GARCÍA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Vol. 3.º. Derecho de Sociedades. Parte Especial (II). Editorial Thomson Civitas, 2004, páginas 391 y 392. Consejo General del Notariado.

¹⁰ ROCA SASTRE, *vid. op. cit.* páginas 239, 240 y 241, apoya sus conclusiones en la siguiente jurisprudencia: «La sentencia de 7 de julio de 1927 recayó sobre un caso interesante, y en ella el Tribunal Supremo declaró que, según los términos claros del artículo 34 (y del entonces art. 27) de la Ley Hipotecaria de 1909 y la reiterada jurisprudencia producida, dicha sociedad X carecía de la calidad de tercero, debido a lo ostensible e indubitado del derecho reclamado, pues TICIO, después de dictada y publicada dicha sentencia confirmando el laudo arbitral, no podía constituir tres días más tarde, con varios de sus familiares, la repetida sociedad X, aportando a ella todos sus bienes, al intento de crear una figura de tercero para ampararse en las inmunidades de la Ley, toda vez que no puede alegarse ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del embargo de sus bienes, y aunque no existieren en las actuaciones motivos para estimar la constitución de la sociedad X como una aparente transformación económica de la pretensión del condenado, con fines mal avenidos al cumplimiento del laudo pronunciado, habría que reconocer que dicha sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aquel, y embargados para la ejecución del laudo, en el concepto de tercero, como es indispensable para considerarlo como tal.

Hay que observar que a veces la jurisprudencia niega la condición de tercero a quien siéndolo carece de buena fe, olvidando que una cosa es ser tercero y otra estar o no en buena fe, de suerte que se puede ser adquirente pero sin ser tercero hipotecario, por no llenar el mismo este requisito de la buena fe, indispensable para merecer la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La sentencia de 6 de julio de 1945 también tiene interés aquí. Recayó en un caso de aportación de finca a una sociedad, conociendo el aportante y los demás que intervinieron en la constitución de la misma el vicio que afectaba a la titularidad de dicho aportante. Y el Tribunal Supremo, en esta sentencia, resolvió que, según reiterada jurisprudencia, para ser amparado el tercer adquirente por la fe pública del Registro debe reunir las circunstancias requeridas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entre las cuales haya la de tener buena fe el tercer adquirente, y como todas las personas que concurrieron a formar dicha sociedad X conocían, en el momento de la constitución de la misma, la existencia del contrato de permuta celebrado entre TICIO y CAYO, cuya resolución se debatió en el pleito, y que recae sobre la casa aportada por TICIO, es manifiesto que no se daba el requisito de la buena fe, y, por tanto, no podía tener tal sociedad la condición de tercero a los efectos derivados de la protección del Registro. Esta sentencia adolece de la misma confusión que la anterior.

Por último, la sentencia de 24 de octubre de 1989 trata de un caso de identidad de dos personas jurídicas, que supone que no cabe apreciar la existencia de buena fe».

¹¹ CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. 3.^a ed., febrero de 2021, Thomson-Reuters.

3. URBANISMO

Modificaciones de entidades hipotecarias de fincas de origen por parte de un proyecto de reparcelación

Land addition, grouping, division and segregation made by plot-redivision projects

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: Se analiza en este comentario la formalización de modificaciones de entidades hipotecarias por medio de los proyectos de reparcelación, con exposición de los supuestos legalmente previstos y algunos otros en los que en la práctica puede resultar de utilidad acudir a esta clase de operaciones.

ABSTRACT: This comment exposes the legally foreseen cases of formalization of modifications of registered estates through plot-redivision projects, as well as some other cases in which in practice it may be useful to resort to this kind of operations.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación. Modificación de entidades hipotecarias. Segregación. División. Agregación. Agrupación. Finca de origen. Finca aportada.

KEY WORDS: Plot-redivision project. Modification of registered estates. Segregation. Division. Aggregation. Grouping.

Resolución de 18 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. MODIFICACIONES DE ENTIDADES HIPOTECARIAS PREVIAS AL PROYECTO DE REPARCELACIÓN. 3. MODALIDADES DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN EN RELACIÓN CON SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL: A) *Cancelación directa de las fincas de origen.* B) *Agrupación instrumental y posterior división.* 4. LA SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCAS «A CABALLO». 5. LA SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCAS PARCIALMENTE EDIFICADAS. 6. LA AGRUPACIÓN O AGREGACIÓN COMO MEDIO DE IDENTIFICACIÓN FÍSICA Y GRÁFICA DE UNA FINCA APORTADA: PLURALIDAD DE FINCAS REGISTRALES COMPRENDIDAS EN UNA ÚNICA PARCELA CATASTRAL: A) *Fincas registrales con idéntica estructura de titularidades.* B) *Fincas registrales con diferente estructura de titularidades.* 7. LAS MODIFICACIONES DE ENTIDADES HIPOTECARIAS COMO MEDIO DE RESOLVER O DE AISLAR SITUACIONES CONFLICTIVAS. 8. OTRAS POSIBLES UTILIDADES DE ESTAS OPERACIONES.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta en el Registro una certificación administrativa aprobatoria de un proyecto de reparcelación que fue objeto de una primera calificación que motivó el recurso resuelto por la Dirección General por resolución de 27 de enero de 2021. Más adelante se vuelve a presentar la misma certificación aportando una serie de documentos complementarios en orden a subsanar los defectos planteados.

