

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCVIII • Mayo-Junio • Núm. 791

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 • Mayo-Junio 2022 • Núm. 791

---

REVISTA BIMESTRAL



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

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62  
[www.revistacritica.es](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto: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 Ezquerro**  
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



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### **ESTUDIOS / STUDIES**

- MATEO VILLA, Íñigo: «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador» (Tercera parte) / *Article 103 bis of the Spanish Land Registry Act: alternative dispute resolution guided by the Land registrar (Part Three)*..... 1339
- TORRELLES TORREA, Esther: «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil» / *Children with disabilities and the visiting arrangement, communication and stays after the reform of article 94 in the Spanish Civil Code* ..... 1387
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales» / *Leasing: contractual, registry and bankruptcy aspects*..... 1443

### **ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES**

- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «Análisis de la normativa sectorial de arrendamientos de vivienda de uso turístico» / *Analysis of the sectorial normative for the rental of housing for tourist use*..... 1493

### **DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES**

- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Arrendamiento a non domino» / *Non domino leasing*..... 1545

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD  
JURÍDICA Y FÉ 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 JU- RADO .....	1581
--	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «La importancia de las <i>circunstancias sobrevenidas</i> en el desequilibrio económico como causa de la extinción de la pensión compensatoria» / <i>The importance of the successful circumstances in the economic imbalance as a cause of the extinction of the compensatory pension</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE.....	1643
--	------

1.2. Derecho de familia:

— «El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio» / <i>The legal regime of guardianship after Law 8/2021, of June 2</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT.....	1673
--	------

1.3. Derechos reales:

— «Facilitar el acceso a la vivienda a través de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad» / <i>The promotion of housing through leasing registration in the property registry</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	1736
--	------

1.4. Sucesiones:

— «Las condiciones testamentarias como manifestaciones de la libertad para testar y derechos fundamentales» / <i>Testamentary conditions as a manifestations of the freedom to testate and fundamental rights</i> , por Fernando CAROL ROSÉS.....	1749
---	------

1.5. Obligaciones

- «Nueva doctrina sobre normativa aplicable a enajenaciones forzosas de finca arrendada para local de negocio» / *New doctrine on regulations applicable to forced disposals of leased property for business premises*, por Alejandro FUENTES-LOJO RIUS..... 1771
- «A vueltas con el *derecho de retracto* de créditos litigiosos (*ex art. 1535 CC*): exégesis completa y algunos remedios para el deudor-consumidor» / *The right of withdrawal of disputed claims (ex art. 1535 CC): complete exegesis and some remedies for the debtor-consumer*, por Juan Carlos VELASCO PERDIGONES ..... 1782

1.6. Responsabilidad civil:

- «Culpa de la víctima y criterios de imputación objetiva en la jurisprudencia» / *Contributory negligence and objective imputation criteria in case law*, por María MEDINA ALCOZ ..... 1819

1.7. Concursal:

- «Compensación de oficio de créditos tributarios contra la masa en caso de liquidación concursal» / *Ex officio set-off of tax claims against the estate in bankruptcy liquidation*, por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES..... 1848

2. MERCANTIL:

- «La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales» / *The nullity of the loan in money laundering operations*, por Francisco REDONDO TRIGO ..... 1870

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

- «Doble inmatriculación entre propietarios adheridos y no adheridos a una junta de compensación» / *Double registration between owners adhered and non-adhered to a compensation board*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN ..... 1886

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY  
INFORMATION**

- Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, de Teresa HUALDÉ MANSO, M<sup>a</sup> Cruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO y Leticia JERICÓ OJER, por Javier NANCLARES VALLE ..... 1901
- Tratado de Derecho Civil. TOMO X. La fe pública registral*, de Joaquín RAMS ALBESA (director); José Luis LACRUZ BESCÓS/Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO (coordinadores), por Macarena Emilia OVEJERO ESLAVA..... 1905
- La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, de Salvador TOMÁS TOMÁS, por Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA..... 1909

# ESTUDIOS



Del artículo 103 bis de la Ley  
Hipotecaria: la conciliación  
tramitada por el registrador\*  
(Tercera parte)

*Article 103 bis of the Spanish Land  
Registry Act: alternative dispute  
resolution guided by the Land  
registrar  
(Part Three)*

por

IÑIGO MATEO VILLA

*Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho.*

*Premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019)  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*

*De la interpretación del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador (Tercera parte)*

---

\* Este trabajo constituye la tercera parte que se publica del que con el título «De los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos: diseño según la teoría de juegos e interpretación del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria sobre la conciliación.

**RESUMEN:** Ofrecemos una exposición detallada y razonada de todas las fases de tramitación de la conciliación por el registrador, regulada en el artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria, que fue introducido por la Ley de la jurisdicción voluntaria.

**ABSTRACT:** *This paper analyses the conciliation, an Alternative dispute resolution system (ADS) conducted by the Land Registrar and ruled by article 103 bis of the Spanish Land registration act introduced by the Act for the Resolution of Non-contentious Disputes.*

**PALABRAS CLAVE:** Sistemas alternativos de resolución de conflictos. Medios adecuados de solución de controversias. MASC. Transacción. Medianería. Amigable componedor. Mediación. Conciliación. Conciliación privada. Oferta vinculante confidencial. Opinión del experto independiente. Arbitraje. Registro de la Propiedad. *Res dubia*. Fraude. Simulación. Costes de formalización. Análisis económico del Derecho.

**KEY WORDS:** *Alternative dispute resolution systems. ADS. Transaction. Mediation. Friendly compose. Conciliation. Private conciliation. Confidential binding offer. Independent expert opinion. Arbitration. Land registry. Res dubia. Fraud. Simulation. Economical analysis of Law.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CERTIFICACIÓN DEL ACTA.—III. SU VALOR EN EL TRÁFICO JURÍDICO.—IV. INSCRIPCIÓN.—V. TRIBUTACIÓN.—VI. EJECUTIVIDAD.—VII. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.—VIII. ARANCEL REGISTRAL.—IX. LOS COSTES DE LA CONCILIACIÓN REGISTRAL, JUDICIAL Y NOTARIAL:

---

tramitada ante el registrador» obtuvo el premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019), concedido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (2019). El artículo originalmente premiado ha sido partido y reducido para adaptarlo a las exigencias editoriales, enriqueciéndose con reflexiones, propias y ajenas, posteriores a la concesión del premio. Puede contactar con el autor por e-mail en [imateovilla@gmail.com](mailto:imateovilla@gmail.com), *Twitter*: [https://twitter.com/inigo\\_mateo](https://twitter.com/inigo_mateo) y *LinkedIn*: [www.linkedin.com/in/inigomateo](http://www.linkedin.com/in/inigomateo). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5255-2750>; Publons and Web of Science ResearcherID L-1327-2017, Dialnet: 2124932 *Google-Scholar*: <https://scholar.google.es/citations?user=fivrN5wAAAAJ&hl=en&oi=ao>, Obra realizada en el marco del proyecto de investigación DER 2017-82705-R del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad que lleva por título: «Soluciones jurídicas y económicas al problema inmobiliario turístico». Cómo citar: MATEO VILLA, I. (2022). «Del artículo 103*bis* de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Tercera parte)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. número 791, págs. 1339-1386.

1. REGLAS GENERALES; 2. COSTES JUDICIALES: A) *A cargo del Estado, prestador de servicios judiciales.* B) *A cargo del litigante.* 3. COSTES REGISTRALES. 4. COSTES NOTARIALES. 5. COSTES ABSOLUTOS Y RELATIVOS. 6. REPRESENTACIÓN GRÁFICA: A) *Costes judiciales frente a registrales.* B) *Costes notariales frente a registrales.*—X. CONCLUSIONES.—XI. RESOLUCIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Llegamos a este momento procesal con dos situaciones posibles: las partes han alcanzado un acuerdo que ha sido controlado de legalidad por el registrador en sus aspectos personales y reales, además de, si procede, registrales, o, por el contrario, no lo han logrado ora por incomparecencia de una de las partes —presumiblemente el destinatario de la conciliación— ora por haber negociado infructuosamente. Aún es posible que, como variante de las anteriores, una de las partes formule a la otra una oferta de acuerdo superior de la desavenencia. Así pues, podemos reconducir la cuestión afirmando que el litigio finalizará con —y en consecuencia, el acta recogerá el hecho del— acuerdo, desacuerdo u oferta no aceptada. Firmada en su caso por una o las dos partes y, en todo caso, por el registrador tramitador de la conciliación, el acta será guardada ordenadamente en el archivo de legajos. Y sobre esta acta podrá solicitarse al registrador titular del registro en cuyo archivo se conserve, que dé publicidad formal, asunto del que, precisamente, nos ocupamos a continuación.

## II. CERTIFICACIÓN DEL ACTA

La publicidad registral del acta de conciliación —con cualquiera de los tres resultados expuestos en el apartado anterior— se rige por el artículo 342 del Reglamento hipotecario (en adelante, RH) según el cual «también podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales». Será igualmente de aplicación, en lo que corresponda, la *Instrucción de 17 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa* y, en particular, el tratamiento profesional de la información, «de modo que resulte expresada con claridad y sencillez y se excluyan los datos que carezcan de trascendencia jurídica» (*Primero*) y protegiendo los datos de carácter personal (*Tercero*) y archivando «las solicitudes de publicidad formal [...], de forma que siempre se

pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años». (*Sexto*).

Es necesaria la solicitud expresa de publicidad y la alegación del interés legítimo —porque aunque el artículo 222 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) nos dice «acreditar», lo cierto es que simplemente se alega en la solicitud de nota simple y certificación de asientos—, interés que será calificado por el registrador, y se extenderán en papel y con las demás formalidades propias de las certificaciones del artículo 350 RH. Será registrador competente para emitir la certificación el que lo sea del registro al que pertenezca el archivo de legajos que lo contenga, de ahí que tramitador y certificante no tienen por qué coincidir. La negativa a expedir la certificación será, como todo acto administrativo, susceptible de recurso de acuerdo con el artículo 228 LH<sup>1</sup>.

En cuanto a si es posible que la publicidad del acuerdo de conciliación se realice por nota simple, creemos que la respuesta ha de ser negativa porque (i) debe trasladarse íntegro su contenido y no un extracto, como sería propio de las notas simples; porque (ii) si el acta del acuerdo contuviera negocios inscribibles, no podrá llevarse a cabo esta inscripción con la nota simple sino solo con la certificación —como ya viene haciéndose, por ejemplo, con la certificación mercantil de concurso—, pues solo esta última da fe de su contenido —confróntese artículo 222.5 LH—; (iii) ídem del anterior para el foro judicial por razón del artículo 317.4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y, por último, (iv) porque el artículo 342 RH se refiere expresamente a «certificaciones».

En cuanto al contenido de la certificación, debe incluir el acuerdo completo, sin omitir ningún extremo de manera que en la omisión no se produzca ninguna alteración sustancial de su contenido. Más dudosa es, en cambio, la inclusión de los aspectos procesales de la tramitación de la conciliación, resultando suficiente, a nuestro parecer, con que en la certificación se indique en todo caso que el acuerdo es fruto de un procedimiento de conciliación y el número de expediente asignado por el registrador, todo ello sin perjuicio de que en el expediente obrante en el registro se recoja toda la información procesalmente relevante, esto es, «cuantas incidencias y trámites tengan lugar durante su instrucción» por analogía con el expediente formal del artículo 199 LH de inscripción de las representaciones gráficas, previsto por 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, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad*. Ídem del anterior para las eventuales advertencias legales —confróntese lo dicho por las *Normas* (2017: 17) y FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 303)—.

En cuanto al libramiento de las certificaciones por el mismo registrador que tramitó el expediente, no ofrece duda alguna pues así se opera en la «función de inscripción» —sobre el alcance que damos a este concepto así como a los de «función conciliatoria» y «función registral», véase MATEO VILLA, 2022a: 18—, tanto para la inscripción como para la georreferenciación. Y en cuanto a si es posible sostener que la conciliación se tramita pero no se publicita, semejante postura sería contraria a la analogía predicable de la función de inscripción y al resultado mismo de la conciliación, pues las partes no tendrían forma de probar documentalmente el acuerdo alcanzado. Este planteamiento podría trasladarse a una fase procesal anterior, esto es, a defender que la conciliación se tramita pero no se archiva, postura igualmente insostenible: la actividad desplegada por el registrador debe quedar reflejada en el oportuno expediente que, a su vez, ha de conservarse; en este caso, en el archivo de legajos. Y en tanto que conste archivado, debe dar publicidad de él cuando así se le solicite porque es público, *ex* artículos 221 y 227 LH, y 335 RH. Por añadidura, la publicidad del acuerdo por el registrador solo puede hacerse por certificación que refleje datos previamente contenidos en el Registro, de ahí que resulte precisa la (previa) conservación del documento (acta) sobre el que se certifique. Aun podía emplearse la analogía con la actuación judicial y notarial en orden al reflejo de la tramitación (procedimiento), del acuerdo (acta) y su conservación (archivo). Podríamos, incluso, ir más atrás en el trámite procesal, sosteniendo que el acuerdo se alcanza pero no se refleja documentalmente: en contra puede alegarse no solo lo mismo que en los dos supuestos anteriores, *mutatis mutandis*, sino, además, que el 103 *bis* LH expresamente prevé que el acuerdo se recogerá en una certificación —en realidad, como se dijo, acta a la que después se dará publicidad como certificación—. En conclusión, el registrador debe controlar de legalidad el acuerdo alcanzado, recogerlo en un acta que irá firmada por las partes y por el propio registrador, archivar el acta y dar publicidad de esta con transcripción literal del acuerdo (aspecto sustantivo) y de la tramitación (aspectos procesales) solo en cuanto a sus extremos más relevantes, en concreto, el número de expediente que le hubiera atribuido<sup>2</sup>.

Finalmente, el registrador, al expedir cada certificación del acta de la conciliación, deberá extender en el expediente una diligencia indicando el hecho del libramiento de la publicidad con los datos de identificación de su solicitante.

### III. SU VALOR EN EL TRÁFICO JURÍDICO

Por los motivos expuestos en otro lugar (MATEO VILLA, 2022b: 792-793) el acuerdo estará (i) siempre controlado de legalidad por el registrador

y, procesalmente, será (i) documento público —artículo 317.4.º LEC, referido a asientos, aunque igualmente es de aplicación el 317.5.º del mismo texto legal— por haber sido expedida por funcionario público en el ejercicio de su función —artículo 1216 del Código Civil (en adelante, CC)—, haciendo por tanto «prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» —artículo 319.1 párrafo II.º LEC—; (ii) auténtico —artículo 320.1 LEC y *preámbulo* LEC—, de manera que para el caso de que su contenido fuera impugnado, bastará su cotejo con el original —de ahí que la conservación del documento por el registrador en su archivo de legajos deba ser *ad perpetuam*—. Por razón precisamente de esta autenticidad, es directamente (iii) inscribible en el Registro de la Propiedad —artículo 3 LH: «para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en [...] documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes»—. Se obtiene así un «título sustantiva y formalmente equiparable en términos de mercado al de su alternativa judicial, esto es, la sentencia» (MATEO VILLA, 2022a y 2022b), equiparación en gran medida empañada por la interpretación obstativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado —recientemente rebautizada como «Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública»; en adelante, DGRN— sobre su inscribibilidad, asunto que pasamos a tratar seguidamente.

#### IV. INSCRIPCIÓN

Entramos en una fase que no es ya de conciliación sino de inscripción, por lo que lo que digamos a continuación lo será con base en los preceptos reguladores de esta función registral. La calificación de la certificación registral del acta que contenga el acuerdo de conciliación para su inscripción en un registro de derechos está —ahora sí— sujeta a competencia territorial *ex* artículo 1 párrafo II.º LH y queda sometida a las mismas reglas propias de los demás documentos inscribibles —confróntense, entre otros, artículos 18 y 20 LH y 99 RH—; ídem del anterior para la liquidación del impuesto, asunto del que trataremos más adelante.

Otro tema interesante es el relativo a si el registrador que tramitó la conciliación o, en su caso, emitió la certificación del acta puede, además, practicar su inscripción en el Registro de la Propiedad a su cargo y competente territorialmente. La duda que ahora traemos está más justificada que la que planteábamos más arriba sobre si el registrador que tramitó la conciliación podía certificar del acuerdo, pues ahora se trata de una novedad aparente que puede producir una cierta sensación de inseguridad. Siguiendo

el método empleado hasta ahora, acudamos a cómo se han venido resolviendo situaciones parecidas en la función de inscripción y veamos si su solución es aplicable a la conciliación. Hasta la entrada de los artículos 209 y 210 LH, primero, y 103 *bis* después, lo habitual o usual era que un funcionario formalizara el documento público —ora de la Administración general, de la de justicia, los notarios y, en ciertos casos, otro registrador— y un registrador —distinto de los anteriores— el que inscribía; y decimos habitual o usual porque con el artículo 217 LH no existía duda de que el registrador que tramitaba el procedimiento —titular del registro afectado por el error— era el que, además, inscribía la rectificación — así debe entenderse el «del Registrador» del precitado artículo—.

Una vez en vigor los dichos artículos 209 y 210 LH no se ha discutido —ni siquiera por la DGRN— la inscribibilidad del acta por el mismo registrador tramitador. La cuestión queda definitivamente resuelta por el artículo 209.1 Primero, consistente en cuanto a la competencia —para la inscripción— con el 1 párrafo II.º LH sobre competencia territorial como, procesalmente —para la tramitación del expediente—, con el 217 LH; por añadidura, el artículo 210.1 Primera resuelve la cuestión de la misma manera, de suerte que en todos ellos —209, 210 y 217— el tramitador es quien practicará la inscripción que resulte del expediente tramitado. Aún hay más argumentos en favor de que la inscripción de la certificación del acta de conciliación pueda practicarla el mismo registrador-tramitador del procedimiento: (i) este impedimento no está previsto en los preceptos reguladores de la inhibición —artículos 102 y 103 RH—; (ii) el legislador pudo modificar estos preceptos al introducir el nuevo 103 *bis*, lo que no hizo, demostrando que para él la tramitación no impide la inscripción no solo en supuestos concretos —artículos 209, 210 y 217— sino en general —103 *bis*—; (iii) porque en el caso del artículo 199 LH el mismo registrador que tramita el procedimiento de georreferenciación es quien lo inscribe, sin que esta cuestión haya resultado dudosa hasta la fecha. Contra este argumento puede alegarse que la georreferenciación se extiende mediante plano contenido en título autorizado por tercero —certificación descriptiva y gráfica catastral o mediante base gráfica alternativa contenida en un documento público—, de manera que el registrador inscribe o no el título, pero no lo crea durante la tramitación del citado procedimiento. Cierto, pero no lo es menos que el título termina inscribiéndose previa la calificación del registrador sobre las oposiciones a la dicha georreferenciación, por lo que el tramitador es agente decidente —lo que, por lo demás, le da una posición muy superior a la de mero autorizador— de un título que después él mismo inscribe.