La registradora en la nota de calificación acuerda mantener en esencia la calificación negativa previa invocando, entre otros defectos, el consistente en la discordancia entre las superficies de las fincas de origen que constan en sus respectivos historiales registrales, la que resulta del Catastro (las tres fincas de origen conforman una única parcela catastral) y la superficie del ámbito incluido en el proyecto de equidistribución. Esta discordancia pondría de manifiesto «la eventual existencia de modificaciones hipotecarias, en particular segregaciones, que parecen deducirse del proyecto aprobado y que, sin embargo, no han sido debidamente formalizadas en la certificación presentada como trámite previo a la inscripción de las fincas resultantes».

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución de 18 de enero de 2022 confirmó la calificación negativa en este punto sobre la base de la argumentación contenida en el apartado segundo de sus fundamentos de derecho que seguidamente se expone.

«Tratándose de la omisión de operaciones de segregación de fincas aportadas debe considerarse que el cauce procedimental adecuado es el de la operación jurídica complementaria de modo que complete el contenido del proyecto aprobado mediante el correspondiente procedimiento administrativo con intervención del titular afectado y que quede reflejado en certificación municipal que contenga las circunstancias que exige el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997—en particular en cuanto a la descripción de las fincas aportadas previa segregación, en su caso, y su correspondencia con las de resultado.

En el supuesto de que no hubiera operaciones previas de segregación por aportarse íntegramente la finca afectada el título podrá rectificarse aclarando que se trata de una mera rectificación superficial amparada en el artículo 8 del citado Real Decreto lo que podrá hacerse mediante la simple emisión de certificación en tal sentido de la correcta descripción y expresando que se trata de una rectificación descriptiva de la finca aportada.

La resolución citada de 27 de enero de 2021 confirmó que las incoherencias planteadas por la registradora respecto a las superficies de las fincas aportadas, representaciones gráficas y la referencia a fincas resto, ponen de manifiesto dudas sobre la existencia de operaciones de modificación de entidad hipotecaria para delimitar la unidad de actuación que no están expresamente documentadas, operaciones que en ningún caso pueden entenderse implícitas en la redacción del proyecto ni resulta suficiente la aportación de una mera instancia suscrita por el presentante para considerar aclarado tal extremo que, como se ha argumentado, debe ser a través de la oportuna certificación administrativa emitida por el órgano competente del Ayuntamiento bien se trate de una mera rectificación material o de la formalización de una operación jurídica complementaria al contenido del proyecto, figura esta necesaria en caso de tratarse de la omisión de una segregación previa en las fincas aportadas.

Aclarado tal extremo podrá valorarse además la coherencia de la representación gráfica aportada con la descripción de las fincas afectadas siendo necesario por otra parte que la misma sea aprobada por la Administración competente como señaló la resolución de 27 de enero de 2021 conforme al punto séptimo de la resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, al regular los requisitos que ha de cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa de las fincas que se aporte al Registro de la Propiedad».

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Según el artículo 71.1 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, «se entiende por reparcelación la agrupación o integración del conjunto de las fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas, en proporción a sus respectivos derechos, y a la Administración competente, en la parte que corresponda conforme a la Ley del Suelo y al Plan».

Dada la vocación de todo proyecto de reparcelación de desembocar en el Registro de la Propiedad produciendo una completa redefinición de las fincas registrales incluidas en la unidad de ejecución correspondiente mediante la sustitución de las fincas antiguas, de origen o aportadas por otras nuevas, de resultado o adjudicadas, ajustadas al planeamiento aplicable, podría decirse que la reparcelación constituye en sí misma una suerte de modificación de entidades hipotecarias de carácter complejo y que afecta en general a la totalidad de la unidad de ejecución.

Al margen de la consideración general anterior, lo cierto es que el proyecto de reparcelación es título hábil para la realización de modificaciones de entidades hipotecarias específicas sobre las fincas de origen afectadas por la actuación. Así lo entiende el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana cuando dispone en su artículo 68.5 que «el título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine».

Análogamente, el 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 dispone en su artículo 8.2 que «La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para (...) 2. La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución».

En orden a la coordinación entre el Registro y el Catastro impulsada por la Ley 13/2015, de reforma de las Leyes Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario, el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria dispone que «Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que

determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

En los apartados siguientes vamos a ver varios posibles supuestos de modificaciones de entidades hipotecarias realizadas por los proyectos de equidistribución, si bien haremos también una breve referencia a las que pudieran hacerse con anterioridad a su aprobación.

2. MODIFICACIONES DE ENTIDADES HIPOTECARIAS PREVIAS AL PROYECTO DE REPARCELACIÓN

Todas las modificaciones de entidades hipotecarias dirigidas a prefigurar la definición y la estructura de la propiedad de las futuras fincas de origen podrían realizarse al margen del proyecto de equidistribución y antes de su aprobación definitiva.

Esta solución puede resultar de utilidad para lograr ciertos objetivos, como por ejemplo la enajenación de la parte de finca registral que se encuentra afectada por la actuación conservando el transmitente la parte exterior, o la separación de las partes de fincas pertenecientes a la Administración y afectas al dominio público y aquellas otras que pudieran tener carácter patrimonial, previa la correspondiente desafectación cuando procediera.

Al realizarse estas operaciones con anterioridad al proyecto de reparcelación, les serían de aplicación las normas generales previstas al efecto en los artículos 45 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Sin embargo, para tal supuesto hay que tener en cuenta también ciertos condicionantes de orden urbanístico, entre los que destaca la exigencia de la previa obtención de la correspondiente licencia de parcelación recogida desde antiguo por la legislación del suelo, tanto estatal como autonómica, y hoy en los artículos 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 78 del Real Decreto 1093/1997.

Naturalmente, este condicionante solo afecta a los actos de parcelación o fraccionamiento de terrenos, es decir, desde el punto de vista registral, a las operaciones de segregación y división de fincas, pero no a las de agrupación y agregación.

El problema principal surge cuando, conforme a la legislación autonómica del suelo, no es posible la obtención de la licencia de parcelación como sucedería, por ejemplo, en los casos de suspensión del otorgamiento de licencias, en aquellos en que no esté todavía aprobada la ordenación pormenorizada o en los de contravención de las normas sobre parcela mínima.

Esta problemática fue tratada en el número 793 de esta Revista¹, en el cual propusimos algunas posibles soluciones para salvar los obstáculos aludidos.

Por lo tanto, en los apartados siguientes nos centramos en el estudio de las modificaciones de entidades hipotecarias que pueden ser realizadas directamente por el proyecto de reparcelación.

3. MODALIDADES DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN EN RELACIÓN CON SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

El artículo 71.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, antes transcrito, permite entrever dos modalidades posibles de lograr la reordenación de la propiedad que persigue el proyecto de equidistribución en orden a su inscripción registral.

Esta dualidad de mecanismos aparece claramente reflejada en el texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, cuyo artículo 310.3 establecía que «La inscripción de los títulos de reparcelación o compensación podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la unidad de ejecución y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de reparcelación o compensación». En la actualidad siguen coexistiendo ambas posibilidades.

A) Cancelación directa de las fincas de origen

En la práctica suele utilizarse la primera de las fórmulas recogidas en el citado precepto, consistente en la sustitución directa de las fincas de origen, cuyas inscripciones quedan canceladas en virtud del proyecto, por las fincas de resultado, que abren nuevo folio registral.

El Real Decreto 1093/1997 se refiere a la inscripción del proyecto de reparcelación bajo esta primera modalidad en su artículo 18.3, según el cual «Si no se agruparan las fincas de origen, en la cancelación de sus asientos se harán constar los datos de las fincas de resultado que el proyecto adjudique, por subrogación real, a su titular y, en su caso, la finca de resultado a que ha sido trasladada cada carga o derecho compatible con la ordenación. Las fincas de resultado se inscribirán en folio y bajo número independiente, con traslado de las cargas que le corresponden».

En cuanto a la coordinación entre el Registro y el Catastro, la representación gráfica de las fincas de resultado contenida en los proyectos de reparcelación puede tener por base la cartografía catastral o la representación gráfica alternativa. Esta doble posibilidad es admitida por la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, al afirmar en su apartado quinto, punto 1, que «Cuando se presenten en el Registro de la Propiedad documentos públicos derivados de la aprobación de expedientes de concentración parcelaria, deslinde, expropiación forzosa, de transformación o equidistribución urbanística, y de parcelación, segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles, que no incorporen la representación gráfica catastral de las nuevas fincas resultantes, así como en los supuestos del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, los documentos presentados para la inscripción deberán incorporar la referencia catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica de cada una de las parcelas catastrales afectadas referidas a la situación anterior al hecho, acto o negocio objeto de inscripción, junto con la representación gráfica alternativa de las fincas resultantes derivada de los planos que reflejen dichas alteraciones, que deberá cumplir las especificaciones técnicas contempladas en el apartado séptimo de esta resolución».

Así, puede suceder que el proyecto de reparcelación incorpore ya la representación gráfica catastral de las fincas de resultado, por haberse asignado a estas una referencia catastral antes de la inscripción de aquel. Este supuesto es contemplado por la Resolución Conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro de 23 de septiembre de 2020, por la que se aprueban especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros

requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en su apartado decimoquinto, punto 4, bajo el título «Asignación de la referencia catastral con carácter previo a la inscripción».

Fuera de ese supuesto especial, será necesario aportar la representación gráfica alternativa de las fincas de resultado conforme a la regla general prevista en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, siendo de aplicación la norma contenida en el artículo 204 de la misma.

B) Agrupación instrumental y posterior división

Esta otra fórmula, la de la llamada agrupación instrumental, se traduce en la realización por el proyecto de dos clases de modificaciones de entidades hipotecarias sucesivas: la agrupación de las fincas de origen en una sola y la posterior división de la finca agrupada para formar las fincas de resultado.