Aún puede plantearse que el problema no es tanto la inscripción como la del título con el que se pretende esta, es decir, que la certificación registral

no es inscribible. Pero lo cierto es que ya viene siendo inscrita indiscutidamente para los mismos artículos (i) 209 LH —RDGRN de 31 de enero de 2018—, (ii) 210 y (iii) 217 LH, (iv) en el caso de concurso en que el Registro de la Propiedad extiende los asientos que correspondan a partir de la certificación emitida por el registro mercantil e, incluso, en el de (vi) pérdida de certificación de defunción de imposible localización, en que para, por ejemplo, realizar una partición o cancelar un usufructo puede acreditarse el fallecimiento mediante certificación de otro registro en que conste inscrita. Sin embargo, su inscribibilidad ha sido puesta en duda únicamente por la DGRN, que sostiene que es precisa la *reformatización* de la certificación registral en un segundo documento público, esta vez, escritura notarial; el mismo criterio mantiene para la transacción judicial y la conciliación tramitada judicialmente. Antes de valorar sus argumentos, ofrezcamos el marco teórico apropiado.

Dado que la certificación ya es documento público en que, además, las partes, su capacidad jurídica, la prestación de su consentimiento y el contenido del acuerdo son indubitados y controlados de legalidad, surge la duda de, primero, si es posible jurídicamente re-elevar a público un documento ya público y, segundo, la utilidad jurídica, económica y social de hacerlo, es decir, qué valor aporta al usuario del servicio registral, que amerite incurrir en semejante coste. En cuanto a lo primero, de aceptarse la posibilidad de re-elevación de la certificación registral del acta de conciliación, debe resolverse cuál sería el posible ámbito de actuación del notario y el correlativo tipo formal que lo recoja —escritura pública, acta o testimonio de la certificación—; en cuanto a lo segundo, dicha utilidad podría venir dada porque mejore —en la forma que sea— la calidad jurídica de los derechos adquiridos —por ejemplo, un segundo control de legalidad—, por aportar un mayor valor formal al título —lo que significará que el título solo elevado una vez a público es menos público o de peor categoría jurídica sustantiva que uno elevado por segunda vez—, por permitir la conservación adecuada del título —argumento gerencial— o, finalmente, por ser requisito *sine qua non* para lograr ciertos fines procesales como su inscribibilidad —argumento procesal-registral— o su uso en juicio para evitar el juicio declarativo y acudir directamente al ejecutivo —argumento procesal-judicial—.

En cuanto a la posible actuación del notario respecto de la certificación del acta que recoja el acuerdo de conciliación, razonemos considerando los tipos formales notariales y la labor desplegada por el notario en cada uno de ellos, conectándola a su vez con la situación de partida de que disponemos —una certificación registral con partes cuya identidad y capacidad es indubitada, comprensiva además de un acuerdo ajustado a Derecho—. De todos los instrumentos notariales posibles —artículo 17 LN—, podría el notario optar por la escritura pública que es la que recoge «declaraciones

de voluntad que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y negocios jurídicos de todas clases». Ahora bien, esta opción no está exenta de problemas: (i) si el notario exige a las partes prestar nuevo consentimiento para construir su escritura pública, significa que el prestado ante el registrador, trasladado a un acta y sobre el que se ha certificado no goza de valor jurídico ni procesal alguno, lo que carece de sentido de acuerdo con la LH —confróntese su artículo 225.2— ni con la LJV, amén de por una simple regla de sentido común: o el primer consentimiento no valía, o el segundo no valía, o si valía el primero no hacía falta el segundo y viceversa; (ii) por añadidura, la solución anterior —considerar que el primer consentimiento no es de calidad suficiente— supondría equiparar la certificación registral —pública— al acta de mediación —privada— que necesita ser elevada a público —confróntese artículo 25 LM—, lo que no puede sostenerse en forma alguna, especialmente si consideramos el artículo 317.4.º LEC sobre documentos públicos registrales. Es decir, la certificación registral es en la LEC y para este caso equivalente a documento notarial o, mejor aún, a resolución judicial —artículo 317.1.º LEC; pues se refiere a las inscripciones—, no a documento privado de mediación; (iii) si, en cambio, se sostiene la contraria, deberá entonces justificarse la naturaleza jurídica de la certificación registral, de suerte que si no es pública, es necesariamente privada, lo que resulta igualmente insostenible; (iv) a mayor abundamiento, deberá justificarse para el mismo caso por qué la certificación del artículo 103 bis LH no es inscribible —que, como se dijo, de acuerdo con el *preámbulo* LJV, se trata de *la* norma general sobre conciliación registral— y, sin embargo, sí lo es la de los artículos 209, 210 y 217 LH que no son sino supuestos especiales de conciliación; por último, (v) ídem del anterior para justificar la inscripción de certificaciones registrales de concurso.

Analicemos ahora la actuación de las partes cuando se les exige este segundo consentimiento: ¿*quid* si una de ellas, que firmó la avenencia y cuya acta está archivada en el archivo de legajos del Registro de la Propiedad, se niega posteriormente a acudir al notario para (re)prestar su consentimiento y con ello no se puede (re)elevar a público el acuerdo? Esta pregunta exige plantearse entonces otras tres: ¿qué actuación desplegará en este caso el notario? No podemos contestar salvo que opte por elevar a escritura pública la certificación presentada por una sola de las partes y con la comparecencia de solo esta. Esta es la tesis sostenida por la RDGRN de 18 de octubre de 2017 pero ni el legislador lo prevé, ni el notario puede dar por suplida la voluntad que falta porque, nuevamente, caeríamos en el argumento circular: si la certificación suple la voluntad es porque estando contenida en ella se considera jurídicamente válida por calificada —pues el registrador ha tenido que valorar este extremo antes de emitir su acta—, validez que alcanza también a la del compareciente —que, precisamente, acude con el acta donde el

notario—, lo que nos obliga a plantearnos nuevamente la misma cuestión: ¿para qué la (re)formalización del título judicial de homologación cuando no añade nada nuevo ni sustantivamente —léase, en términos de control de legalidad— ni formalmente —pues el título ya es en origen público—? Anticipamos entonces la calificación negativa del registrador cuando se le presente a inscripción un documento re-elevado a público por una sola de las partes, pues, repetimos, si es necesaria la segunda elevación a público es porque el primer título —ahora empleado como base para la elevación a público— resulta insuficiente, o, peor aún, inexistente como público, precisándose entonces —nuevamente— el consentimiento de todas las partes, sin que el registrador pueda entender suplida la de una de ellas con la certificación registral. Es más, si el notario opta por elevar a escritura la certificación registral del acta de conciliación con la comparecencia de una sola de las partes es porque está dando por cierta aquella, lo que solo se justifica si la considera título público perfecto —permítasenos expresarnos por un momento así—, esto es, porque lo da por cierto, por lo que entonces no sería necesaria la re-elevación a escritura pública. Y si la da por cierto en cuanto a la intervención de una de las partes, debería hacer lo propio con la totalidad.

En cuanto a la segunda pregunta, si es necesaria la re-elevación a escritura pública de la certificación registral del acta de conciliación, ¿qué valor jurídico tienen entonces el acta archivada y las certificaciones registrales que a partir de ella se emitan? Esta pregunta se contesta con la anterior: o es título público y, por tanto, auténtico —con fuerza procesal especial e inscribible— o es privado, en cuyo habrá de justificarse cómo un funcionario puede producir, en el ámbito de su función, documentos de esta clase (privados). En este último caso no quedaría otra posibilidad que la de hacer comparecer nuevamente a ambas partes ante notario para que, innecesariamente, expresen por segunda vez el consentimiento sobre la cuestión que creían ya superada.

Por último, ¿cómo procedería el juez en el caso de que una de las partes demande judicialmente a la otra por incumplimiento de lo pactado en el acta de conciliación y presente como prueba de lo pactado la certificación registral? Esta pregunta se responde, creemos, por sí misma: el juez considerará la certificación como documento público y, por tanto, como auténtico, con su consiguiente trascendencia procesal en orden a la prueba —artículo 319 LEC: «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella»—. Es más, probablemente, por analogía con la ejecución de las hipotecas, el juez directamente solicitará al registrador que libre certificación del acuerdo sin cuestionar su autenticidad, derivada de su carácter público. Y no puede ser

que lo que la autoridad judicial considera público —más adelante veremos la posición jurisprudencial sobre este asunto—, la DGRN o un registrador en su calificación traten como privado, pues una cosa no puede ser esa misma cosa y su contraria a la vez. Y de sostenerse que es un documento privado, no podría usarse ni para elevar a escritura pública, ni para servir de prueba, de manera que el procedimiento conciliatorio de nada habría servido, posición igualmente insostenible y que ni siquiera es defendida por la DGRN, para quien la certificación registral es título público y, por tanto, auténtico a todos los efectos salvo para uno: la inscripción registral en que es precisa su re-elevación a público notarialmente aunque solo cuando se trate de acuerdo conciliatorio, no en el resto de supuestos de inscripción de títulos registrales<sup>3</sup>.

Dado que la certificación registral del acta de conciliación no se puede re-elevar a público por una sola de las partes, asumamos que comparecen (nuevamente) ambas, pero esta vez ante notario. ¿Qué les pedirá este: que se ratifiquen en las declaraciones que ya hicieron al primero? ¿Y a qué dirigirá su actuación este segundo funcionario? ¿A copiar exactamente el acuerdo ya alcanzado y contenido en la certificación que se le facilite o a autorizar uno (otro) nuevo? ¿A incorporarla sin más a su protocolo? El valor añadido —esto es, la actividad del segundo funcionario— no puede consistir ni en la dación de fe de identidad de las partes, ni de su capacidad, ni de la fecha, ni del contenido ni, tampoco, al control de legalidad de lo acordado pues todo esto ya viene resuelto por la actividad de control de legalidad desplegada por el registrador durante la tramitación del procedimiento de conciliación y al tiempo de alcanzarse el acuerdo entre las partes, por lo que el contenido de la escritura pública solo podría ser *exactamente* el mismo que el de la certificación; ídem del anterior en cuanto al archivo del documento o la forma pública. Por añadidura, según el *preámbulo* (III) LJV y artículos 6.1 —«no será posible la iniciación o continuación de otro expediente con idéntico objeto ante otro»— y 22.2 LJV —«si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral»—, tampoco procede una segunda fase procesal de re-elevación a público.

Descartada entonces la escritura con comparecencia de una o ambas partes, puede aún pensarse que el notario actuante recurra a un acta o su testimonio. Pero ninguno de los dos podría ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad por no ser más que declaraciones de la existencia de un título, sin recogida de consentimiento. Y si alguien se planteara la inscribibilidad del testimonio o acta precisamente por recoger el título (registral) previo, le testaríamos diciendo que lo que resulta razonable en general y habitual en la práctica registral es la inscripción en el Registro del título original

(registral) que recoge el consentimiento y no de un segundo título (notarial) que recoge el primero (registral), de manera que el segundo título nada aporta en términos de seguridad de la identidad o del negocio jurídico realizado o su legalidad, como no sea mayores costes agregados<sup>4</sup>.

Aún podría sostenerse que la intervención notarial es necesaria para protocolizar el título; estaríamos entonces ante un argumento gerencial. Pero considerando que esta protocolización no es más que en el archivo del documento y que tal archivo tiene que realizarse por el registrador y, además, de manera ordenada, decae el argumento. Por añadidura, esta protocolización no viene exigida como requisito que justifique los artículos 3 LH ni 33 RH pues estos traen fundamento en la juridicidad y autenticidad de los títulos, no en su conservación. En conclusión, la re-elevación a público de la certificación no aporta valor jurídico, económico ni social alguno, de manera que ni el usuario del servicio ni el Estado-prestador-de-servicios-judiciales se beneficiarán con ello. Estamos ya preparados para abordar la posición de la DGRN y de la jurisprudencia sobre este asunto<sup>5</sup>.

En lo esencial, la DGRN no cuestiona que la certificación sea título público ni auténtico pero sostiene que no resulta suficiente (*sic*) para lograr la inscripción, y ello a pesar de que el artículo 3 LH es meridianamente claro sobre este asunto —«para que puedan ser inscritos los títulos [...] deberán estar consignados en [...] documento auténtico expedido por [...] el Gobierno o sus Agentes»—. Su posición sobre la insuficiencia de la certificación registral del acta de conciliación para su inscripción es como sigue: todo documento que pretenda inscribirse en un registro de derechos español y contenga declaraciones de voluntad, debe, necesariamente, recogerse en escritura pública autorizada, además, por notario español. Dicho de otra manera: solo los notarios españoles son capaces de crear títulos formales válidos por adecuados para su inscripción en el registro español si de lo que se trata es de recoger convenciones. Dicho de otra manera: todo título que no recoja un acto administrativo o una sentencia —esto es, que aún siendo judicial no adopte, sin embargo, la forma procesal de sentencia— está condenado —siempre a juicio de la DGRN— a pasar por escritura pública española, posición que afecta, concretamente, a tres tipos de documento, a saber: (i) las escrituras públicas autorizadas por notario no-español; (ii) los títulos judiciales de homologación de transacciones, es decir, títulos judiciales que no sean sentencias; y, por último, tras la LJV, las (iii) certificaciones registrales que recojan el acta del acuerdo de conciliación. La DGRN viene a sostener que el artículo 17.1 párrafo II.º LN instaura un monopolio notarial español, soslayando así el texto del artículo 3 LH. Veámoslo.

En cuanto a las escrituras autorizadas por notario distinto del español, las RRDGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005 se opusieron a la inscripción de un título notarial alemán bajo los argumentos siguientes: (i)

no se presumía la legalidad del título pues esta, por lo visto, solo podía concederla un notario español y (ii) su distinta eficacia por razón de las diferencias entre el sistema de título y modo español y el abstracto alemán. La primera de las resoluciones fue impugnada judicialmente, y por sentencia de 2 de marzo de 2006 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz se ordenó su inscripción. Esta sentencia fue recurrida a su vez ante la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4.<sup>a</sup>) que, sin embargo, la confirmó; fue nuevamente recurrida, esta vez en casación, ante el Tribunal Supremo que confirmó, nuevamente, la inscribibilidad del título por *STS 5354/2012*. Ergo, los títulos autorizados por notario no-español sí son inscribibles en el registro español y en la actualidad se inscriben con normalidad<sup>6</sup>.

En cuanto a los títulos judiciales de homologación de transacciones —léase también conciliaciones y allanamientos—, estas se regulan en los artículos 19, 415 y 443.1 LEC y consten en un acuerdo tomado por las partes ante el juez y calificado de legalidad por este, por el que las primeras ponen procesalmente fin al litigio judicial. Formalmente se recogen en un título también judicial y, por ende, público —artículo 206.1.6.<sup>a</sup> LEC—, elaborado por el juez en el ejercicio las funciones que tiene atribuidas y con las solemnidades exigidas —artículo 1216 del Código Civil—, cuya autenticidad, por tanto, se presume y, por ende, resulta inscribible —artículo 3 LH—, además de ser ejecutable —artículo 517.3.º LEC— con un especial alcance —artículo 520 LEC—. Internamente, el acuerdo de las partes es «homologado», sometido a control de legalidad por el juez, esto es, se realiza la comprobación «del cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción» (art. 415) mediante el examen previo por el tribunal, entre otros de «la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto» (art. 415). La DGRN, sin embargo, tras una posición inicialmente dubitativa sobre su inscripción —véase párrafo siguiente—, a veces no se ha pronunciado —RDGRN de 20 de febrero de 2003—, otras se ha pronunciado sin que le pareciera entonces un asunto especialmente relevante —«si bien podría discutirse si, al ser un contrato, debería documentarse en escritura pública, tal defecto, al no haber sido alegado por la registradora, no puede tenerse en cuenta por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria»; RDGRN de 13 de septiembre de 2012— para, finalmente, rechazarla con una doctrina que se ha consolidado —solo en sus resoluciones—, basada en los siguientes argumentos que iremos contestando: (i) la homologación judicial —sostiene la DGRN—, aunque formalizada en título público, no es «más que un acuerdo entre partes» (RDGRN de 14 de mayo de 2003). Cierto, contestamos, pero exactamente el mismo argumento puede aplicarse

a las escrituras públicas *ex* artículo 17.1 párrafo II.º LN —«las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad [de, añadimos, particulares]» — sin que su inscribibilidad haya sido puesta en duda por el Centro Directivo sino precisamente todo lo contrario; (ii) tampoco tiene, el acuerdo de homologación, «las garantías de las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por notario» (RDGRN de 14 de mayo de 2003). Este argumento sería cierto si no fuera porque en las homologaciones existe un control de legalidad que alcanza al contenido del acuerdo como bien tiene declarada la sentencia número 627/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, precisamente dirigida a rebatir esta posición de la DGRN, sentencia de la que trataremos más abajo; pero razonemos: ¿sería imaginable que el juez de la homologación judicial o el letrado de la Administración de Justicia en las conciliaciones, homologara o levantara acta de un acuerdo que fuera ilegal?, esto es, ¿sería imaginable que los homologara o levantara acta sin hacer el debido control de su legalidad?; por último, (iii) «la homologación judicial [léase, para la DGRN, la simple formalización judicial del acuerdo] no altera el carácter privado del documento pues [...] se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento [...] [mediante negocio] que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad» (RDGRN de 9 de julio de 2013). Subyacen aquí dos argumentos, igualmente peregrinos: primero, no puede sostenerse de ninguna de las maneras que el judicial es un documento privado pues está producido por funcionario público, en el ejercicio precisamente de sus funciones. Y si lo que quiere decir es que es formalmente público, pero sustantivamente privado, acudiremos entonces al argumento dado en (i): toda escritura recoge consentimientos privados y no se duda ni de su carácter de título público ni de su inscribibilidad. El segundo argumento es que las partes, en su acuerdo no dan, tradicionan o hacen de presente, sino que *se comprometen a* dar y a hacer, es decir, que cumplen el acuerdo, sino que se limitan a fijar los derechos y obligaciones de cada parte, siendo entonces necesario celebrar un segundo negocio jurídico, precisamente notarial. Lo que viene a decirnos la DGRN es que estos acuerdos son transacciones puras, en las que simplemente pactan para futuro, pero no de presente. No puede presumirse semejante conclusión cuando, además, siendo el acuerdo el sustituto de la sentencia, las partes quieren acabar ya con el litigio, no con simples promesas sino con prestaciones de presente. En todo caso, este argumento exigiría leer uno por uno cada acuerdo para interpretar si las partes quieren prestaciones de presente o de futuro, lo que no hace el Centro Directivo. Por supuesto que no existe

impedimento legal para que las partes realicen de presente sus prestaciones, de manera que declarándolo así expresamente, el argumento de la DGRN decaería. Precisamente en favor de estas prestaciones de presente nos hemos pronunciado en otra parte (MATEO VILLA, 2022a: 26 y sigs.)<sup>7</sup>.