A esta modalidad se refiere el artículo 7.5 del Real Decreto 1093/1997 al disponer que «En el caso de que en el proyecto se lleve a cabo la agrupación instrumental de la totalidad de las fincas de origen que forman parte de la unidad de ejecución, se describirá la finca agrupada, que deberá comprender solamente los terrenos físicamente incluidos en la unidad de que se trate resultante de la agrupación de todas ellas».

El artículo 18.2 del mismo Real Decreto contempla la forma de inscripción en estos términos: «Si se hubieran agrupado en el proyecto las fincas de origen, la inscripción de la agrupación se practicará a favor de la comunidad de los interesados en el procedimiento y en la nota de referencia se hará constar su carácter instrumental».

Desde el punto de vista de la coordinación entre el Registro y el Catastro, la Resolución Conjunta de 2015 antes citada establece en su apartado decimo-cuarto, 3.A, párrafo tercero, que «Cuando para practicar la inscripción registral se haya optado por la agrupación instrumental de todas las fincas afectadas por el expediente de equidistribución para su posterior división como fincas independientes, no será necesaria la inscripción previa de la representación gráfica de la misma, sin perjuicio de la observancia en su descripción del criterio antes expresado en relación con la delimitación cartográfica de la Unidad conforme a lo dispuesto en el artículo 9 letra b) de la Ley Hipotecaria, al objeto de proceder a la inscripción y coordinación de las fincas resultantes».

4. LA SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCAS «A CABALLO»

El supuesto más común de fraccionamiento de fincas mediante el proyecto de reparcelación es el aplicable en aquellos casos en que se trate de fincas de origen que solo parcialmente se encuentran situadas dentro de la unidad reparcelable.

Como vimos anteriormente, los artículos 68.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 8.2 del Real Decreto 1093/1997, consideran a los proyectos de equidistribución como títulos materiales hábiles para realizar modificaciones de entidades hipotecarias.

La primera utilidad de esta habilitación legal que salta a la vista es que se trata de la traducción al ámbito registral del mandato que late en la legislación urbanística consistente en que los efectos del proyecto de reparcelación queden circunscritos a los terrenos comprendidos en la unidad de ejecución, de acuerdo

con el artículo 77.1 del Reglamento de Gestión, antes transcrito, y con el 68.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Si en el proyecto solo pueden tener la consideración de fincas aportadas aquellas cuyos límites físicos sean completamente interiores a la unidad, no se escapa que cuando alguna finca registral se encuentre solo parcialmente incluida en ella el proyecto deberá separar la parte interior y la exterior como fincas registrales independientes. Esta separación constituye, pues, una operación formalizada en dicho instrumento con carácter previo a las propiamente reparcelatorias, de tal modo que la finca aportada coincidirá con la porción que queda dentro de la unidad o ámbito correspondiente y que será precisamente la que se computará a los efectos de la determinación del aprovechamiento urbanístico que habrá de hacerse efectivo sobre las fincas de resultado de la reparcelación. La porción que queda fuera de la unidad no participará del proceso reparcelatorio.

Esta separación por los proyectos de reparcelación de las partes interna y externa de las fincas parcialmente incluidas en el ámbito suele realizarse normalmente mediante la oportuna segregación de la parte exterior, si bien no encontramos obstáculo alguno en que la porción que se segregue sea la interior quedando la exterior como resto².

Tampoco parece descartable la posibilidad de que aquella separación se realice, no por segregación, sino mediante la operación de división, lo que puede resultar de utilidad cuando al fraccionar la finca resulten, por la especial geometría del ámbito, varias porciones internas distantes entre sí. Claro que el mismo efecto podría también lograrse mediante una segregación doble o múltiple o describiendo la porción resultante como finca discontinua, pero entendemos que la elección corresponde al redactor del proyecto.

En todo caso, se opte por la segregación o por la división, es preciso que el proyecto de reparcelación contenga la representación gráfica alternativa tanto de la parte interior como de la exterior en aras de la necesaria coordinación con el Catastro. Así lo entiende la Resolución Conjunta de 2020, antes citada, cuando señala en su apartado decimocuarto, 1.b, párrafo segundo, que «A tal efecto, debe tenerse presente que cuando la actuación administrativa afecte solo parcialmente a alguna de las parcelas que hayan de integrarse en la misma, será necesario que la representación gráfica que se aporte identifique y determine gráficamente tanto la superficie afectada por el expediente como la referida a la parte excluida, siempre respetando la delimitación perimetral externa de las parcelas afectadas». En estos casos, el Proyecto realizará las segregaciones —o divisiones— correspondientes a fin de separar la parte de la finca interior y la exterior de las fincas originarias que se encuentren en esta situación, debiendo atenderse a la previsión contenida en el apartado quinto de la misma Resolución Conjunta cuando establece que «En las segregaciones, la regla general implica que habrá de inscribirse y coordinarse la representación gráfica georreferenciada tanto del resto de la matriz como de la porción segregada. Sin embargo, cuando se trate de fincas registrales con segregaciones o expropiaciones pendientes, que no hayan accedido al folio registral de la matriz y en las que no sea posible la determinación de la finca restante, la inscripción gráfica georreferenciada podrá limitarse exclusivamente a la parte segregada».