La propia DGRN no sostuvo inicialmente esta postura contraria a cualquier título que no fuera notarial español. Así, aceptó la inscripción de la homologación que recogía una disolución de comunidad entendiendo que (i) el requisito de la titulación pública quedaba cumplido por ser la transacción judicial documento auténtico —en realidad, el argumento es el inverso, donde «[presunción de] auténtico» es consecuencia de «público»— y que (ii) la división de cosa común no exige *traditio* para transmitir el dominio (RDGRN de 5 de mayo de 2003; la misma doctrina que la anterior —positiva a la inscripción, pero incongruente en su argumentación—la encontramos en las de 7 de enero de 2005 y 22 de febrero de 2012). El cambio de criterio lo vemos en las RRDGRN de 5 de agosto de 2013 —que aprovecha para recordar su nueva doctrina pese a que el registrador no planteó esta cuestión en su nota de calificación—, 25 de febrero de 2014 y 3 de marzo de 2015. Ídem, del anterior para la de 22 de julio y 2 de octubre de 2015 —especialmente interesante esta última porque la DGRN reflexiona sobre su evaluación interpretativa por la que pasaba de permitir la inscripción a rechazarla, primero, sosteniendo que no era un documento público (¡!) y, después, defendiendo que sí lo era pero que no resultaba adecuado solo por no ser escritura (española), sin explicar ni su nueva teoría ni el salto de la primera a la segunda—, 4 de mayo de 2016 —de lectura recomendable por lo prolijo de su argumentación—, 6 de septiembre y 21 de diciembre de 2016, 16 de febrero, 27 de febrero y 1 de marzo de 2017 y, por último, 18 de octubre del mismo año — que defiende que «lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa [del acta de transacción] [...], sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado»; pero ni puede llegarse a partir de la LEC a semejante conclusión ni se justifica jurídica ni económicamente el sobrecoste en perjuicio del usuario del servicio registral<sup>8</sup>.

El documento que ha venido a cuestionar últimamente este monopolio formal que pretende la DGRN ha sido el de las certificaciones registrales del acta de conciliación. Como se dijo, la LJV no crea este nuevo título ni reconoce *ex novo* su inscribibilidad pero hace que este remedio pase de excepcional a general —todo tipo de desavenencia— y que exista un incentivo para su uso por los significativos menores costes asociados al arancel registral por comparación con los otros dos procedimientos po-

sibles (*vid. infra*). Por esta razón y por argumentos similares a los de las transacciones y que, por tanto, no repetiremos, la DGRN se ha opuesto a su inscripción. Pueden verse en este sentido las RRDGRN de 17 de mayo y 31 de octubre de 2017, 31 de enero, 7 de marzo y 20 de julio de 2018, y 27 de junio y 24 de julio de 2019, todas ellas semejantes en lo que aquí interesa.

¿Cómo se ha posicionado la jurisprudencia sobre esta cuestión? Siempre que se ha recurrido judicialmente contra la calificación de un registrador o contra una resolución de la DGRN por la que se impedía la directa inscripción de un título público no notarial, los tribunales han resuelto admitir esta inscripción. Así sucedió con la sentencia 152/2018 del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Sevilla que falla contra el argumento de que el título judicial presentado «se limita a acreditar la existencia de un acuerdo transaccional privado que carece de eficacia traslativa de dominio a los efectos del Registro de la Propiedad». La sentencia resuelve la cuestión de la siguiente manera:

«En cuanto a que un acto de homologación no es título suficiente, no puede compartirse, ni tampoco los razonamientos en cuanto a que dicha resolución judicial no valora las pruebas ni contiene un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de las partes. El auto de homologación no vulnera ninguna prohibición legal ni contraviene el orden público, y se dicta solo si recae sobre materias que las partes pueden transigir, como es el caso, por lo que procede estimar la demanda [de manera que] [...] se revoca y deja sin efecto la calificación registral ordenando la inscripción».

Más contundente aún es la sentencia número 627/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza que resuelve la demanda contra la RDGRN de 22 de febrero de 2006 en los siguientes términos, definitivos sobre la labor desplegada por el juez, y que puede entenderse que será la misma del letrado de la Administración de Justicia en la tramitación de conciliaciones:

«para ser homologado judicialmente [un acuerdo] requiere precisamente el control judicial sobre a) si se encuentra prohibido por la ley o b) sobre si existen limitaciones legales por razones de interés general o en beneficio de tercero [...] [y] el artículo 517 LEC los considera como título que lleva aparejado ejecución.

Así las cosas no se comparten los argumentos que se contienen en las resoluciones de la DGRN en las que se aporta la calificación objeto de la impugnación, en el sentido de que no existe control jurisdiccional del acuerdo transaccional, dando a entender que lo que se efectúa es un control meramente formal, una suerte de con-

validación automática del acuerdo concurriendo los requisitos de capacidad y poder de disposición, lo que no es así porque el artículo 19 LEC exige específicamente un control jurisdiccional sobre su legalidad y sus efectos respecto de terceros, a modo semejante que del que se debe hacer en los supuestos de allanamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 LEC».

Aún debía llegar la sentencia 10/2019 del Juzgado de Primera Instancia número 100 de Madrid que resuelve sobre la inscribibilidad del testimonio del auto de una homologación de sentencia que la registradora consideró «no apto para producir la inscripción solicitada [...] pues, aunque homologado judicialmente, es un documento privado»:

«Tercero.— Compartiendo en su integridad las alegaciones del demandante, se estima que ese cambio de criterio [de la DGRN sobre la inscribibilidad de las homologaciones, al que nos hemos referido antes] *no responde a ningún cambio normativo que lo sustente* y, tal y como indica la parte actora “carece de sentido obligar a unos litigantes a otorgar una escritura pública para inscribir la adjudicación de los bienes inmuebles, *generando unos gastos y cargas que nada aportan al interés público o general*” cuando las garantías que otorga una resolución judicial en el ámbito jurisdiccional no pueden ser superadas por ningún otro tipo de documento público alternativo [...] En efecto, se estima que *el otorgamiento de la escritura pública resulta innecesario y redundante*, pues todos los extremos esenciales a los que ha de extenderse un documento público [...] ya han sido previamente comprobados por la autoridad judicial [...]».

«Cuarto.— Considerar que el acuerdo alcanzado en el desarrollo de un proceso, que ha sido homologado en el marco del mismo por un auto judicial, no altera el carácter privado del documento, resulta contradictorio con la propia esencia de la transacción judicial y del acto de conciliación extraprocésal [...] En base a lo referido se estima que el auto judicial (y su testimonio por el que la autoridad judicial aprueba un acuerdo de transacción que pone fin a un pleito comenzado, constituye un documento público que cumple con el requisito exigido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria». (Las cursivas son nuestras).

La ventaja que ofrece esta última sentencia es que se refiere expresamente a la certificación registral del acta de conciliación y lo hace, además, en sentido positivo para su inscripción, así:

«No cabe duda de que tanto la certificación registral como la escritura pública notarial, como el decreto del letrado de la Administración de Justicia [...] documentando en cada caso la conciliación con avenencia *son todos ellos documentos públicos y solemnes y, por tanto, cumplen los requisitos de la Ley Hipotecaria para ser formalmente inscribibles*. El mismo valor ha de otorgarse, por tanto, al auto del juez que homologa un acuerdo alcanzado en el curso de un proceso [...] En base a lo referido se estima que [...] también cumplen con el requisito [exigido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria] en los supuestos de transacción o conciliación para evitar un pleito, la certificación registral [...] en [el] que se formaliza el acuerdo de conciliación con avenencia». (Las cursivas son nuestras).

Por último y muy recientemente, traemos aquí la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lugo, de 17 de septiembre de 2020 (firme) contra la resolución de 2 de noviembre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmatoria de una calificación registral negativa relativa al mismo asunto: la registradora denegó la inscripción de un testimonio de auto judicial por el que se homologaba un acuerdo de extinción de condominio, alegando que la forma no era la adecuada amparándose no en la ley sino en diversas resoluciones de la misma Dirección General bajo los argumentos de que no se trata de un documento público sino privado, que resulta impugnabile y que no existe control de legalidad del negocio realizado; la contestación del particular a la calificación de la registradora rezuma sentido común y merece ser leída. La dicha sentencia de primera instancia estima como las anteriores la pretensión de la demandante y declara —no podía ser de otra manera— la inscribibilidad del título judicial<sup>9</sup>.

Con semejante situación judicial, la cuestión debería estar ya definitivamente resuelta pero las RRDGRN y la calificación de algunos registradores no ajustada a Derecho sino a aquella doctrina lo impiden, perpetuando el problema en perjuicio de los usuarios del servicio registral. Así, la RDGRN de 14 de noviembre de 2019 sostiene que la «homologación o aprobación judicial [de la transacción] [...], implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al [*sic*] objeto del pleito, pero *no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción*» (las cursivas son nuestras). Es decir, que un organismo judicial estaría dispuesto, siempre según la DGRN, a homologar un acuerdo ilegal. En todo caso, este argumento decaería en las conciliaciones tramitadas por los registradores, pues, como hemos demostrado, deben ser controladas de legalidad, so riesgo de incurrir en

responsabilidad patrimonial. Y en cuanto a que el título de homologación judicial no es público ni resulta suficiente para su inscripción, señala la misma sentencia últimamente citada que:

«Finalmente, debe añadirse que, como se admite en la calificación, la posición de la DGRN sobre esta cuestión ha variado recientemente, lo que evidencia que no se trata de una doctrina uniforme y reiterada en el tiempo, lo que ha dado lugar a que otros dos registros de la propiedad extendieran nota positiva [léase, despacharon] en relación con el mismo auto que homologaba a transacción judicial. Todas estas razones determinan la estimación de la demanda en el entendimiento de que el acuerdo transaccional homologado judicialmente es un título inscribible en el Registro de la Propiedad» lo que lleva a estimar la demanda y a «revocar [...] la nota de calificación [...] en lo relativo al defecto de la falta de consideración del acuerdo transaccional homologado judicialmente como título inscribible»<sup>10</sup>.

En cuanto a la doctrina, la totalidad de los autores consultados que han tratado la cuestión se decantan más o menos expresamente por su inscribibilidad: es el caso de AGUILERA (2016: 1749-1753), DÍAZ FRAILE (2016), AGUIRRE (2017), las *Normas* (2017: art. 20), MARTÍN MARCO (2019: 160-164), TORIBIOS (2019) y, finalmente, RÍO (2021); la misma posición parece deducirse en SANTOS (2016: 31-32).

Podemos ya hacer la afirmación nuclear de nuestro trabajo, sobre la causa teórica del potencial éxito de los PERC y las tres de su fracaso real —por contrastadas con la realidad que nos ofrece nuestra experiencia profesional—: los PERC representan ciertamente una alternativa al circuito judicial por creadores de títulos semejantes a los judiciales, pacificadores de la desavenencia mediante un acuerdo controlado de legalidad y revestido de forma pública —léase, con fuerza probatoria preferente, ejecutivo (aspecto procesal del que nos ocuparemos más adelante) e inscribible—, con costes significativamente inferiores a la sentencia judicial. Pero esta mejor eficiencia resulta solo teórica pues se pierde por la particular exigencia de la DGRN —rechazada constantemente por la jurisprudencia— de que el acuerdo conciliatorio sea sometido a una re-elevación notarial a público —obstáculo únicamente salvable para quien esté dispuesto a acudir a juicio para obtener una sentencia confirmatoria de la inscribibilidad—. Un segundo obstáculo —no menor pero secundario respecto del anterior— es la pretensión de sujetar la tramitación de la conciliación a una inexistente competencia territorial, posibilidad que, por ahora, parece poco probable a tenor de la posición tanto de la DGRN como de la doctrina sobre la cuestión

y que hemos expuesto en otro lugar (MATEO VILLA, 2022a: 29 y sigs.). Un tercer obstáculo, equiparable en importancia al notarial primeramente expuesto, es el de no atribuir consecuencia alguna en el orden de las costas a quien no negocia o, mejor aún, a quien lo hace en forma tal que el contenido de su oferta se aleja significativamente de la de la sentencia con la que probablemente se resolvería el litigio, asunto que estudiaremos en otra parte (MATEO VILLA, 2022c). Resuelta la primera barrera impuesta *de facto*, evitada la segunda y legislada la tercera, puede anticiparse un gran un gran éxito para los PERC —«MASC», (medios alternativos para la resolución de controversias) según la terminología recientemente introducida por el legislador— en beneficio de la ciudadanía, la justicia y el erario público. En todo caso, la cuestión viene a aclararse —no a resolverse pues, como se argumentó, no hay duda sobre la directa inscribibilidad (de su ejecutividad formal y, en su caso, sustantiva, nos ocuparemos más adelante) de la certificación registral que recoja el acta de conciliación— con escasa técnica registral —pues deducimos que parece hacer coincidir los conceptos de «inscribible» y «ejecutable» cuando, en realidad, lo inscribible ya no es ejecutable (salvo en el caso de inscripción constitutiva) pues ya se ha llevado a cabo, y donde la inscripción añade a lo ejecutado la protección *erga omnes* del artículo 34 LH— con la nueva redacción del artículo 12.2 dada por el Consejo de ministros el doce de abril de 2022 al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia y según el cual, «celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia. La certificación estará dotada de eficacia ejecutiva en los términos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución se tramitará conforme a lo previsto para los títulos ejecutivos extrajudiciales».

## V. TRIBUTACIÓN

El acuerdo de conciliación debería en principio tributar de la manera que lo haría la transacción, de acuerdo con los artículos 14.5 y 57.5 del *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* —en adelante, LITPAJD— y 28 del *Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* —en adelante, RITPAJD—, esto es, «según el título por el cual se adjudiquen, declaren o reconozcan los bienes o derechos litigiosos, y si aquel no constare, por el concepto de transmisión onerosa». Puede verse

que el legislador tributario intuye que la transmisión es, en todo caso, onerosa pero sin entrar en disquisiciones sobre su verdadera causa jurídica —asunto ya tratado por nosotros en otro lugar (MATEO VILLA, 2022a: 19 y sigs.)—.

Resulta, empero, discutible su exacción por el AJD pues la ley que regula este impuesto tasa los tipos de documento que dan lugar a su aplicación, entre los que no se encuentra la certificación registral que recoja el acta de avenencia —confróntese artículo 31 LITAJD—. Pueden plantearse dos hipótesis: por la primera, en la medida en que existe identidad de razón con el judicial y notarial en lo que aquí interesa, debe tributar de acuerdo con el mismo régimen; por la segunda, dado que no cabe aplicar la analogía en materia tributaria, el negocio quedaría como no-sujeto. Desde un punto de vista puramente funcional, esta última interpretación incentivaría el uso de la conciliación por motivos exclusivamente fiscales tratándose de negocios eventualmente sujetos a AJD, lo que constituiría a su vez fraude sustantivo para el caso de no existir verdaderamente litigio. Nosotros defendemos la tributación por la identidad exacta de razón, si bien su contraria dispone de sólidos fundamentos jurídicos<sup>11</sup>.

## VI. EJECUTIVIDAD

Se entiende por ejecutivo el título «al que la ley le confiere la presunción *juris tantum* de la existencia de un crédito y de su deudor, así como la posibilidad de iniciar un juicio ejecutivo y la casi inmediata ejecución» (SOBERANES, 1982: 44), de manera que su contenido «se lleva a la práctica sin necesidad de más pruebas» (CONSEJO GENERAL DEL NOTARIA-DO). La ejecutividad alcanza, por tanto, dos aspectos: uno, de veracidad, certeza —ejecutividad que podemos llamar «formal»— y otro de (inmediata) realización —ejecutividad «material»—. En el caso de los títulos públicos, se presume esta certeza gracias al sujeto que los produjo formalmente y, alegados que sean en juicio o fuera de él, se presumen veraces, de manera que solo admiten una prueba poderosa —definitiva, si se prefiere— en contrario, cuya carga corresponderá al perjudicado por su contenido; por su parte, los títulos privados hacen igualmente prueba pero, a diferencia de los públicos, bastará un simple indicio que ponga en duda su veracidad para que quien los alegó se vea obligado a probarlos. La ejecutividad material se refiere a la posibilidad de hacer efectivo, directamente y sin necesidad de nueva interpretación, un cierto título: por ejemplo, un acta notarial es descriptiva y carece de contenido ejecutable; otro tanto de lo mismo ha de decirse de los negocios jurídicos con prestaciones futuras que deban ser concretadas o cumplidas previa prestación de un consentimiento añadido (v. gr., obligación

genérica o promesa de comprar o vender; recuérdese aquí lo que se dijo en MATEO VILLA [2022a: 27 y sigs.] sobre nuestra preferencia por que el acuerdo de conciliación contuviera prestaciones de presente). Ejecutividad formal y material juegan en planos distintos, prueba y realización, y sus efectos procesales son igualmente distintos. La ejecutividad que interesa a los agentes en la conciliación es la doble porque es la que produce efectos plenos e inmediatos y, por ende, los más cercanos a la sentencia judicial. Según lo anterior, la certificación registral del acta del acuerdo de conciliación es perfectamente ejecutiva cuando contenga prestaciones de futuro y sólo inscribible cuando contenga negocios ya perfeccionados (salvo, como se dijo, tratándose del caso de inscripciones constitutivas como la hipoteca o el derecho de superficie que requieren, precisamente de la inscripción para su ejecución, lográndose así la perfección del derecho real que se pretenda adquirir): formalizada por funcionario público, su contenido se presume veraz (ejecutividad formal), conteniendo, además, mandatos claros e inequívocos perfectos o por perfeccionar (ejecutables sustantivamente), según que la prestación esté ya realizada o por realizar.

Traslademos este análisis a la LEC. Su artículo 317 —véase el 299 LEC— se refiere a los títulos ejecutivos formalmente, que son los documentos públicos y que poseen, por las razones expuestas, «ciertas características, [que] permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza» (LEC EM XVIII); el 517, por su parte, se refiere a los títulos materialmente ejecutivos que ora son documentos públicos —títulos judiciales y notariales; quedan excluidos, por las razones expuestas, las actas notariales del 317.2.º LEC— ora excepcionalmente algunos privados —entre los que destaca para nuestro interés el laudo o resolución arbitral y cuya justificación para considerarlos como ejecutables se razonó en otro lugar (MATEO VILLA, 2014)—. Las certificaciones registrales aparecen en el artículo 317.4.º pero no en el 517 por una razón que hasta ahora resultaba comprensible: el contenido de los asientos registrales —objeto típico de las certificaciones— no es directamente ejecutable, pues está referido a derechos ya perfeccionados, que no precisan ser ejecutados —confróntense artículos 38 LH y artículo 439.2.3.º LEC—. Pero esta ausencia no impedía su ejecución material cuando ésta resultaba procedente —mediante su inscripción—, como se deduce de los ejemplos que hemos dado de títulos registrales directamente inscribibles.

Por tanto, las certificaciones registrales de conciliación son formalmente ejecutables porque siendo públicas se presumen veraces —artículo 317.4.º LEC— y serán materialmente ejecutables en la medida en que por su contenido contengan prestaciones simplemente pendientes de ejecución ¿Cómo actuará entonces el juez ante una certificación judicial que contuviera un mandato sustantivamente ejecutable de dar, hacer o no hacer? Despachando

ejecución directamente. Se hace entonces recomendable —más que necesaria— la reforma del artículo 520 LEC para disipar dudas sobre este extremo pues en su redacción actual se produce la paradoja de que un laudo arbitral que bien puede haber sido dictado por un no jurista y es documento privado, tiene mayor fuerza ejecutiva que la certificación emitida por funcionario público que contiene, además, un negocio cuyo control de legalidad ha sido realizado por ese mismo funcionario público jurista (el registrador). Aunque, como ya se vio, la cuestión viene a aclararse —que no resolverse, pues no era preciso con la legislación preexistente de la que se deducía claramente la ejecutividad formal y, en su caso, sustantiva de las certificaciones registrales— con la nueva redacción dada al artículo 12.2 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal en su versión de doce de abril de 2022.

Concluyamos: ¿cuál es el límite de la ejecutividad material de una certificación registral? Tratándose de acuerdos ejecutados de presente, ninguna, pues la ejecutividad es una característica que ya no se predica por falta de objeto pues las prestaciones ya han sido realizadas por lo que nada queda pendiente de ejecutar; en cuanto a la certificación que contenga prestaciones pendientes o futuras, rige lo previsto en el artículo 520 LEC, de manera que tratándose de prestaciones dinerarias, solo se despachará ejecución por los títulos notariales y registrales de entrega de importe que supere los trescientos euros; tratándose de obligaciones de dar cosa distinta de dinero —confróntese artículo 520.1.3.º LEC— no podrá despacharse ejecución sin juicio verbal previo. Esta es la opinión de TORIBIOS (2019) quien hace notar, primero, que los efectos ejecutivos de las certificaciones registrales —como de las escrituras notariales— son más limitadas que los judiciales de conciliación; segundo, que las causas de oposición a los títulos no judiciales son mayores que las previstas para los títulos judiciales —artículos 566 y 557 LEC—; y, tercero y último, que la suspensión del título extrajudicial suspende a su vez la ejecución, lo que no sucede con el judicial —véanse los mismos artículos anteriormente citados—. Estos tres límites para los títulos conciliatorios tanto registrales como notariales deberían ser revisados para su eliminación por el legislador<sup>12</sup>.

## VII. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

La responsabilidad patrimonial del registrador —asunto ya tratado pero cuyas conclusiones aquí agrupamos— deriva no tanto de los artículos 296 y siguientes LH porque no han sido adaptados por la LJV, sino del 2.1 del *Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial* y 1902 del Código Civil, de manera que incurre

en responsabilidad en el ejercicio de su función y, más concretamente, para el expediente de conciliación, en las diferentes fases en que una acción u omisión no sujetas a Derecho puedan producir un daño, existiendo nexo de causalidad entre las unas y el otro. Estas acciones son: (i) presentar la solicitud, (ii) calificar sobre su admisión, (iii) notificar a la dirección facilitada por el solicitante, (iv) controlar de legalidad el acuerdo, (v) conservar diligentemente su acta y, por último, (vi) emitir certificaciones fieles con esta. Por añadidura, esta responsabilidad del registrador alcanzará no solo a las partes sino, también, a terceros que hayan sufrido daño —pues del título pueden resultar, por ejemplo, créditos transmisibles— siempre que exista causalidad entre la negligencia del registrador y el daño —cfr. artículo 1911 del Código Civil y 299-301 LH—; en cuanto a la responsabilidad del registrador por las advertencias que debe hacer, véanse, por analogía, para el mediador, los artículos 9.3, 11.3 y 14 LM, para los árbitros, 21 y 37.2 LA y, por último, el ya citado 145.3 RN<sup>13</sup>.

## VIII. ARANCEL REGISTRAL

Nos ocupamos solo de la aplicación del arancel en la conciliación, dejando al margen la inscripción por no ser objeto de nuestro trabajo. El arancel de los registradores se rige por el *Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad* —en adelante, el RD sobre el arancel registral— y su aplicación a la tramitación del expediente de conciliación está expresamente prevista en el *preámbulo* LJV (VI) —«Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que puede acudir [...] al Registrador, en cuyo caso deberá abonar los aranceles correspondientes»—. Sin embargo, el arancel no ha sido reformado por razón de este procedimiento, frente a lo declarado en la disposición adicional cuarta LJV sobre «aranceles registrales», ni se han creado conceptos específicos por razón de él, lo que nos obliga a interpretar por deducción su aplicabilidad en ciertos supuestos dudosos, debiendo acudir al arancel preexistente y solo en cuanto a conceptos expresamente previstos<sup>14</sup>.

En cuanto a quién deba satisfacer el importe, corresponde al solicitante de la conciliación —Octava del Anexo II RD sobre el arancel registral y 7 LJV—, sin perjuicio de que las partes pacten otro reparto, pacto que, en todo caso, tendrá eficacia *inter-partes* pero no frente al registrador —confróntense artículos 1255 y 1257 CC—, lo que supone que el solicitante no pueda oponer este pacto al registrador. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al establecer —para el tercero-auxiliar— que «sus honorarios profesionales

serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Si la parte requerida para participar en el proceso negociador no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, deberá esta abonar íntegramente los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral».

En cuanto al asiento de presentación extendido con ocasión de la solicitud de conciliación, será de aplicación el arancel, aunque se practique en el Libro de Entrada y no en el Diario, pues el Número 1 del RD sobre el arancel registral no distingue, refiriéndose al «asiento de presentación de cada título», estando previstos ambos en la LH —para el de Entrada, artículo 222.9—.

En cuanto a la tramitación de la conciliación, el registrador debe aplicar el arancel a cada una de las diligencias que extienda. En la medida en que el concepto «diligencia» no está previsto en el arancel, las que vayan seguidas de un «certifico» serán liquidables de acuerdo con el Número 4.1 e) del RD sobre el arancel registral en concepto de «otras certificaciones»; de no preceder el «certifico» —v. gr., notificación realizada telefónicamente—, resultaría aún posible la aplicación con base en la regla Octava del Anexo II del RD sobre el arancel registral por el que «los derechos [arancelarios] correspondientes a las [...] manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten», y en tanto que el mismo precepto relaciona certificaciones con manifestaciones, parece que la remisión correcta sería, para estas diligencias de tramitación, nuevamente el dicho Número 4.1 e), de manera que tengan la consideración de manifestaciones en el expediente, necesarias para justificar la actividad del registrador, sin que puedan concebirse como notas internas registrales y entendiéndose solicitadas por la presentación de la conciliación.

En cuanto al acuerdo, son dos las tesis sostenibles. Por la primera, el arancel se aplicaría según el valor de los bienes o derechos afectados por la conciliación, esto es, con arreglo al Número 2.1 del RD sobre el arancel registral. Esta interpretación tendría apoyo si consideramos que la labor registral en la conciliación no es la de certificante sino la de informador jurídico que identifica el conflicto, ofrece soluciones ajustadas a Derecho e, incluso, redacciones del acuerdo, así como su controlador legal. Se trataría, por tanto, de una actuación más cercana a la del dictamen registral —del artículo 253.3 LH y 333.3 párrafo II.º y 355 RH cuyo arancel se regula en el Número 5 que, a su vez, remite al Número 2 del RD sobre el arancel registral— que a la de mero certificante. Esta opción ofrece sin embargo ciertos problemas: (i) no aparece expresamente prevista en el Arancel; (ii) no resuelve si deben considerarse como bienes los del litigio o los del acuerdo; (iii) tampoco hace lo propio sobre cómo valorar las acciones a las que las partes renuncien; (iv) asimila la labor del registrador al dictamen pero ni se ha solicitado formalmente este —recuérdese aquí el

Noveno del Anexo II del RD sobre el arancel registral: «las operaciones, con independencia de su modo de tramitación, que no tengan señalados derechos en el arancel no devengarán derecho de cobro ninguno»— ni es necesario que se formule un dictamen. La primera es la tesis sostenida por la *Guía de conciliación registral* (2019: 11); por la segunda —que nosotros defendemos—, el acta del acuerdo no puede liquidarse por el Número 2.1 del RD sobre el arancel registral sino, nuevamente, como «otras certificaciones» (*vid. supra*). En nuestra tesis cabe naturalmente el informe registral pero siempre que se solicite formalmente por una o ambas partes y se produzca (elabore) también como documento con identidad separada de la conciliación<sup>15</sup>.

En cuanto a la emisión de certificaciones del acta del acuerdo cuyo original se encuentra depositado en el archivo de legajos del registro, en la medida en que este acuerdo sea de prestaciones de presente y comprenda la titularidad del dominio —el Arancel no dice que sea necesariamente de inmuebles— o de otras cargas, es reconducible por el Número 4.1 a), b) o c) del RD sobre el arancel registral, sin perjuicio de las diligencias que se dijo que debían extenderse en el expediente al tiempo de la solicitud de la publicidad registral. En cuanto a la elección entre estas tres posibilidades, bien podría entenderse que es simple certificación del archivo de legajos —en cuyo caso, debería girarse el arancel por la letra e)— o, según que los negocios que se realicen para alcanzar la avenencia sean de traslación del dominio o de constitución de cargas (v. gr., hipoteca, prenda, servidumbre), la cuestión podría reconducirse por las letras a) —traslación del dominio— o b) —constitución de cargas— bajo el argumento, primero, de que estas letras no se pueden entender ya solo referidas a las inscripciones registrales —tras la introducción del artículo 103 *bis* LH— y de que siendo la inscripción voluntaria, la emisión de estas certificaciones funciona como título de dominio no inscrito, de manera que acreditan su titularidad o la constitución de cargas.

## IX. LOS COSTES DE LA CONCILIACIÓN REGISTRAL, JUDICIAL Y NOTARIAL

### 1. REGLAS GENERALES

Ofrecemos a continuación una tabla comparada de los costes de tramitación del expediente de conciliación según sea registral, judicial o notarial, lo que incluye en los tres casos control de legalidad y formalización pública del acuerdo. El «valor de los activos» está referido a los bienes que son objeto de transmisión en el acuerdo y no los que motivan el conflicto por ser aquel

el que se tomaría tanto para minutar según el arancel registral —para esta cuestión, *vid. supra.*—, el notarial y, por último, el de los procuradores; por el contrario, el de los bienes en litigio sería el empleado para determinar la tasa judicial —dado que es imposible de calcular el de los bienes que formen parte del acuerdo de transacción por desconocerse cuáles serán— así como los honorarios de los abogados. El valor de los bienes sobre los que se calcula el coste, de tres mil a cuatrocientos mil euros, ha sido elegido porque permite cubrir un elenco amplio de supuestos.

Consideramos en todos los casos, en orden a la simplificación de las variables posibles, que la conciliación se solicita por una sola persona y se dirige a otra sola como destinataria, de ahí que computaremos una sola notificación. Para lograr la equivalencia de los tres procedimientos, calculamos para el notarial y el registral el libramiento de publicidad del acuerdo —mediante primeras copias de la escritura y certificaciones, respectivamente— en dos ocasiones, una para cada parte en litigio. En cuanto a los suplicos (Norma cuarta del arancel registral y Anexo II, Octava.1 del arancel notarial), no los incluiremos por su coste variable, especialmente en el caso notarial. Limitamos a dos decimales el resultado final, realizado el oportuno redondeo, por ser centesimal el medio de pago en euros; todos los valores se ofrecen sin considerar el impuesto sobre el valor añadido aplicable al arancel notarial y registral que en la actualidad es del veintiuno por ciento (art. 90 Uno de la *Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*) Finalmente, los datos desagregados se ofrecen a pie de página en tablas para facilitar la lectura del cuerpo del texto.

## 2. COSTES JUDICIALES

### A) *A cargo del Estado, prestador de servicios judiciales.*

Para los costes judiciales a cargo del PGE, consideramos como tales los que resultan de *Estudio sobre transparencia de los costes de los procedimientos judiciales del orden civil en la Unión europea* (v. francesa; datos 2005 y 2006); para los que soporta la Administración de Justicia —a cargo del PGE—, no disponemos de ellos desagregados por años pero nos bastará un cálculo aproximado contando los de todas las administraciones —el agregado de los PGE y de las comunidades autónomas—, en el bien entendido de que estas cantidades no rogen el coste de oportunidad —esto es, el beneficio que obtendrían de poder destinar las cantidades no gastadas a otros fines—. De acuerdo con el CGPJ, para el año 2011 se dieron 9.140.567 «asuntos ingresados» y para 2013, 8.749.336; para unos presupuestos de 4.082.000.000€

(DOMÍNGUEZ y RUEDA: 2013, 63) y 3.496.000.000€ (VÁZQUEZ y GUTIERREZ, 2017: 07), respectivamente, el cálculo arroja un coste medio por asunto de 446€ (2011) y 399€ (2013). Sin embargo, estas cantidades quedan muy por debajo de los 3.000€ que maneja CRIADO INCHAUSPÉ (2012), dato que no hemos podido encontrar ni tampoco la fórmula empleada para su cálculo: no resulten creíbles las cantidades de 446€ ni de 399€ porque al compararlas con la tasa judicial —que hemos calculado y que representa el precio del servicio, no su coste agregado— aplicada a los valores más bajos, resulta muy semejante; y cuando apenas si empezamos a elevar estos valores, resulta que la tasa es superior al coste que el pleito tiene para el Estado. De ahí que pueda considerarse más realista el valor de tres mil euros (3.000€) que los otros dos y por esto lo emplearemos. Al carecer de datos desagregados del CGPJ para fijar el coste individualizado de cada pleito o, al menos, por tipo de procedimiento, consideraremos el coste medio, entendiendo, además, que todos los procedimientos (v. gr., civiles, penales) tienen el mismo, a partir, del número de los iniciados —no del de sentencias, pues el gasto principa a ocasionarse con la apertura del procedimiento, con independencia de que se dicte o no sentencia— y de los datos económicos expuestos. No incluimos —por ser imposible su cálculo— el coste de intérpretes/traductores, peritos, aseguramiento o colateralización del procedimiento, tiempo invertido en preparar y participar en el procedimiento, costes de desplazamiento y dietas y, por último, como se dijo, coste de oportunidad, todos ellos en cuanto que lo sean con cargo al PGE. Por todo lo anterior, creemos ofrecer unos costes por debajo de los reales pero suficientes para justificar nuestras conclusiones.

### *B) A cargo del litigante*

Las tasas judiciales se regulan por *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses* —en adelante, la Ley de tasas judiciales— y su importe para cada cuantía de procedimiento se ha calculado con la aplicación *del Ilustre colegio de abogados de León*<sup>16</sup>.

Más difícil es la fijación del coste del abogado pues la base para la minutación es múltiple e incierta —a «los intereses económicos que se ventilen en el asunto y el trabajo profesional realizado, su mayor o menor complejidad, trascendencia del asunto, grado de especialización profesional, el tiempo empleado, la dificultad que en cada caso concurra y cualquier otra circunstancia relevante» se refieren los *Criterios orientativos de honorarios a los solos efectos de tasaciones de costas y juras de cuentas*—, amén de la prohibición de los Colegios profesionales de «establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla

sobre honorarios profesionales», de conformidad con el artículo 14 de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales*, salvo para «la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados» (DA IV de la dicha ley) en que cada uno de aquellos ha aprobado sus propias normas. Por todo lo anterior, hemos optado por calcularlos de acuerdo con la aplicación de la Organización de consumidores y usuarios —en adelante, OCU— si bien debe tenerse en cuenta que los que arroja para los costes notariales son sensiblemente inferiores a los que obtenemos nosotros, por lo que podría pasar lo propio con los del abogado<sup>17</sup>.

En cuanto a los del procurador, estos se regulan en el *Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*. Se nos podrá decir que los de jurisdicción voluntaria son procedimientos en que no se precisa abogado ni procurador ni juicio previo *ex* artículo 14.3 LJV en relación con el 141.1. 2.º del mismo texto legal, pero intuitivamente entendemos que se producirá como caso más habitual el del 415 LEC, que es el relativo a la conciliación alcanzada durante un juicio donde, ahora sí, se precisará la participación de abogado y procurador. En todo caso, si quiere calcularse la solicitud directa de conciliación judicial, bastará con considerar únicamente el de 3.000€, pues tampoco las tasas judiciales son aplicables *ex* artículo 2 de la Ley de tasas judiciales<sup>18</sup>.