5. LA SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCAS PARCIALMENTE EDIFICADAS

Otra de las causas a las que pueden obedecer los fraccionamientos de fincas registrales afectadas por la actuación reparcelatoria es la contemplada en

el artículo 89 del Reglamento de Gestión Urbanística, que tras disponer en su apartado 1 que «Cuando en la unidad reparcelable estén comprendidos terrenos edificados con arreglo al planeamiento, estos no serán objeto de nueva adjudicación, conservándose las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos cuando fuere necesaria y de las compensaciones económicas que procedan», añade en el apartado 2 que «Si se trata de fincas que solo están parcialmente edificadas, la regla anterior solo será aplicable a la parte de finca que esté edificada, pudiendo segregarse la superficie libre».

En consecuencia, en estos casos puede segregarse la superficie libre de edificación, dado que la parte edificada no es objeto de nueva adjudicación, si bien tampoco en este supuesto parece descartable que el fraccionamiento se pueda realizar en el proyecto por división de la finca en lugar de por segregación.

Por otro lado, para estos casos de edificaciones existentes en alguna de las fincas de origen de la reparcelación ha de estarse a lo dispuesto por el artículo 7.7 del Real Decreto 1093/1997, según el cual el proyecto de equidistribución debe contener «la descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican» y que «se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral». Esta materia ha quedado también afectada por las normas sobre coordinación previstas por la Ley 13/2015, que ha sustituido la regulación que de las declaraciones de obra nueva contenía el antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria por el contenido del nuevo artículo 202, el cual exige que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación quede identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica, exigencia que parece extensible sin dificultad a los proyectos de reparcelación³.

Hasta ahora hemos visto algunos supuestos de modificación de entidades hipotecarias por parte de los proyectos de reparcelación previstos expresamente en el ordenamiento urbanístico, pero no se agotan en ellos las posibles utilidades de estas operaciones, como vamos a exponer en los apartados siguientes.

6. LA AGRUPACIÓN O AGREGACIÓN COMO MEDIO DE IDENTIFICACIÓN FÍSICA Y GRÁFICA DE UNA FINCA APORTADA: PLURALIDAD DE FINCAS REGISTRALES COMPRENDIDAS EN UNA ÚNICA PARCELA CATASTRAL.

Dada la vocación del proyecto de reparcelación de consolidarse jurídicamente mediante su inscripción registral, cada finca aportada se corresponde con una finca registral diferente, de tal modo que si aquella no estuviera inscrita, el proyecto se encargaría de inmatricularla. Así lo prevén tanto el artículo 68.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, antes expuesto, como el artículo 8.1 del Real Decreto 1093/1997, según el cual «La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para (...) 1. La inmatriculación de fincas que carecieran de inscripción (...)». Por lo tanto, el capítulo de fincas aportadas de todo proyecto de reparcelación se organiza sobre la base de fincas registrales.

Además, tras la citada Ley 13/2015, se ha acentuado la exigencia de realizar la identificación gráfica de las fincas aportadas que ya recogía el artículo 82 del Reglamento de Gestión Urbanística, que en su apartado 1.f enumera los planos que necesariamente ha de contener todo proyecto de reparcelación, entre los que figuran el plano de delimitación e información (con expresión de los límites de la unidad reparcelable, linderos de las fincas afectadas, edificaciones y demás

elementos existentes sobre el terreno), el plano de adjudicación (con expresión de los linderos de las fincas resultantes adjudicadas) y un plano superpuesto de los dos anteriores.

Pero no siempre es posible establecer una perfecta correspondencia entre la finca registral de origen y una parcela catastral determinada ni una perfecta identificación física de la primera. En estos casos puede resultar necesario acudir a una modificación de entidades hipotecarias para cumplir con las exigencias legales.

Las dificultades aludidas pueden provenir, y así sucede con frecuencia, de la existencia de una única parcela catastral conformada por varias fincas registrales. Si se conocen con exactitud la ubicación, la superficie y los límites exactos de cada una de estas fincas registrales, cada una de ellas podrá constituir una finca aportada independiente, con su respectiva representación gráfica y haciéndose constar su coincidencia parcial con la parcela catastral correspondiente.

Sin embargo, en ocasiones no es posible identificar y ubicar de manera exacta cada una de las fincas registrales que componen una única parcela catastral, por lo que entendemos que no pueden sino considerarse y grafarse de manera conjunta, como una sola finca aportada. En estos casos, el proyecto de reparcelación, habilitado legalmente, como vimos, para realizar modificaciones de entidades hipotecarias, puede agrupar las diferentes fincas registrales que conforman la parcela catastral para que la finca aportada quede definida como la resultante de esta agrupación. El mismo efecto podría lograrse a través de la agregación de fincas, siempre que se cumplan los requisitos al efecto previstos en el artículo 48 del Reglamento Hipotecario.

A su vez, dentro de este supuesto caben dos posibilidades, cada uno con su propio tratamiento, como pasamos a exponer.