### 3. COSTES REGISTRALES

Para los registrales, su arancel se regula en el *Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad* —en adelante, el arancel registral— que, como se dijo, no ha sido modificado en aplicación de la previsión de la disposición adicional cuarta LJV sobre «aranceles notariales y registrales». De acuerdo con el procedimiento formal que hemos defendido, calcularemos una presentación, una notificación, las diligencias del procedimiento que deben constar en el expediente y, por último, la emisión de publicidad, una por cada parte en conflicto. Por tanto, son las siguientes las operaciones sujetas a minutación: (i) presentación, artículo 1 RD del arancel registral que se minutará de conformidad con el número 1 el arancel registral, esto es, 6,010121€; (ii) las diligencias del procedimiento que se extenderán a partir de un «certifico» y que se minutarán de conformidad con el artículo 4.1 e) («otras certificaciones») y que serán, de acuerdo con el procedimiento estándar que hemos previsto, las siguientes: (ii.a) legitimación de firma de solicitante (certificación de su identidad a partir del documento oficial correspondiente y calificación de su capacidad para iniciar el procedimiento), (ii.b) constancia en el expediente de la presentación del documento, (ii.c)

calificación y admisión a trámite de la solicitud; (ii.d) dación de número de identificación, (ii.e) envío del oficio, (ii.f) recepción por el registrador del resguardo de la notificación; (ii.g) indicación de la fecha de recepción por el interesado a partir del resguardo dicho, (ii.h) comparecencia del oficiado, (ii.i) firma del acta del acuerdo y, por último, (ii.j) y (ii.k), expedición de las certificaciones a ambos interesados, lo que arroja un total de once diligencias (que hemos separado en nuestra tabla, por una parte, ii.a y, por otro, el resto) que deben extenderse en el expediente (6,010121€ x 11= 66,111331€). Por su parte, la certificación se registrará por lo dispuesto en el artículo 4.1 a) del arancel registral, esto es, 9,015182€ por cada una, porque de nuestra experiencia resulta el de traslación dominical el negocio más habitual en conciliación y porque en la medida en que esta se produce fuera de los libros del registro y ha tenido lugar mediante acuerdo de conciliación, resulta consistente la emisión de tal certificación que es verdaderamente de dominio aunque no inscrito; y para el caso de que se hubiera pactado algún derecho real distinto del de dominio o derecho de crédito pendiente de ser cumplido tras el acuerdo (esto es, que se trate de prestaciones futuras), procedería entonces la aplicación de artículo 4.1 b) del arancel registral por analogía con el concepto de «cargas» previsto por el dicho artículo. En consecuencia, consideraremos dos certificaciones por un importe de 18,030364€. Léase lo dicho más arriba sobre las dudas que suscitan algunas diligencias que, sin embargo, incluimos aquí, lo que, en su caso, haría disminuir el importe agregado<sup>19</sup>.

#### 4. COSTES NOTARIALES

Para los notariales, su arancel se regula en el *Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios* —en adelante, el arancel notarial—, que tampoco ha sido modificado en aplicación de la previsión de la disposición adicional cuarta LJV. Los artículos 81-83 LN no especifican los trámites notariales de esta conciliación pues del «podrá realizarse ante Notario la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes» del artículo 81.1 se pasa directamente a «la escritura pública que formalice la avenencia» del 82.1 LN si bien la referencia a «se intentó» (art. 82.1) y a que «el acto terminó con avenencia» (art. 82.2) permite pensar que el notario no autoriza directamente la escritura pública sino que previamente tramita un procedimiento, sujeto a su correspondiente arancel notarial, que después llevará al eventual acuerdo que se formalizará en escritura pública, nuevamente sujeto a arancel. Señala el notario CORTÉS (2018) que la conciliación puede evacuarse notarialmente ora mediante una sola escritura a la que se van añadiendo las diferentes diligencias ora dividiendo el expediente en dos

documentos, a saber, (i) un acta que comprendería el requerimiento inicial y las notificaciones al requerido o requeridos así como la diligencia de cierre indicativa ora de la no celebración del acto de conciliación ora de su celebración, con referencia a la escritura y (ii) una escritura con la celebración del acto de conciliación notarial con o sin avenencia con una diligencia de cierre en que se haría referencia a tal circunstancia y el número de protocolo en que se hubiera materializado la escritura. No obstante, no queda resuelto si debe aplicarse el arancel de los documentos de cuantía —Número 2 del arancel— o sin cuantía —Número 1—. Bien podría defenderse esto último por analogía con la mediación, pero ante la falta de reforma legal, aplicaremos el arancel de los documentos de cuantía por ser la regla general —a fin de cuentas, el Número 1 recoge supuestos especiales de interpretación restrictiva— y porque la falta de referencia a la excepción arancelaria por el dicho autor nos lleva a deducir que esta será la regla que resultará comúnmente aplicada. Aún podría entenderse, añadimos, que se realicen dos escrituras públicas, si se sostiene que la de los artículos 82.1 LN —«la escritura pública que formalice la avenencia entre los interesados»— y 83.1 —«la escritura pública notarial que formalice la conciliación»— son dos distintas, lo que no compartimos<sup>20</sup>.

En cuanto al acta, incluirá la de (i) requerimiento de conciliación como documento sin cuantía que se minutará por el Número 1.1 c) del arancel notarial, esto es, 36,060726€ y que incluirá las siguientes (ii) diligencias que se minutarán por el 6.2 párrafo del RD del arancel notarial, esto es, 3,005061€ cada una de ellas: (ii.a) envío, y (ii.b) recepción de la notificación, (ii.c) comparecencia y (ii.d) cierre del expediente; esto es, cuatro diligencias como mínimo, lo que arroja un resultado de 18,030366€; (iii) salidas del notario (para enviar las notificaciones) a correos minutable de conformidad con el 6.3 del arancel registral, esto es, 18,030366€; (iv) el número de folios de la matriz que consideraremos aleatoriamente, pues carecemos de ejemplos análogos en los que apoyarnos, seis folios, que se minutarán de acuerdo con número 7 del arancel notarial por el que «los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengarán 3,005061 € por cara escrita», esto es dos folios dan lugar a cuatro caras, lo que arroja un total de 12,020244€; por último, (v) copias autorizadas, que calcularemos dos, una para cada parte, porque ambas está interesadas en tener el expediente completo y que se minutan por número de folios de acuerdo con el número 4.1 del arancel, siendo el coste por folio de 3,005061€; a partir del duodécimo folio inclusive, se percibirá la mitad de la cantidad anterior, esto es, 1,5025305€. Considerando los seis folios indicados, el resultado es de 18,030366€ que deberá multiplicarse por dos, al ser dos las partes interesadas, esto es, 36,060732€. Obsérvese que nuestro cálculo es conservador, primero, porque considera una sola salida del notario, segundo porque no incluye testimonios, tercero, porque tampoco prevé la emisión de copias simples<sup>21</sup>.

En cuanto a la escritura que recoja el acuerdo, se trata de un documento con cuantía que se minutará de acuerdo con el (i) valor de los bienes objeto del negocio documentado —no los del litigio— según la escala prevista en el artículo 2 del arancel notarial y cuyos detalles resultan de la tabla adjunta; a los (ii) folios, se aplicará el número 7 del arancel notarial por el que «los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengarán 3,005061€ por cara escrita», considerando una escritura de quince folios, incluidos testimonios, lo que resulta, nuevamente, conservador tras haber hecho un cálculo de la media de más de una veintena de escrituras de compraventa de una sola finca y sin representación, arroja treinta caras escritas —varias de ellas recogen las certificaciones de Catastro, la nota simple y los justificantes de pago— de las que veintidós deben multiplicarse por el importe indicado, lo que arroja un total de 66,11€; las (iii) copias autorizadas, que consideramos dos porque cada una de las partes está interesada en conservar el título del acuerdo que ha alcanzado, se minuta por su número de folios según el número 4.1 del arancel, siendo el coste por folio de 3,005061€; a partir del duodécimo folio inclusive, se percibirá la mitad de la cantidad anterior, esto es, 1,5025305€. Considerando los quince folios de la escritura, once deberán multiplicarse por 3,005061€ y cuatro por 1,5025305€ y la cantidad resultante por dos copias autorizadas, lo que arroja un total de  $(11 \times 3,005061€ + 4 \times 1,5025305€) \times 2 = (33,055671 + 6,010122) \times 2 = 78,13€$ ; y, por último, (iv) las copias simples, que consideramos dos pues cada parte deberá liquidar el impuesto en la parte que le corresponda, se rigen por el número 4.2 de manera que se minutarán a razón de 0,601012 euros por folio, lo que hace un total de quince folios por dos por la cantidad indicada, esto es, 18,03€. Recuértese que a las cantidades (ii)-(iv) habrá que sumarles aún la que resulte de (i) y cuyos importes se facilitan en nota al pie siendo su escala como sigue: (1) cuando el valor no exceda de 6.010,12 euros: 90,151816 euros; (2) por el exceso comprendido entre 6.010,13 y 30.050,61 euros: 4,5 por mil; (3) por el exceso comprendido entre 30.050,62 y 60.101,21 euros: 1,50 por mil; (4) Por el exceso comprendido entre 60.101,22 y 150.253,03 euros: 1 por mil; y, por último, en lo que aquí interesa, (5) Por el exceso comprendido entre 150.253,04 y 601.012,10 euros: 0,5 por mil. No incluimos en nuestro cálculo, entre otros, cuatro diligencias que el notario debería realizar para el caso de que la escritura pública afecte a la transmisión de bienes inmuebles y consistentes en el envío y recepción de la comunicación al Registro de la Propiedad ni tampoco al ayuntamiento para la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana regulado en los artículos 104-110 del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*<sup>22</sup>.

## 5. COSTES ABSOLUTOS Y RELATIVOS

Ofrecemos a continuación la diferencia de costes entre los tres procedimientos, tanto en valores absolutos como relativos, y comparamos los judiciales y notariales con el registral por ser el objeto principal de nuestro trabajo. El coste absoluto de cada procedimiento distinguiendo según que se alcance o no el acuerdo («éxito»/«fracaso») es como sigue:

COSTE TOTAL PARA EL USUARIO (€): ÉXITO			
Valor de los activos	Judicial	Notarial	Registral
3.000€	3.714€	366,63 €	90,15€
15.000€	5.272€	407,08 €	90,15€
30.000€	6.979€	474,58 €	90,15€
45.000€	8.686€	497,23 €	90,15€
90.000€	13.576€	549,79 €	90,15€
180.000€	23.159€	610,04 €	90,15€
360.000€	42.257	714,82 €	90,15€
400.000€	46.523€	734,89 €	90,15€

El coste relativo de la tramitación judicial y notarial comparada con la registral es como sigue:

COMPARACIÓN: JUDICIAL/REGISTRAL		
Valor de los activos	Ahorro (€) si opta por registral	Conciliación judicial representa el (%) de la registral
3.000€	3.623,85 €	4.119%
15.000€	5.181,85 €	5.848%
30.000€	6.888,85 €	7.741%
45.000€	8.595,85 €	9.635%
90.000€	13.485,85 €	15.059%
180.000€	23.068,85 €	25.689%
360.000€	42.166,85 €	46.874%
400.000€	46.432,85 €	51.606%

COMPARACIÓN: NOTARIAL/REGISTRAL		
Valor de los activos	Ahorro (€) si opta por registral	Conciliación notarial representa el (%) de la registral
3.000€	276,48 €	406,69%
15.000€	316,93 €	451,56%
30.000€	384,43 €	526,43%
45.000€	407,08 €	551,56%
90.000€	459,64 €	609,86%
180.000€	519,89 €	676,69%
360.000€	624,67 €	792,92%
400.000€	644,74 €	815,19%

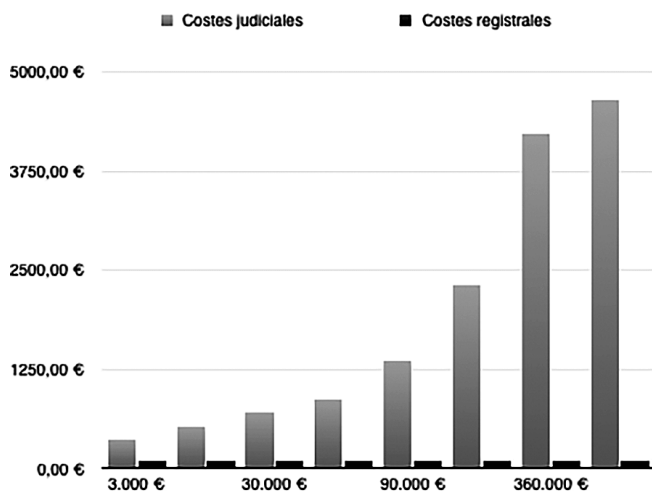
Comparemos ahora el coste en el supuesto de que no se alcance un acuerdo según las premisas que indicamos a pie de página:

COSTE (€) TOTAL PARA EL USUARIO: FRACASO			
Valor de los activos/Coste absoluto	Judicial	Notarial	Registral
3.000€	3.714€	114,19 €	84,14€
15.000€	5.272€	114,19 €	84,14€
30.000€	6.979€	114,19 €	84,14€
45.000€	8.686€	114,19 €	84,14€
90.000€	13.576€	114,19 €	84,14€
180.000€	23.159€	114,19 €	84,14€
360.000€	42.257	114,19 €	84,14€
400.000€	46.523€	114,19 €	84,14€

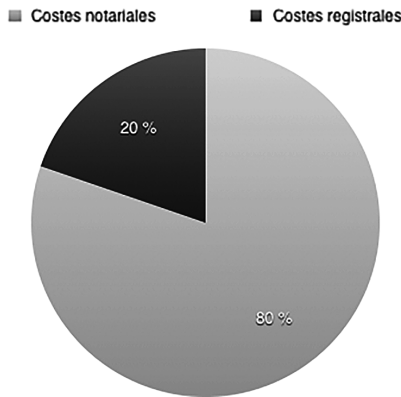
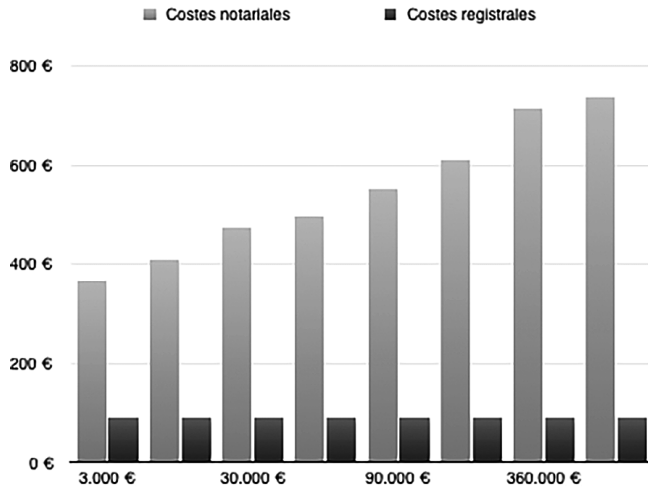
## 6. REPRESENTACIÓN GRÁFICA

### A) Costes judiciales frente a registrales

La primera gráfica ofrece valores absolutos, en euros; la segunda, la relación en porcentaje de costes judiciales frente a registrales. En cuanto a esta relación, es la media calculada a partir de las cantidades que resultan de los valores que hemos previsto. Como se dijo, para poder ofrecer una relación porcentual más exacta bastaría con aumentar el elenco de escenarios cuantitativos posibles —valor de los activos afectados por el acuerdo—.



*B) Costes notariales frente a registrales*



**X. CONCLUSIONES.**

I. **Certificación.** El registrador dará publicidad del acta completa de avenencia de la conciliación o, en su caso, de desavenencia o incomparecencia mediante certificación del original que obre en su archivo de legajos, en aplicación de las reglas preexistentes en la Ley Hipotecaria sobre certificaciones. Excluimos la posibilidad de que esta publicidad se haga por

nota simple. Esta certificación registral es, como todo título público que contenga mandatos jurídicos directamente realizables, auténtico y ejecutable materialmente. E indiscutiblemente inscribible en los registros jurídicos (v. gr., propiedad, mercantil y bienes muebles) según tiene dicho la jurisprudencia cuando ha resuelto demandas contra la oposición de algunos registradores y de la Dirección General de los Registros y del Notariado a esta inscripción. No es necesaria, pues, ninguna re-elevación a documento público de la certificación registral para que esta resulte inscribible, re-elevación que no tiene justificación jurídica, social ni económica pues no aporta valor alguno, en carece el título formal y perjudica la adecuada dinamización. De los PERC/MASC en perjuicio de los usuarios del servicio y del erario público. En cuanto a la inscripción de la certificación registral que contenga el acta de avenencia, podrá practicarla el mismo registrador que tramitó la conciliación si se refiere a bienes. Derechos radicantes en su registro.

II. **Tributación.** Resulta discutible la tributación de la certificación del acuerdo de conciliación en concepto de actos jurídicos documentados pues no cumple con el requisito formal exigido para tributar, lo que de por sí constituye un sólido argumento. Nosotros, en cambio, somos de la opinión de que procede su exacción como medida de prudencia —a fin de evitar el incentivo que supondría acogerse a este procedimiento conciliatorio con el único objeto de evitar el pago del impuesto— hasta que la jurisprudencia aclare este extremo.

III. **Arancel registral.** La aplicación del arancel registral debe hacerse en concepto de diligencia y «certificación» y no por el valor de los bienes litigiosos o transigidos ni tampoco de los dados, prometidos o retenidos en el acuerdo para superar la desavenencia.

IV. **Comparación de costes registrales, judiciales y notariales.** *Ceteris paribus*, la conciliación registral presenta eficiencias significativamente superiores a sus alternativas judicial y notarial, medidas en recursos monetarios y de tiempo, entre otros.