A) Fincas registrales con idéntica estructura de titularidades

La primera hipótesis se da cuando la estructura de la propiedad de las diferentes fincas registrales afectadas por la agrupación es idéntica en todos los casos, bien por pertenecer todas las fincas registrales a un propietario único, o bien por ser varios los copropietarios cuyas cuotas indivisas se repiten sin alteración en cada una de ellas.

En este caso no se plantea problema especial, ya que la misma estructura de la titularidad existente en las fincas afectadas será trasladada a la finca agrupada que constituirá la finca de origen del proyecto de reparcelación, sin perjuicio de la posibilidad de que respecto de ella se hagan constar los excesos o defectos de cabida que correspondan.

B) Fincas registrales con diferente estructura de titularidades

Puede suceder que las fincas registrales no identificables individualmente pero incluidas de forma conjunta en la misma parcela catastral pertenezcan a diferentes titulares o a comunidades de bienes con distinta estructura de propiedad.

En estos supuestos, entendemos que la diferente estructura de titularidades no impide la agrupación, conforme al artículo 45, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario, según el cual «*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior podrán agruparse fincas pertenecientes a distintos propietarios, siempre que se determine*

de acuerdo con lo que resulte del título, la participación indivisa que a cada uno de ellos corresponda en la finca resultante de la agrupación».

El principal problema que se plantea en el supuesto descrito es el derivado de las diferencias existentes con frecuencia entre las superficies que constan en el Registro y la cabida real resultante de las mediciones efectuadas y aprobadas por los redactores del proyecto.

A nuestro juicio, para salvar esta dificultad habría que calcular la proporción que correspondería a cada uno de los propietarios de las fincas objeto de agrupación en la finca resultante de esta operación considerando inicialmente las superficies registrales respectivas, para después trasladar esta misma proporción a la superficie real total obtenida mediante las mediciones técnicas oportunas. Una vez realizada la agrupación habría de rectificarse la cabida registral de la finca agrupada para hacer constar la real a través del correspondiente exceso o defecto de cabida y las cuotas obtenidas de la primera operación se aplicarían a esa superficie real total. Esta solución parece avalada por la aplicación analógica del artículo 387 del Código Civil, relativo al deslinde cuando los títulos indican un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, de tal modo que el aumento o la falta de la cabida real respecto de la registral se distribuiría proporcionalmente entre las diferentes fincas afectadas.

7. LAS MODIFICACIONES DE ENTIDADES HIPOTECARIAS COMO MEDIO DE RESOLVER O DE AISLAR SITUACIONES CONFLICTIVAS

Cuando durante el proceso de formación y redacción de los proyectos de reparcelación se pone de manifiesto la existencia de una situación de discrepancia o conflicto entre dos o más propietarios, ni el ayuntamiento ni las juntas de compensación ni los promotores son competentes para su resolución pues esta solo corresponde a la jurisdicción civil a falta de acuerdo entre las partes. En este sentido, el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística establece en su primer inciso que «4. Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los tribunales ordinarios».

Ahora bien, ello no significa que los redactores del proyecto no puedan realizar un análisis crítico de la documentación presentada por los propietarios a fin de clasificar la situación de conflicto en alguna de las categorías previstas por la legislación y que, en ocasiones, podría llevar a descartar la concurrencia de aquella situación por carencia manifiesta de fundamento o sustento documental suficiente⁴.

Entre las diferentes situaciones de conflicto entre propietarios sobre una finca o parte de fincas incluida en la unidad de actuación correspondiente cabe destacar, en primer lugar, las situaciones de doble inmatriculación. A ellas se refiere el artículo 10.1 del Real Decreto 1093/1997, según el cual «Cuando la finca incluida en el proyecto de equidistribución (...) constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el

orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública. En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación».

Además de la doble inmatriculación, el conflicto puede surgir de una discrepancia entre propietarios, ya medie o no entre ellos un procedimiento judicial. El citado artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, tras referirse en los términos expuestos a estas discrepancias, añade seguidamente que «El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda».

El Real Decreto 1093/1997 añade otra categoría, consistente en que, existiendo un procedimiento judicial en orden a la titularidad de una finca, se hubiere tomado anotación preventiva de la demanda. A este supuesto se refiere su artículo 10.3, según el cual «Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».

Como se ha expuesto, todos los casos de conflicto entre propietarios pueden quedar disueltos en virtud de eventuales acuerdos transaccionales entre las partes, que podrían instrumentarse a través del proyecto de equidistribución mediante modificaciones de entidades hipotecarias. Este sería, por ejemplo, el caso de alcanzarse entre los interesados un acuerdo consistente en repartir entre ellos la superficie conflictiva, lo que podría lograrse mediante su división o segregación. El proyecto procedería a instrumentar la operación correspondiente, aportando cada propietario una de las fincas o porciones distribuidas entre ellos. También cabría que, de forma simultánea a la división o segregación, se acordara la agrupación o agregación de las aludidas fincas o porciones a otras fincas de los interesados respectivamente.