## XI. RESOLUCIONES.

- 20 de febrero de 2003<sup>23</sup>
- 5 de mayo de 2003<sup>24</sup>
- 14 de mayo de 2003<sup>25</sup>
- 7 de enero de 2005<sup>26</sup>
- 22 de febrero de 2006 (anulada por sentencia número 627/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza)
- 22 de febrero de 2012<sup>27</sup>

- 13 de septiembre de 2012<sup>28</sup>
- 9 de julio de 2013<sup>29</sup>
- 19 de diciembre de 2013<sup>30</sup>
- 25 de febrero de 2014<sup>31</sup>
- 27 de marzo de 2014<sup>32</sup>
- 3 de marzo de 2015<sup>33</sup>
- 2 de octubre de 2015<sup>34</sup>
- 4 de mayo de 2016<sup>35</sup>
- 21 de diciembre de 2016<sup>36</sup>
- 1 de marzo de 2017<sup>37</sup>
- 26 de julio de 2017<sup>38</sup>
- 18 de octubre de 2017<sup>39</sup>
- 31 de octubre de 2017<sup>40</sup>
- 2 de noviembre de 2017<sup>41</sup> anulada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lugo, de 17 de septiembre de 2020 (firme); procedimiento Juicio verbal 52 /2018, sentencia número 00157/2020
- 31 de enero de 2018<sup>42</sup>
- 20 de julio de 2018<sup>43</sup>
- 24 de julio de 2019<sup>44</sup>
- 14 de noviembre de 2019<sup>45</sup>

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, A. (2016). Disposición final duodécima. Dos, en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. (Coord. Serrano de Nicolás; dir. Fernández de Buján), 1723-1753.
- AGUIRRE, B. (2017). *Comentarios a las normas colegiales sobre conciliación registral*. Disponible en <https://regispro.es/basilio-aguirre-comentarios-a-las-normas-colegiales-sobre-conciliacion-registral-2/>.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. (2016). *Guía de conciliación registral (art. 103 bis LH)*. Vocalía de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) Comisión de conciliación y mediación registral. S.L.: S.E.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO: Página Web. [www.notariado.org](http://www.notariado.org).
- Mediación: resolución de conflictos con la ayuda del notario. Disponible en <https://www.notariado.org/portal/mediaci%C3%B3n-ante-notario>.
- CORTÉS, A. (2018). Encuentros en la tercera fase: historia de una conciliación notarial. *Notariaabierta*, 10 de abril de 2018 Disponible en <https://notariaabierta.es/historia-de-una-conciliacion-notarial/>.
- CRIADO INCHAUSPÉ, A. (2012). Cualquier juicio, por menor que sea, cuesta una media de 3.000 euros, según la UE. *ElDerecho.com*. 25 de mayo de 2012. Disponible en <https://elderecho.com/cualquier-juicio-por-menor-que-sea-cuesta-una-media-de-3-000-euros-segun-la-ue>.

- DÍAZ FRAILE, J.M. (2016). Conferencia pronunciada en «Jornada sobre el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria. Conciliación y registro» en el Colegio de registradores el 9 de marzo de 2016, sin publicar.
- DELGADO RAMOS, J. (2016). Los ciudadanos pueden elegir celebrar actos de conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia, ante el notario o ante el registrador. 10 de octubre de 2016, en [www.regispro.es](http://www.regispro.es). Disponible en <https://regispro.es/conciliacion-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-ante-el-notario-o-ante-el-registrador/>.
- (2017). RDGRN de 18 de octubre de 2017: La conciliación registral, al igual que la notarial o ante el letrado de la Administración de Justicia, es documento público y tiene fuerza ejecutiva. Pero para inscribir conciliaciones no notariales la DGRN sigue exigiendo escritura pública. 16 de noviembre de 2017, en [www.regispro.es](http://www.regispro.es). Disponible en <https://regispro.es/rdrn-la-conciliacion-registral-al-igual-que-la-notarial-o-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-tiene-fuerza-ejecutiva-pero-para-inscribir-la-dgrn-exige-siempre-escritura-publica/>.
- (2018). La DGRN insiste en minimizar el alcance y efectos de la conciliación ante el registrador o juzgado. 14 de febrero de 2018, en [www.regispro.es](http://www.regispro.es). Disponible en <https://regispro.es/la-dgrn-insiste-en-minimizar-el-alcance-y-efectos-de-la-conciliacion-ante-el-registrador-o-el-juzgado/>.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y RUEDA LÓPEZ, N. (2013). El servicio de justicia en España: una aproximación mediante Indicadores, en *eXtoikos*, núm. 12.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). *Los expedientes no contenciosos tramitados por el registrador mercantil. Tras la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ GIL, C. (2016). *Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria*, Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍN MARCO, J.R. (2019). La conciliación ante el registrador, en *Anuario de Justicia alternativa*, núm. 15, julio 2019, 145-165. Barcelona: Tribunal arbitral de Barcelona.
- MATEO VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 743, 1167-1230.
- (2022a). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Primera parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 789, 3-60.
- (2022b). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Segunda parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 790, págs. 751-813.
- (2022c). De la fundamentación económica de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos. Pendiente de publicación.
- PEREA GONZÁLEZ, A. (2020). Liquidación de régimen económico matrimonial y mutuo acuerdo: el «aval registral» a los decretos del letrado de la Administración de Justicia. En *Noticias jurídicas*. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15543-liquidacion-de-regimen-economico-matrimonial-y-mutuo-acuerdo:-el-laquo;aval-registralraquo;-a-los-decretos-del-letrado-de-la-administracion-de-justicia/>.

- RAFÍ, F.X. y DÍAZ REVORIO, E. (2016). *Jurisdicción voluntaria en materia mercantil tras la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RÍO, A. del. (2021). Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto. *Confílegal*. 30/01/2021. Disponible en <https://confilegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/>.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, J.L. (1982). *Diccionario jurídico mexicano*, T. I, A-B. México D.F.: Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad nacional autónoma de México.
- TORIBIOS FUENTES, F. (2019). Título IV *bis*. De la conciliación, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.<sup>a</sup> ed. (Domínguez Luelmo, dir.). Pamplona: Aranzadi. Hemos empleado las galeradas sin paginar correspondientes a la tercera edición.

## NOTAS

<sup>1</sup> En cuanto a la Instrucción de la DGRN, «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 1998.

<sup>2</sup> En cuanto a la inclusión de aspectos procesales en la certificación del acta de conciliación, si el registrador certificante entiende que debe hacerse de manera generosa, hará constar los que sigue: que (i) se presentó una solicitud de conciliación con (ii) firma legitimada ante el registrador y que causó el (iii) asiento de Entrada correspondiente, (iv) calificada positivamente por este, (v) se ofició al destinatario, que (v) compareció ante el registrador en una o varias ocasiones para negociar un acuerdo (vi) que se alcanzó en la fecha que se dirá, (vii) cuyo texto literal es como sigue.

<sup>3</sup> En cuanto a la RDGRN citada, nos dice que: «lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa [del acta de transacción] [...], sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado». Semejante tesis no puede ser defendida: porque ni puede sostenerse la conclusión que pretende la DGRN —que el título de conciliación se haya diseñado para que solo una de las partes, primero, comparezca, además, ante notario—; porque no contempla el supuesto no poco habitual en que la sentencia no contiene todos los datos necesarios para cumplir con la legislación notarial (v. gr., descripción completa de la finca) por lo que resulta imprescindible —nuevamente— la presencia de ambos litigantes; tercero, porque la imposición de una segunda fase procesal no se justifica ni jurídica ni económicamente, cargando injustamente sobre los hombros de litigante, que previamente ha soportado de manera específica los costes del procedimiento judicial, y en general los de sostenimiento del sistema judicial vía impuestos, una nueva obligación; cuarto, porque semejante posición es directamente contraria al fin perseguido por la LJV: la «mayor efectividad de sus derechos [del usuario] sin pérdida de garantías» (*preámbulo* VI LJV), la «realización de los derechos e intereses de los afectados» (*ibidem*), especialmente si consideramos que la segunda fase supone, no «garantizar una respuesta más pronta al ciudadano» (*ibid.*). Por añadidura, habrá de justificarse esta segunda fase en relación con los principios de alternatividad, exclusividad y suficiencia que ya explicamos.

<sup>4</sup> La única ocasión en que tenemos constancia de que un notario haya actuado sobre una certificación de conciliación registral lo ha sido mediante testimonio; *ergo*, no fue posible su inscripción.

<sup>5</sup> Artículo 411 RH: los legajos de cada especie se numerarán separada y correlativamente, por el orden con que se formen.

<sup>6</sup> Roj: STS 5354/2012 - ECLI: ES:TS:2012:5354 Id Cendoj: 28079119912012100007.

<sup>7</sup> *RAE*, v. «homologación». La propia DGRN en su resolución de 5 de mayo de 2003 ya se da por enterada de la actividad desplegada por el juez a la hora de homologar un acuerdo al referirse, precisamente, al dicho artículo 415 LEC.

<sup>8</sup> Por su parte, la RDGRN de 19 de diciembre de 2013 confirma el criterio restrictivo, pero permite la inscripción de la homologación porque se produjo en un juicio declarativo ordinario y la vivienda aportada constituía el domicilio familiar, de manera que, a juicio del Centro Directivo, «no se trata [...] de un trasvase injustificado de un patrimonio privativo a otro, lo cual exigiría escritura pública». De esta manera se incentiva perversamente a las partes a llegar hasta el declarativo ordinario solo para conseguir la inscripción restringiendo de esta manera los bienes que pueden incorporarse en la liquidación judicial. En un sentido similar, la RDGRN de 27 de marzo de 2014 de testimonio de resolución judicial firme de aprobación de operaciones divisorias admite su inscripción precisamente por ser resolución judicial y no «mera» (las comillas son nuestras) homologación. En definitiva, exige estar «ante un documento judicial resultante de un procedimiento ordinario que por seguir sus trámites procesales haya finalizado en una decisión del juez sobre el fondo del asunto» (RDGRN de 4 de mayo de 2016, anteriormente citada). Por último, la de 26 de julio de 2017 admite la inscripción porque en el caso que resuelve «debe considerarse que nos encontramos ante una resolución judicial de división de un patrimonio». PEREA GONZÁLEZ (2020), al comentar la RDGRN de 4 de junio de 2020 por la que se acuerda calificar positivamente los decretos aprobatorios de convenio regulador con liquidación de régimen económico matrimonial dictados por letrados de la Administración de Justicia, señala lo que sigue: «la resolución de la crisis matrimonial a través de la fe pública [del letrado de justicia] ha encontrado, en ocasiones, problemas en el marco de la calificación registral cuando, existiendo derechos sobre bienes de naturaleza inmobiliaria condicionados por el convenio regulador aprobado, este, sin embargo, no encontraba la autorización para inscripción en el Registro de la Propiedad [esto es, no se ordenaba *expresamente* la inscripción del título judicial], produciéndose el efecto perverso de situar la realidad patrimonial en un limbo de inseguridad jurídica. Esta doctrina, sentada por algunos Registradores de la Propiedad, se sostenía sobre la consideración de que el decreto dictado por el Letrado de la Administración de Justicia al amparo de lo establecido por el artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y preceptos concordantes, *no es título suficiente a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, al no tratarse de documento auténtico expedido por Autoridad judicial*. La anterior interpretación rigorista, que negaba la forma pública de los testimonios expedidos para inscripción de los decretos aprobatorios de convenio regulador, se deja sin efecto con la resolución de 4 de junio que, no solo avala la posible inscripción de las resoluciones procesales integradoras de convenios afectantes a bienes inmuebles, sino que, sobre todo, devuelve la perturbada «paz registral» a todos los cónyuges con derechos de naturaleza inmobiliaria comprometidos por acuerdo autorizado ante letrado de la Administración de Justicia» (las cursivas son nuestras); en realidad, a nuestro parecer, el autor acierta parcialmente: el problema no era tanto que el documento no fuera expedido por autoridad judicial como que no era notarial y donde la suficiencia para la inscripción (o, si se quiere, la interpretación que se hacía del art. 3 de la LH) se entendía en el solo sentido siguiente: cuando un negocio jurídico contenga declaraciones de voluntad, estas solo pueden expresarse ante notario. Y esta idea no es que fuera rigorista como directamente contraria al texto mismo del dicho artículo 3, en cuanto que este exige como requisito para resultar inscribibles, entre otros, que se trate de «documento auténtico» y sin que con esta interpretación se recupere la «paz registral» (a fin de cuentas, nada más pacífico que un Registro de la Propiedad español en que la litigiosidad es igual a cero) sino algo mucho más relevante como es la legalidad, el sentido común y el interés general de la ciudadanía concretado en un razonable ahorro de costes procesales que ningún valor añaden.

<sup>9</sup> «En cuanto a los motivos de fondo, repele a las reglas más básicas de la hermenéutica actual que se exija que [el acuerdo alcanzado] en un proceso declarativo ordinario deba adoptar la forma de sentencia y no auto [...] [lo] que tanto la registradora [como] la DGRN parecen estar exigiendo es la solución contenciosa de todo litigio, proscribiendo el acuerdo entre las partes ya que de forma tan grave sanciona el mismo. Los acuerdos que en el seno de estos procedimientos adoptan las partes, a veces son el menor de los daños que pueden inferirse recíprocamente y en un caso como el presente, donde consta expresamente un [convenio] suscrito por los respectivos abogados y procuradores de los excónyuges, resulta evidente que ambos estuvieron debidamente asesorados para alcanzar el acuerdo transaccional que ulteriormente fue objeto de aprobación por la autoridad judicial. Y resulta tan evidente la evolución del legislador [...] cuando ya no hace esperar a los cónyuges a la terminación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio sino que les permite el ejercicio simultáneo de la acción de división de la cosa común, repele al sentido común que la DGRN haya evolucionado en sentido inverso, esto es, en exigir el otorgamiento de escritura pública entre personas que están o han pasado una crisis conyugal. Pretender que años más tarde al acuerdo aprobado judicialmente en que los excónyuges han contado con el debido asesoramiento comparezcan libre y voluntariamente a repetir lo que ya han suscrito en su día en presencia judicial y bajo la fe pública del secretario judicial supone un desconocimiento de la realidad social y de los pormenores que acontecen entre aquellos que en su día estuvieron unidos por un vínculo conyugal. Todo lo cual supone ir contra un precepto básico del Código Civil, el artículo 3 [...] La suspensión de esta inscripción por los motivos aducidos lleva a concluir a quienes en su día llegaron a un acuerdo que no solo aligera los Juzgados sino que evita el enconamiento de situaciones personales y patrimoniales complicadas y sostenidas en el tiempo, que de nada sirven abogados, procuradores, supervisiones de sus actuaciones por Juzgados y Tribunales e intervención de la fe pública de secretarios judiciales si más tarde aquellas partes se ven compelidas a reiterar trámites y gastos en notarías. No creemos ni que ese sea el espíritu del artículo 3 del Código Civil cuando se trate de interpretar el artículo 3 de la Ley Hipotecaria ni que la modificación introducida en la LEC por la Ley 5/2012 de 5 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles obedezca a ese rigorismo y solución contenciosa por sentencia de todo tipo de ejercicio de la acción de división de la cosa común».

<sup>10</sup> La SAP de Barcelona 678/2018 (Roj: SAP B 11861/2018 - ECLI: ES:APB:2018:11861 Id Cendoj: 08019370172018100772) resuelve un supuesto semejante, pero con una variación relevante y es que la homologación se recogió en decreto, ante lo que el citado tribunal ordena su inscripción sin más.

<sup>11</sup> Para el RDL 1/1993, «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1993 y para el RD 828/1995, «BOE» núm. 148, de 22 de junio de 1995.

<sup>12</sup> En cuanto a la doctrina, SANTOS (2016: 31-32) limita la ejecutividad de certificación registral basándose en una interpretación restringida del artículo 517 LEC y en que su objeto que se limitará «exclusivamente a las inscripciones registrales, por lo que su eficacia difícilmente superará aquel ámbito»; no estamos de acuerdo ni con la interpretación puramente literal del primer argumento ni con la reducción del objeto de las conciliaciones que supone el segundo; por su parte, consideran que la certificación registral (2016: 1749-1753) las *Normas* (2017: art. 21) —estas últimas ofrecen, además, una solución peregrina por la que «el Centro de Conciliación Registral del Colegio de Registradores establecerá un procedimiento arbitral sumario para que las partes puedan alcanzar un laudo arbitral en el que se incluya todo o parte del acuerdo conciliatorio para garantizar su eficacia ejecutiva»; ya se dijo que el Colegio de registradores carece de competencia para imponer procedimiento alguno y, menos aún, uno distinto del que quiso la parte que solicitó conciliación y no arbitraje—, FERNÁNDEZ GIL (2015: 349) y BANACLOCHE (2015: 349). Por el contrario, a RAFI y DÍAZ REVORIO (2016: 243 y 247) no les ofrece duda alguna la ejecutividad, aunque la relacionan con su inscribi-

bilidad, cuando, como hemos demostrado, no tienen relación necesaria entre sí más allá de partir ambos de títulos públicos por presumiblemente auténticos; la misma relación de conceptos nos ofrece FERNÁNDEZ DEL POZO (2016: 303) para quien el legislador no recaló en este asunto —de la inscribibilidad— porque «la Ley está pensando en una suerte de “ejecución impropia” (es decir: sin necesidad de auxilio judicial)» cuando, añadimos, en esta última no es ejecución sino inscripción; no es hacer cumplir lo pactado sino proteger *in rem* lo adquirido mediante oponibilidad *ex* artículo 34 LH.

<sup>13</sup> Para el RD 429/1993, «BOE» núm. 106, de 4 de mayo de 1993.

<sup>14</sup> Para el RD 1427/1989, «BOE» núm. 285, de 28 de noviembre de 1989.

<sup>15</sup> Nos dice la *Guía* que «en el caso de la conciliación, que es una mediación cualificada en el sentido de que las partes obtienen no solo un servicio de mediación sino, además, otro de asesoramiento jurídico (recuérdese que el mediador no ha de ser necesariamente jurista, *ex* artículo 11 LM), puede defenderse que toda conciliación entraña un informe registral en el sentido del artículo 253 LH dejando a salvo la libertad de los interesados para hacer lo que a su Derecho convenga. Así, el registrador informa a las partes de las diferentes posibilidades jurídicas (esto es, con arreglo a Derecho) de que disponen y los requisitos precisos para que el acuerdo resulte inscribible [...]. Por todo ello, esta comisión de conciliación entiende que la tramitación de la conciliación debe considerarse, en términos arancelarios, como una modalidad de informe, aplicándose en todo caso el meritado artículo 253.3 LH y el número 5 del Anexo I del Arancel “Dictamen registral”, debiendo minutarse por el número 2 del mismo, constituyendo la base el valor de las fincas. Igualmente, el registrador deberá minutar cada una de las certificaciones que realice durante la instrucción del procedimiento, sujetándose en este caso a lo dispuesto en el número 4.1, e del Arancel».

<sup>16</sup> Para la Ley 10/2021, «BOE» núm. 280, de 21/11/2012. Esta Ley fue declarada inconstitucional en cuanto a las personas jurídicas por vulneración del artículo 24 CE por STC del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de julio de 2016 y, en cuanto a las físicas, no se exigían desde la reforma de la ley por RDL 1/2015, de 27 de febrero

<sup>17</sup> Para la Ley 2/1974, «BOE» núm. 40, de 15/02/1974

<sup>18</sup> En cuanto al RD 1373/203, «BOE» núm. 278, de 20/11/2003. OCU: <https://www.ocu.org/dinero/cuenta-bancaria/informe/costes-juicio>; Ilustre colegio de abogados de León: <https://www.ical.es/servicios-colegiado/tasas-judiciales>; para los *Criterios orientativos de honorarios*, *vid.* <https://www.josemariagonzalezabogados.es/wp-content/uploads/2018/09/Normas-de-Honorarios-para-asuntos-judiciales-Colegio-de-Abogados-de-Málaga-2016.pdf>.

JUDICIAL: ÉXITO Y FRACASO					
Cuantía del procedimiento	Coste para el Estado	Tasas judiciales	Abogado (10%)	Procurador	Total
3.000€	3.000	315	300	99,16	3.714€
15.000€	3.000	375	1.500	396,67	5.272€
30.000€	3.000	450	3.000	528,89	6.979€
45.000€	3.000	525	4.500	661,11	8.686€
90.000€	3.000	750	9.000	826,39	13.576€
180.000€	3.000	1.200	18.000	958,61	23.159€
360.000€	3.000	2.100	36.000	1.156,94	42.257€
400.000€	3.000	2.300	40.000	1.223,05	46.523€

En cuanto a la transacción o conciliación celebrada dentro de un procedimiento judicial previo, el coste sería semejante por razón de este mismo procedimiento. Un pleito del que recientemente hemos tenido noticia haría incrementar significativamente los costes de representación y asistencia letrada: así, para uno en que se reclamaba por el procedimiento monitorio (arts. 812 y sigs. LEC), que posteriormente pasó a un juzgado de primera instancia, una cantidad no discutida de ocho mil euros adeudados por la prestación de un servicio ha supuesto para el demandante-prestador del ser vicio unos costes procesales de mil cuatrocientos cuarenta, esto es, el 18% de la deuda en lugar del 10% que hemos usado para la tabla.

<sup>19</sup> En cuanto al RD 1427/1989, «BOE» núm. 285, de 28 de noviembre de 1989.

REGISTRAL: ÉXITO					
Cuantía del procedimiento	Legitimación de firma (01)	Presentación (01)	Diligencias (10)	Certificaciones (02)	Total
3.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
15.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
30.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
45.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
90.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
180.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
360.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€
400.000€	6,01	6,01	60,10	18,03	90,15€

En cuanto al procedimiento no exitoso, sus costas serían semejantes salvo en cuanto a una diligencia que es la de acuerdo; en todo caso, no resulta probable que quien no compareció solicite copia. No obstante, incluimos esta copia y su diligencia para equiparar el procedimiento al notarial.

REGISTRAL: FRACASO					
Cuantía del procedimiento	Legitimación de firma (01)	Presentación (01)	Diligencias (09)	Certificaciones (02)	Total
3.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
15.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
30.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
45.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
90.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
180.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
360.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €
400.000€	6,01	6,01	54,09	18,03	84,14 €

<sup>20</sup> Para el RD 1426/1989, «BOE» núm. 285, de 28 de noviembre de 1989.

<sup>21</sup> Obsérvese que, para la conciliación registral, la recepción de la notificación la hemos desdoblado en dos, el hecho de la recepción por el registrador y la indicación e la fecha de su recepción por el oficiado; en cambio, hemos creado un solo concepto para la conciliación notarial. Esto se debe simplemente a una cuestión de práctica de quien escribe estas líneas, que certifica dos conceptos por separado al tratarse de dos cuestiones distintas, y, por otra, que deducimos a partir de las diligencias que hemos ido leyendo de las diferentes escrituras que nos han llegado en que se observa que ambos conceptos se comprenden bajo una misma diligencia. Por ello, nada impediría crear dos o una sola certificación.

<sup>22</sup> Compárense estos gastos con los de mediación notarial: «el importe de la mediación se calcula generalmente en función de las horas dedicadas al proceso (coste medio de 150 euros/hora) más los costes externos derivados del mismo», donde estos últimos ni son identificados ni cuantificados. (CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO). Para el RDL 2/2004, «BOE» núm. 59, de 9 de marzo de 2004.

NOTARIAL (I): ACTA						
Cuantía del procedimiento	Acta				Copias autorizadas (02)	Total
	Acta (sin cuantía)	Diligencia (04)	Salida	Folios (06)		
3.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
15.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
30.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
45.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
90.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
180.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
360.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €
400.000€	36,06	12,02	18,03	12,02	36,06	114,19 €

NOTARIAL (II): ESCRITURA (I): IMPORTES FIJOS	
Folios (15; por dos caras)	66,11
Copias simples (02)	18,04
Copias autorizadas (02)	78,14
<b>TOTAL</b>	<b>162,29 €</b>

NOTARIAL (III): ESCRITURA (II): ESCALA						
Cuantía del procedimiento	Arancel 2.1 a)	Arancel 2.1 b)	Arancel 2.1 c)	Arancel 2.1 d)	Arancel 2.1 e)	Total
3.000€	90,15	—	—	—	—	90,15€
15.000€	90,15	40,45	—	—	—	130,6€
30.000€	90,15	107,95	—	—	—	198,1€
45.000€	90,15	108,18	22,42	—	—	220,75€
90.000€	90,15	108,18	45,08	29,90	—	273,31€
180.000€	90,15	108,18	45,08	90,15	—	333,56€
360.000€	90,15	108,18	45,08	90,15	104,78	438,34€
400.000€	90,15	108,18	45,08	90,15	124,85	458,41€

NOTARIAL (IV): ESCRITURA (III): TOTAL					
Cuantía del procedimiento	Escala	Folios	Copias autorizadas	Copias simples	Total
3.000€	90,15	66,11	78,14	18,04	252,44 €
15.000€	130,6	66,11	78,14	18,04	292,89 €
30.000€	198,1	66,11	78,14	18,04	360,39 €
45.000€	220,75	66,11	78,14	18,04	383,04 €
90.000€	273,31	66,11	78,14	18,04	435,60 €
180.000€	333,56	66,11	78,14	18,04	495,85 €
360.000€	438,34	66,11	78,14	18,04	600,63 €
400.000€	458,41	66,11	78,14	18,04	620,70 €

NOTARIAL (V): ÉXITO			
Cuantía del procedimiento (€)	Acta	Escritura	Total
3.000	114,19 €	252,44 €	366,63 €
15.000	114,19 €	292,89 €	407,08 €
30.000	114,19 €	360,39 €	474,58 €
45.000	114,19 €	383,04 €	497,23 €
90.000	114,19 €	435,60 €	549,79 €
180.000	114,19 €	495,85 €	610,04 €

NOTARIAL (V): ÉXITO			
Cuantía del procedimiento (€)	Acta	Escritura	Total
360.000	114,19 €	600,63 €	714,82 €
400.000	114,19 €	620,70 €	734,89 €

Para el caso de fracasar la conciliación, descartamos la escritura de acuerdo y limitamos la minutación al acta.

NOTARIAL (VI): FRACASO						
Cuantía del procedimiento (€)	Acta				Copia autorizada (02)	Total
	Acta (sin cuantía)	Diligencia (04)	Salida	Folios (06)		
3.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
15.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
30.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
45.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
90.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
180.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
360.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €
400.000	36,06€	12,02€	18,03€	12,02€	36,06€	114,19 €

<sup>23</sup> «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 2003, 11664 a 11666; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2003-5940](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2003-5940); fecha de la descarga: 26 de octubre de 2019.

<sup>24</sup> «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 2003, 22440 a 22441, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-11690](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-11690); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>25</sup> «BOE» núm. 146, de 19 de junio de 2003, 23739 a 23740; <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-12262>; fecha de la descarga: 25 de octubre de 2019.

<sup>26</sup> «BOE» núm. 42, de 18 de febrero de 2005, 6065 a 6066; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-2781](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-2781); fecha de a consulta: 28 de octubre de 2019.

<sup>27</sup> «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2012, 24200 a 24204; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3783](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3783); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>28</sup> «BOE» núm. 254, de 22 de octubre de 2012, pp.74631 a 74634; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13089](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13089); fecha de la descarga: 25 de octubre de 2019.

<sup>29</sup> «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 2013, 57916 a 57917; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-8774](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-8774); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>30</sup> «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, 6848 a 6854; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-1001](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-1001); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>31</sup> BOE núm. 80 miércoles 2 de abril de 2014 Sec. III. Pág. 28228; <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/02/pdfs/BOE-A-2014-3536.pdf>; fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>32</sup> «BOE» núm. 109, de 5 de mayo de 2014, 34651 a 34654; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4708](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4708); fecha de la descarga: 27 de octubre de 2019.

<sup>33</sup> «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2015, pp.24931 a 24937; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3015](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3015); fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>34</sup> «BOE» núm. 253, de 22 de octubre de 2015, 98990 a 98994; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11370](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11370); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>35</sup> «BOE» núm. 136, de 6 de junio de 2016, 37247 a 37251; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2016-5496](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?lang=ca&id=BOE-A-2016-5496); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>36</sup> «BOE» núm. 8, de 10 de enero de 2017, 1360 a 1366; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-283](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-283); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>37</sup> «BOE» núm. 65, de 17 de marzo de 2017, 19568 a 19571; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2937](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2937); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>38</sup> «BOE» núm. 193, de 14 de agosto de 2017, 81803 a 81809; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9720](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9720); fecha de la consulta: 2 de noviembre de 2019.

<sup>39</sup> «BOE» núm. 274, de 11 de noviembre de 2017, 108655 a 108662; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13001](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13001); fecha de la consulta: 28 de octubre de 2019.

<sup>40</sup> «BOE» núm. 286, de 24 de noviembre de 2017, 114011 a 114016; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13612](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-13612); fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>41</sup> «BOE» núm. 290, de 29 de noviembre de 2017, páginas 116095 a 116100; <https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/29/pdfs/BOE-A-2017-13877.pdf>; publicación de la anulación en «BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 2021, páginas 53616 a 53616; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7404](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7404); fecha de la descarga, 2 de noviembre de 2019.

<sup>42</sup> «BOE» núm. 39, de 13 de febrero de 2018, 17750 a 17757; [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-1945](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-1945); fecha de la descarga: 2 de noviembre de 2019.

<sup>43</sup> «BOE» núm. 190, de 7 de agosto de 2018, 79720 a 79729; Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11321](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11321); fecha de la descarga: 26 de mayo de 2019.

<sup>44</sup> «BOE» núm. 231 miércoles 25 de septiembre de 2019, 105621; <https://www.boe.es/boe/dias/2019/09/25/pdfs/BOE-A-2019-13612.pdf>; fecha de la descarga: 28 de octubre de 2019.

<sup>45</sup> «BOE» núm. 290, de 3 de diciembre de 2019, 132305 a 132310; [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17390](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17390)

*(Trabajo recibido el 1 de diciembre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 13 de enero de 2022)*

# Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil\*

## *Children with disabilities and the visiting arrangement, communication and stays after the reform of article 94 in the Spanish Civil Code*

por

ESTHER TORRELLES TORREA  
*Profesora Titular Universidad  
Universidad de Salamanca*

**RESUMEN:** El establecimiento de un régimen de visitas tras una crisis matrimonial tiene un nuevo enfoque en el artículo 94 del Código Civil cuando existen hijos con discapacidad mayores de edad. Era una laguna legal

---

\* El presente trabajo se desarrolla en condición de miembro investigador del GIR «Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables», reconocido el 18 de octubre de 2018, cuyo investigador responsable es José Antonio Martín Pérez. Se enmarca en el proyecto de investigación «Discapacidad y dependencia: retos para potenciar la autonomía de todas las personas», (SA065G19), Junta de Castilla y León.

Agradezco a las Prof.<sup>as</sup> M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO y Antonia NIETO ALONSO, las valiosas observaciones que me han facilitado en la interpretación del artículo 94 del Código Civil.

que la jurisprudencia fue subsanando, ya fuera estableciendo una analogía con los menores o incapacitados, ya fuera exigiendo el inicio de un proceso de incapacitación en el que se proveyeran tales visitas. El nuevo artículo 94 del Código Civil concede un protagonismo especial a la persona con discapacidad, pues con la ayuda de apoyos, si es preciso, pretende tener presente su voluntad, deseos y preferencias.

*ABSTRACT: The establishment of a visiting regime after a marital crisis has a new approach in artículo 94 del Código Civil when there are children of legal age with disabilities. It was a legal lacuna that case law was filling in, either by establishing an analogy with minors or disabled persons, or by requiring the initiation of a process of incapacitation in which such visits would be provided for. The new artículo 94 del Código Civil grants a special role to the person with a disability, since with the help of support, if necessary, it is intended to take into account his or her will, wishes and preferences.*

**PALABRAS CLAVES:** Discapacidad. Visitas. Comunicación y estancia. Derecho de audiencia. Interés superior de la persona con discapacidad. Voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

*KEY WORDS: Disabled persons. Visiting arrangement. Right to a hearing. The best interests of the disabled person. Wills, desires and preferences of the disabled person.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.—III. LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK.—IV. LA NUEVA REDACCION DEL ARTICULO 94 DEL CODIGO CIVIL: 1. NOVEDADES DEL ARTICULO 94 DEL CODIGO CIVIL: A) Derecho de visita, comunicacion y estancia entre padres e hijos mayores de edad con discapacidad. B) Limite y suspension del derecho de visitas, comunicacion o estancia. C) Derecho de comunicacion y visita del hijo mayor de edad con discapacidad con hermanos, abuelos, parientes y allegados. 2. UNA AUSENCIA. 3. LA PREVIA AUDIENCIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 94 DEL CODIGO CIVIL *VERSUS* «LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS».—V. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS ENTRE PADRES/HIJOS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA: 1. LA DISCAPACIDAD DE LOS HIJOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA. 2. LA DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y

ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las relaciones entre padres e hijos acostumbran a desarrollarse sin excesivos problemas en situaciones de normal convivencia familiar, sin embargo, en situaciones de crisis matrimoniales o conflictos familiares es preciso tomar medidas para preservar esas relaciones consideradas fundamentales para el desarrollo de la personalidad de las partes implicadas. Si a ello se añade que alguna de las partes sufre una discapacidad, resulta preciso evitar convertir a estas personas en «meros sujetos pasivos»<sup>1</sup>.

Por una parte, las crisis matrimoniales, en cuanto ponen fin a una comunidad de vida, generan la existencia de unos intereses comunes que surgieron durante el matrimonio y que algunos perdurarán con posterioridad. Cuando existen hijos son diversos los efectos que se generan y es preciso redefinirlos: cómo se ejerce la patria potestad, la atribución del uso de la vivienda, la pensión de alimentos, etc. De los múltiples efectos que se desencadenan nos interesa el régimen de visitas, comunicación o estancias del progenitor que no tenga la custodia o conviva con ellos. En concreto nos centraremos en los regímenes de comunicación y estancia entre padres e hijos con discapacidad.

Por otra parte, en los últimos años observamos también, en el ámbito jurisprudencial, la problemática generada por parte de algunos de los hijos que solicita un régimen de visitas respecto a los padres con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares entre los que, según la derogada regulación de la incapacitación, fueron nombrados tutores, cuidadores o guardadores de hecho de los mayores con discapacidad (normalmente asume ese rol un hijo), y los restantes hijos de la persona con discapacidad. Estos conflictos no estaban previstos legalmente ni lo están en la nueva reforma de la discapacidad y quizás sería oportuno pensar en ello.

En ambos casos (crisis matrimoniales o familiares), nuestro foco de atención lo centraremos en las personas con discapacidad y en la *Ley 8/2021 de 2 de julio 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*). A semejanza de los *pentimentos*, esa alteración de un cuadro que manifiesta el cambio de idea del artista acerca de aquello que estaba pintando, la *Ley 8/2021* se nos presenta como un auténtico *pentimento jurídico* respecto a la incapacitación, institución cubierta, oculta y aniquilada por una nueva visión e interpretación de la discapacidad a raíz de la Convención de Nueva York de 2006. La exposición de motivos

es contundente al afirmar que se impone «*el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*». Posiblemente serán visibles aún pinceladas de la incapacitación en alguna parte de nuestro ordenamiento, borrosas y diluidas, pero en otras ocasiones cubiertas ya del todo por el nuevo enfoque de la discapacidad<sup>2</sup>.

En el presente trabajo, nos centraremos en dos cuestiones: la fijación de un régimen de visitas, comunicación o estancias, y la discapacidad de alguna de las partes implicadas. Ambos temas confluyen en el artículo 94 del Código Civil. Por ello, en las páginas que siguen se introducirán unas ideas sobre estas dos premisas, para poder analizar el actual artículo 94 del Código Civil tras la reforma y terminar con un análisis jurisprudencial sobre el tema. Cabe informar que el nuevo artículo 94 del Código Civil se ha recurrido por inconstitucional<sup>3</sup>.

Antes de cerrar esta presentación, queremos advertir sobre una cuestión terminológica del artículo 94 del Código Civil. Observamos el uso indistinto y sin coordinación de los derechos de visitas, estancia o comunicación. Unas veces se hace referencia solo al régimen de visitas, otras, al derecho de visitas o comunicación, otras, al régimen de visitas, comunicación o estancias, etc. Se analizarán cada uno de estos derechos en apartados siguientes y a lo largo del trabajo se respetará la terminología usada por el legislador. Por otra parte, llama la atención la alusión que se hace al hijo «emancipado» en el apartado 2 del artículo 94 del Código Civil («respecto a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados»), sin repetirse en el resto del articulado la mención al emancipado. Cuando se cita al emancipado se vincula con los hijos con discapacidad, distinguiendo en el artículo 94.2 del Código Civil los que son mayores de edad de los que están emancipados. Si el legislador optó por resaltar la posibilidad de que una persona con discapacidad puede estar emancipada debería hacer referencia a dicha emancipación en todos los apartados, especialmente en el apartado sexto en el que se hace referencia expresa al mayor con discapacidad.

## II. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS

Una de las medidas que debe tomarse en el caso de crisis matrimonial, es la referente a la forma en que los hijos deben convivir con los padres y cómo deben relacionarse con aquel con el que no estén conviviendo<sup>4</sup>. Nuestro ordenamiento admite la posibilidad de la custodia compartida<sup>5</sup>, siendo, además, posible, aunque excepcional, encomendar la guarda de los

hijos a los abuelos o a otros parientes o personas próximas. En todos estos escenarios será preciso determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia.

El régimen de visitas, comunicación y estancia supone la fijación del tiempo, modo y lugar del ejercicio por parte del progenitor no custodio del derecho que tiene de relacionarse con sus hijos<sup>6</sup>. Con el establecimiento de un régimen de comunicación o estancia se pretende facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos, de tal modo que se cubran las necesidades afectivas y educativas de los hijos, y se fomenten las relaciones paterno y materno filiales, manteniendo la corriente afectiva entre padres e hijos a pesar de la separación o divorcio<sup>7</sup>.