Puede surgir un problema adicional a las situaciones de conflicto cuando estas tienen lugar, no respecto de la totalidad de una finca registral de origen, sino solamente de una parte de ella, acaso con una superficie muy reducida en relación con la cabida total de la finca. En tales casos cabe plantearse la posibilidad de aislar, mediante la oportuna segregación, las superficies que se encuentren en alguna de estas situaciones a fin de minimizar al máximo su impacto sobre los derechos de los propietarios afectados por ellas evitando que la totalidad de la finca de resultado que se corresponda con la finca de origen quede contaminada por el conflicto limitado a aquella superficie, lo que podría ser perjudicial en orden a la eventual voluntad de enajenación por alguno de ellos.

8. OTRAS POSIBLES UTILIDADES DE ESTAS OPERACIONES

Por último, cabe añadir que, con independencia de los supuestos en los que, según lo dicho, puede resultar de utilidad la instrumentación a través de los proyectos de reparcelación de distintas modificaciones de entidades hipotecarias, no parece aventurado sostener que estas puedan realizarse con cualquier otra finalidad legítima e incluso por razones de mera conveniencia u oportunidad.

Así parece entenderlo GARCÍA GARCÍA⁵ cuando afirma que «Tampoco habría que descartar, en relación con una finca de origen demasiado extensa, que se pretendiese dividirla previamente en varias, al objeto de que las fincas de

resultado se correspondiesen con las respectivas de origen, si es que se pretende formar varias de resultado en equivalencia de las respectivas de origen. Claro que también cabría formar varias fincas de resultado señalando su correspondencia con una sola finca de origen. La opción por una u otra fórmula dependerá de las circunstancias de cada caso. Lo importante ahora es resaltar que el título de reparcelación es suficiente para la práctica de todo tipo de modificaciones de entidades hipotecarias en las fincas de origen».

NOTAS

¹ LANZAS MARTÍN, E.P. (2019). Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 776, 3171-3185.

² CAMY se planteó en su día si la porción segregada había de ser la de superficie inferior, para decantarse por la solución negativa: «no existe precepto alguno que obligue a separar una u otra porción, pues si bien es cierto que la Real Orden de 20 de octubre de 1960 dispuso que lo fuera la menos importante, sobre que este extremo es de apreciación libre del segregante, es muy dudoso que dicha Real Orden continúe vigente, ya que no se recoge su doctrina en el actual Reglamento (...)». CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B. (1969). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Volumen 1. Granada. Centro de Estudios Hipotecarios.

³ Sobre esta cuestión puede verse LANZAS MARTÍN, E.P., La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación, *RCDI* núm. 774, 2019, 2145-2155.

⁴ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2011 (*RJ* 538) afirma que las pretensiones de los interesados a los efectos de la calificación de las titularidades dudosas en los expedientes reparcelatorios han de invocarse «de forma inequívoca, fundada y no meramente voluntarista». Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia número 1627/2006, de 24 de noviembre (*RJCA* 2007347) señala lo siguiente: «De lo expuesto hasta ahora se sigue la conclusión de que los demandantes no justificaron la situación concreta de la finca de su propiedad en vía administrativa ni la han acreditado en este proceso; es más, no existe un principio de prueba o un mero indicio con fuerza bastante para suscitar a la Sala dudas razonables acerca de su posible ubicación dentro de las fincas de aportación núm. 016 o núm. 017, por lo que no es procedente declarar a ninguna de las dos de titularidad dudosa en una extensión de 4.100 m², lo que implica la desestimación del presente recurso Contencioso-Administrativo, al no haber quedado desvirtuados en este proceso los fundamentos de la decisión administrativa impugnada».

⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V: Urbanismo y Registro, Ed. Civitas.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Se ha celebrado en Sevilla el 27 de septiembre de 2022.

- La XII JORNADA DE MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN EXTRA-JUDICIAL DE CONFLICTOS.

Organizan: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato de Andalucía Occidental y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Con el siguiente programa:

17:30 h. Presentación a cargo de:

Dña. Mariola PÉREZ PINO. Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

17:40 h. Exposición a cargo de:

D. Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla.

«La mediación en materia sucesoria y el Registro de la Propiedad».

18:05 h. Exposición a cargo de:

D. Juan G. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS. Vice-decano Territorial de Andalucía Oriental. Registrador de la propiedad de Almería, n.º 1.

«Conciliación registral»

18:30 h. Exposición a cargo de:

D. José PIMENTEL SUÁREZ. Letrado de la Junta de Andalucía.

«La mediación intraprocesal en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo».

18:55 h. Exposición a cargo de:

Dña. Isabel NICASIO JARAMILLO. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia, n.º 16 de Sevilla.

«Límites al control judicial del laudo arbitral».

Moderador:

D. Javier MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Vocal de Novedades Legislativas y Formación del Decanato Territorial de Andalucía Occidental. Registrador de la propiedad de San Fernando, n.º 1.

19:20 h. Coloquio.

19:45 h. Clausura a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ. Decano Territorial de Andalucía Occidental.

Lugar de celebración: Salón de Actos del Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

- Se han celebrado en Sevilla el 19 de octubre de 2022.

Las JORNADAS CONCURSALES «LEY 16/2022, DE 25 DE SEPTIEMBRE: ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA REFORMA CONCURSAL».

Organiza: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Con el siguiente programa:

16:30 h. D. Juan José PRETEL SERRANO. Registrador de Sevilla Mercantil II.

PRIMERA MESA

Moderadora: Dña. María Luisa MARTÍN MORENO-TORRES. Registradora de la propiedad de Sevilla, n.º 16.

16:35 h. D. Francisco JAVIER CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS. Magistrado de la Sección Primera del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla.

«Novedades en materia de comunicación del inicio de las negociaciones».

16:50 h. D. Ricardo ASTORGA MORANO. Socio Director Zurbarán Abogados.

«El órgano de Administración Societario y el Nuevo Derecho Preconcurso».

17:05 h. D. Pedro MÁRQUEZ RUBIO. Magistrado de la Sección Segunda del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla.

«La formación de clases y la intervención de los socios en los Planes de Reestructuración».

17:20 h. D. Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ. Registrador de la Propiedad. Director del Centro de Estudios Registrales.

«Aspectos registrales desde la perspectiva del Registro de la Propiedad».

17:25 h. Coloquio.

SEGUNDA MESA.

Moderadora: Dña. Carmen María FENOR DE LA MAZA LÓPEZ-OLMEDO. Registradora de la propiedad de Ubrique.

18:30 h. D. Jesús BORJABAD GARCÍA. Presidente de la Asociación Profesional de Administradores Concursales Sainz de Andino. Director Asociado de Legal de Ey Abogados.

«El nuevo estatus del administrador concursal, luces y sombras».

18:45 h. D. Juan Francisco SANTANA MIRALLES. Magistrado de la Sección Segunda del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla.

«Concursos sin masa y reglas especiales de liquidación».

19:00 h. D. Eduardo GÓMEZ LÓPEZ. Magistrado de la Sección Primera del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla.

«Modalidades de venta de unidades productiva».

19:15 h. D. Juan Ignacio MADRID ALONSO. Registrador de Sevilla Mercantil III.

«Aspectos Registrales desde la Perspectiva del Registro Mercantil».

19:30 h. Coloquio.

ALICANTE

Se ha celebrado el día 14 de octubre de 2022.

La JORNADA ÚLTIMAS INCIDENCIAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO INMOBILIARIO. Cátedra Bienvenido Oliver, en el Salón de Grados «Rector Ramón Martín Mateo». Facultad de Derecho. Universidad de Alicante.

10:00 h. Inauguración

Dña. Amparo NAVARRO FAURE. Rectora Universidad de Alicante.

D. Carlos ORTS CALABUIG. Decano Autonómico de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de la Comunidad Valenciana.

D. Germán RODRÍGUEZ LÓPEZ. Coordinador Cátedras Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Comunidad Valenciana. Registrador de la propiedad y mercantil de Alicante.

D. Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ. Coordinador de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Alicante. Catedrático de Derecho civil.

10:30 h. PROPUESTAS EUROPEAS EN MATERIA DE PLATAFORMAS DIGITALES Y METAVERSO.

Dña Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Miembro del Grupo de Expertos-Comisión Europea Responsabilidad y tecnologías (IA, Robótica, IoT). Profesora titular de Derecho mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.

11:30 h. MESA REDONDA

1. *Blockchain y Registro de la Propiedad: tokenización de activos inmobiliarios y su protección.*

D. Juan Carlos TRUJILLO MONDÉJAR. Catedrático de Lenguajes y Sistemas Informáticos. Universidad de Alicante.

D. Jesús SIEIRA GIL. Registrador de la propiedad y mercantil de Palma de Mallorca.

Dña. Jimena CAMPUZANO GÓMEZ ACEBO. Registradora de la propiedad y mercantil de Madrid.

Moderadora: Nuria MARTÍNEZ MARTÍNEZ. Profesora ayudante Doctora de Derecho civil (Acreditada Contratada Doctora) Universidad de Alicante.

13:00 h. MESA REDONDA

2. *Los nuevos contratos en el tráfico jurídico: Smart contracts (contratos inteligentes).*

Dña. Yolanda RÍOS LÓPEZ. Magistrada del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona. Exdirectora del Grupo de Investigación «*Blockchain y Smart contracts*» del Consejo General del Poder Judicial.

D. Carlos TUR FAÚNDEZ. Abogado especialista en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación. Profesor asociado. Universidad de las Islas Baleares.

Moderador: D. Julián LÓPEZ RICHART. Profesor titular de Derecho civil. Universidad de Alicante.

Tarde:

16:00 h. MESA REDONDA

3. METAVERSO Y DERECHO INMOBILIARIO.

D. Joaquín PEDREÑO LLORET. Fundador y CEO de Meta Software Factory S.L.

D. Ángel CARRASCO PERERA. Catedrático de Derecho civil y director del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha.

Dña. María Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana del Colegio de Registradores de Andalucía Oriental.

17:30 h. CLAUSURA

Moderadora:

Dña. M^a Remedios GUILABERT VIDAL. Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil (Acreditada Contratada Doctora). Universidad Miguel Hernández de Elche.

Dña. M^a Emilia ADÁN GARCÍA. Decana del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).
- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.
- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



FECYT-177/2022
Fecha de certificación: 4ª Convocatoria (2014)
Válido hasta: 22 de julio de 2023

Suscripción anual: 104 €
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444