El derecho a relacionarse padres e hijos está vinculado con el régimen de guarda y custodia que pactan los progenitores o acuerda el juez, y su razón de ser reside en la imposibilidad «metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre; es la otra cara de la moneda de la guarda»<sup>8</sup>.

Este derecho a mantener relaciones padres/hijos se configura como un derecho-deber, lo que implica que el derecho de visitas, comunicación o estancia no supone satisfacer el deseo del progenitor no custodio, sino que implica atender las necesidades afectivas y educativas de los hijos para que tengan un desarrollo armónico y equilibrado, siempre que sea beneficioso para salvaguardar sus intereses<sup>9</sup>.

Si los padres ejercen conjuntamente la patria potestad, el régimen de visitas, comunicación y estancias será la vía a través de la cual el progenitor no custodio podrá velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una educación integral (art. 154 CC). En el supuesto de que el ejercicio de la patria potestad se otorgue en exclusiva a uno solo de los progenitores, este derecho implicará fomentar la relación humana y la corriente afectiva entre el progenitor e hijo. Si concurren circunstancias relevantes que afectan al interés superior del menor, el juez podrá limitar o suspender el régimen de visitas, comunicación y estancia. En tales casos el juez podrá restringir dicho régimen o declarar su suspensión.

A nivel jurisprudencial, como señala la STS de 28 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4281/2016) «el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

En cuanto al contenido del derecho de comunicación y estancia suele considerarse que incluye varias situaciones con diverso alcance:

— El derecho de comunicación: Es de menor intensidad que la visita o estancia. Supone el contacto que tiene lugar entre padres e hijos cuando

no están en contacto físico o cuando no proceden visitas o estancias, o durante el periodo de tiempo entre estas visitas o estancias. La comunicación puede canalizarse de diversas formas: por whatsapp, teléfono, video llamada, mail, etc.

— El derecho de visita propiamente dicho. Por lo general suele desarrollarse en los domicilios de los padres, aunque existen excepciones. Los casos polémicos suelen ser, por ejemplo, los supuestos de enfermedades de los menores que les impiden desplazarse al domicilio de los progenitores no custodios (SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015, Roj: SAP M 17567/2015). Estas visitas suelen ir acompañadas con pernoctaciones breves (fines de semana o intersemanales)

— La estancia: son las que se desarrollan habitualmente en el domicilio del progenitor que no tiene la guarda y custodia, aunque puede ser en otros lugares. Implica tenerlos en su compañía. La expresión visita y estancia se suelen considerar sinónimos<sup>10</sup>. Sin embargo, suele hacer referencia a relaciones que se desarrollan durante cierta prolongación temporal (periodos de vacaciones de los hijos, Navidades, Semana Santa, etc.).

Respecto al tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visita, comunicación o estancia, depende de múltiples circunstancias y situaciones (edad de los hijos, actividad laboral de los padres, etc.).

La discapacidad de los hijos o de los progenitores no debe considerarse una «circunstancia relevante»<sup>11</sup> que justifique la suspensión o limitación del régimen de visita, comunicación o estancia. Puede suponer una adaptación de las circunstancias, como se verá más adelante, pero en ningún caso un motivo de suspensión o restricción, excepto que existan motivos adecuadamente fundamentados para hacerlo, resultando beneficioso para la persona con discapacidad<sup>12</sup>. Es más, con la anterior regulación, el hecho de que el hijo tuviera una discapacidad, podía reforzar o intensificar las instituciones de guarda, si era necesario. Es llamativa la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj: SAP CO 1/2018), en la que la madre, que ejercía la guarda y custodia exclusiva del hijo con discapacidad, solicita la guarda y custodia compartida para lograr una mayor implicación del padre y es admitida por el juez a pesar de no ser lo que quería el padre y la negativa inicial del hijo con discapacidad. Se toma en consideración la evolución negativa apreciada en el hijo con discapacidad estando solo con la madre, la necesidad de mayor atención, el riesgo de diferencias entre hermanos «lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de las partes, (...) y necesidad de un cambio de alcance de tales circunstancias, apreciadas las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos, justifican el cambio hacia el régimen de custodia compartida».

### III. LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Si pretendemos analizar las relaciones personales de los padres con los hijos en los supuestos de crisis matrimoniales o familiares y en los casos en que alguna de las partes sufra alguna discapacidad, será preciso hacer una breve referencia a la regulación de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta la promulgación de la Ley 8/2021 nuestro ordenamiento solo contemplaba la incapacitación o la modificación judicial de la capacidad de obrar con el propósito de solventar la necesidad de adaptar la capacidad de la persona en aquellos casos en que estuviera afectada por una enfermedad o deficiencia que le impidiera gobernarse por sí mismo (antiguo art. 200 CC). La situación específica de cada persona se valoraba judicialmente para «graduar» la incapacitación y determinar el régimen de guarda al que debía quedar sometida. La modificación judicial de la capacidad se configuraba como un instrumento de protección de la persona que no estaba en condiciones de actuar por sí mismo. Las personas afectadas por una discapacidad sufren disfunciones que obstaculizan su aptitud para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica, y en estos casos se optaba por la aprobación de medidas protectoras, las cuales podían implicar modificaciones de la capacidad de obrar y el desplazamiento de estas personas del tráfico jurídico.

A pesar de la flexibilidad conseguida con una declaración de incapacitación graduable, el sistema era demasiado drástico y era discriminatorio mantener la dualidad entre capaces e incapaces, incapacitados o susceptibles de incapacitación, como únicas opciones previstas legalmente<sup>13</sup>. Este sistema ya generó durante su vigencia gran debate, especialmente el referente a determinar si realmente la incapacitación constituía el sistema de protección más adecuado, o si debían buscarse otras fórmulas para las personas afectadas por una discapacidad<sup>14</sup>.

El cambio de paradigma fue auspiciado por la Asamblea General de la ONU, en resolución 61/106 de 13 de diciembre de 2006, con la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad —en adelante, Convención de Nueva York—, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La convención pretende generar una reflexión acerca de mecanismos más flexibles de actuación y protección de las personas con discapacidad, de modo que permitan que sea potenciada su capacidad<sup>15</sup>.

A raíz de estos planteamientos de la Convención, la doctrina reaccionó para plantear una reforma del sistema tuitivo, utilizando instrumentos de protección sin necesidad de recurrir a la incapacitación. A nivel jurisprudencial la STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 2622/2014) ya afirmaba que «estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la

Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad»<sup>16</sup>. Esta ha sido la hoja de ruta del legislador español en la Ley 8/2021.

La nueva regulación de la discapacidad ha apostado por la «desjudicialización». Aunque las garantías que otorgaba el control judicial pudieran ser beneficiosas, era conveniente pasar a un nuevo modelo en el que desapareciera el procedimiento de incapacitación, evitando someter a la persona con discapacidad a un proceso judicial que juzgara y decidiera sobre sus capacidades y habilidades.

La base de la reforma parte de la premisa de que la *protección* no puede seguir basándose en la *sustitución* de su *capacidad de obrar*<sup>17</sup>, *capacidad de obrar* que deja de existir como concepto paralelo a la antigua capacidad jurídica, surgiendo como concepto único y distinto el de la capacidad jurídica<sup>18</sup>.

Esta es, además, la tendencia en los países de nuestro entorno, que en los últimos años han afrontado reformas para suprimir o reducir el ámbito de la incapacitación por considerarlo un instrumento demasiado drástico y poco respetuoso con la actual perspectiva de la dignidad de la persona y de su capacidad<sup>19</sup> (entre otros, Alemania<sup>20</sup>, Francia<sup>21</sup>, Italia<sup>22</sup>, Quebec<sup>23</sup>, etc.). Junto a ello, se incorporan medidas con la finalidad simplemente de apoyar o asistir a las personas afectadas por determinadas discapacidades<sup>24</sup>.

La figura del apoyo se convierte en pieza fundamental del sistema. Y en este sentido, el artículo 12.3 de la Convención establece que los Estados es preciso que adopten las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>25</sup>. Exige que las medidas de apoyo sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona y, a su vez, que las salvaguardas que se establezcan sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas<sup>26</sup>.

La Convención potencia la distinción o el distanciamiento entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad y las medidas sustitutivas del ejercicio de la capacidad jurídica. El modelo de apoyo que complementa pero no sustituye el ejercicio de la capacidad jurídica es la regla, convirtiendo en muy excepcional las medidas con funciones representativas o de sustitución del ejercicio de la capacidad de la persona<sup>27</sup>.

Hay un aspecto importante que cabe resaltar en esta materia y es el relativo a la idea del «interés superior de la persona con discapacidad», que desaparece como referente. Como nos advierte GARCÍA RUBIO «el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y de sus preferencias». Por consiguiente, el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas,

puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas»<sup>28</sup>.

En la misma línea PAU PEDRÓN<sup>29</sup>, señala que «la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo —«en interés de las personas con discapacidad»—, sino de un modo subjetivo —«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona». Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». (...) la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba. Y es más: cuando esa «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada “voluntad, deseos y preferencias”».

Otra novedad relevante en nuestro ordenamiento jurídico es la figura de las salvaguardas, cuya finalidad es velar por el respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la persona, obligando a realizar el esfuerzo necesario para determinarlos (el art. 249.3 CC se refiere a un «esfuerzo considerable»). Sin embargo, habrá ocasiones en las que, a pesar de haber realizado un «esfuerzo considerable» (art. 249.3 CC), no será posible descubrir esos deseos, voluntades y preferencias, en cuyo caso no se acudirá al «interés superior de la persona con discapacidad», sino que deberá acudirse a la «mejor interpretación posible de su voluntad o preferencias». Y excepcionalmente, cuando no sea posible determinar esa voluntad, deseos y preferencias, solo entonces «las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas», cuyo ejercicio deberá tener en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249.3 CC). Por tanto «el interés superior», no es una salvaguarda.

Como señala GARCÍA RUBIO dos son las consecuencias del artículo 249.2 del Código Civil: la primera, que la representación por parte del encargado de proveer el apoyo de la persona con discapacidad es la excepción a la regla, y la segunda, que incluso en esta situación representativa «no hay, en puridad, sustitución de la voluntad del representado por parte del representante, pues este último no puede actuar según su propio criterio, por más que este se inspire en el beneficio de su representado. Muy al contrario se trata de que el titular del apoyo se comporte como un asistente transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad». Y cuando esta voluntad no pueda concretarse por parte de quien presta el apoyo «deberá

reconstruirla teniendo en cuenta la trayectoria vital, las creencias y valores de la persona con discapacidad, así como los factores que hipotéticamente esta habría ponderado (las llamadas *sedimented life preferences*) para adoptar la decisión de que se trate»<sup>30</sup>.

El camino hacia la nueva ley no ha sido fácil<sup>31</sup> y ha supuesto la elaboración de diversos proyectos legislativos a los que en el presente trabajo también se aludirá, especialmente, al *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, de 21 de septiembre de 2018 (en adelante Anteproyecto 2018) y el *Proyecto de Ley 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*, de 17 de julio de 2020 (en adelante Proyecto 2020). Sin olvidar los nuevos matices y apartados aprobados en el Senado el 11 de mayo de 2021.

Es evidente que, en buena lógica, la entrada en vigor de la Convención debía provocar una revisión tanto de la forma como del contenido del procedimiento de incapacitación y de las instituciones de guarda<sup>32</sup>. No es objeto del presente trabajo realizar un análisis de las interesantes modificaciones acaecidas<sup>33</sup>, que han logrado «*incapacitar*» el sistema legal existente antes de la Ley 8/2021. Nos centraremos en un aspecto concreto como es el régimen de comunicación y estancia cuando existen personas con discapacidad. Si el objetivo de la Ley 8/2021 ha sido garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad<sup>34</sup>, repercute en múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico, entre ellos el régimen de comunicación y estancia en supuestos de crisis matrimoniales. Con ello se ha conseguido visibilizar a las personas con discapacidad y tenerlas presentes en cualquier ámbito en el que se desenvuelvan.

#### IV. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL

Uno de los preceptos que ha sido reformado por la Ley 8/2021, es el artículo 94 del Código Civil. Resulta significativo observar la redacción propuesta del artículo 94 del Código Civil en los trabajos previos a la versión definitiva (en concreto, en el Anteproyecto 2018, en el Proyecto de 2020, sin olvidar importantes enmiendas aprobadas en el Senado el 11 de mayo de 2021), incorporando aspectos alejados de la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la Convención<sup>35</sup>.

El artículo 94 del Código Civil incorpora como novedades, respecto a su redacción anterior, la referencia a los hijos «con discapacidad mayores de edad o emancipados», cuando haya que determinar el régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no los tenga consigo, o con

los hermanos, abuelos, parientes o allegados. Pero lo que ha generado más polémica ha sido la incorporación de los apartados cuarto y quinto en su tramitación última en el Senado, que viene a introducir un límite que opera de forma automática respecto al derecho de visitas, comunicación y estancia, cuando el progenitor está incurso en un proceso penal por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos, o cuando aún no se hayan iniciado actuaciones penales, si la autoridad judicial advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Asimismo, el límite también opera si el progenitor está en prisión por los delitos señalados<sup>36</sup>.

A continuación, procederemos a realizar unas reflexiones sobre las novedades incorporadas y sobre una ausencia.

## 1. NOVEDADES DEL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL

### A) *Derecho de visitas, comunicación y estancia entre padres e hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad*

Tras un primer apartado relativo a la determinación por parte de la autoridad judicial del tiempo, modo y lugar en el que se desarrollará el régimen de comunicación y estancia respecto de los hijos menores, se añade un segundo apartado al artículo 94 del Código Civil referente, exclusivamente, al establecimiento de dicho régimen respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados: «*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio*<sup>37</sup>, *que se establezca el modo*<sup>38</sup> *en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior*».

El hijo con discapacidad es una persona mayor de edad o emancipado que puede precisar de apoyo para tomar la decisión respecto al régimen de visitas, comunicación y estancias con el progenitor no custodio con el que no convive. No puede tomar la decisión por sí solo sin ayuda de alguien que le informe y oriente sobre lo que implica un régimen de visitas, comunicación o estancias.

El Anteproyecto de 2018 se expresaba de otro modo: «*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos*». Aunque el mensaje es el mismo que en el proyecto de 2020 y que en la redacción actual, con la expresión utilizada en el anteproyecto se enfatizaba y pronunciaba más la discapacidad del hijo, siendo en este sentido más peyorativo. En cambio, la redacción actual, pone el foco en el apoyo y resulta más respetuoso con la persona con discapacidad.

Veamos algunos de los supuestos que pueden plantearse cuando se solicita un régimen de visitas, comunicación y estancias con un hijo mayor de edad con discapacidad:

—Primer supuesto: Puede suceder que el hijo sea una persona con discapacidad mayor de edad que no necesita apoyos. En estos casos no es necesario establecer judicialmente un régimen de visitas, pues, si estaban establecidas, quedan extinguidas con la mayoría de edad y, si no están establecidas, tampoco procede establecerlas, pues ya es mayor de edad y se ha extinguido la patria potestad. Los hijos y los progenitores tienen plena autonomía para establecer sus relaciones personales como consideren más oportunas. Así pues, el hijo mayor de edad con discapacidad es igual que cualquier otro hijo mayor de edad. En estos casos, pues, el juez no puede establecer un régimen de visitas y comunicación y no procede la aplicación del artículo 94.2 del Código Civil.

Puede darse el caso de un hijo emancipado con discapacidad que no necesita apoyos. Será tratado como cualquier hijo emancipado, por lo que el juez, para determinar el régimen de visitas, comunicación y estancias, en el derecho de audiencia tendrá en cuenta su voluntad, deseos y preferencias y además podrá tener presente, si es preciso, el interés superior del menor (pero por ser aún menor, no por su discapacidad).

—Segundo supuesto: Es posible que el hijo con discapacidad, mayor de edad o emancipado, precise de una medida de apoyo para tomar la decisión. A ello pretende dar respuesta el 94.2 del Código Civil, con un régimen distinto de los menores. En este caso:

a) Si los progenitores han acordado en el convenio regulador un régimen de visitas, comunicación y estancia, siempre será necesario tener presente la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad mayor de edad o emancipado. Y en el caso de que el hijo con discapacidad cuente con una medida de apoyo que no sean sus padres (hermanos, tíos, abuelos...), el hijo podrá tomar dicha decisión con la ayuda de este apoyo (art. 249.2 CC). Pero no es a este supuesto al que se refiere el artículo 94.2 del Código Civil, pues este artículo se activa cuando no existe acuerdo entre los progenitores.

b) Si no hay convenio regulador, si los padres no se han puesto de acuerdo sobre el régimen de visitas y estancias, entra la previsión del artículo 94 del Código Civil y es la autoridad judicial la que tiene que tomar la decisión. Pero en estos casos pueden darse tres escenarios distintos:

— Que el hijo con discapacidad, aún necesiéndola, no tenga establecida una medida de apoyo. En este caso puede resolverse la cuestión de

dos formas: o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o el juez nombrará un defensor judicial.

— Que la medida de apoyo corresponda a sus padres (sería el caso en que los padres o alguno de ellos ya actúan como guardadores de hecho o curadores). En este supuesto puede generarse un conflicto de intereses con los padres, en cuyo caso, como antes, o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o bien el juez nombrará un defensor judicial.

— Que el hijo tenga una medida de apoyo que no son sus padres (por ejemplo, un hermano, primo, novia, vecino...). En este caso el que debe tomar la decisión es la persona con discapacidad con su apoyo (que no son sus padres).

En todo caso, recordemos que la norma obliga al juez a escuchar a la persona con discapacidad mayor de edad: «*La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal*» (art. 94.3 CC)<sup>39</sup>. Nos llama la atención que el precepto no aluda a la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad<sup>40</sup>. Aunque también debemos destacar que el juez, en esta audiencia previa, se convierte en un apoyo atípico o en sentido amplio, distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el 250 del Código Civil<sup>41</sup>. Y como tal, y siguiendo el artículo 249 del Código Civil, tendrá en cuenta esa voluntad, deseos y preferencias, pues afirma que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*».

Por tanto, el juez deberá escuchar al hijo con discapacidad y determinar sus deseos, voluntad o preferencias en dicha audiencia. Esta «audiencia del hijo» debe ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad para poder prestarle apoyo, y a determinar sus deseos o preferencias, a la vez que supone una garantía de seguridad<sup>42</sup>. La función del Ministerio Fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada mayor de edad o emancipada<sup>43</sup>.

B) *Límite y suspensión del derecho de visita, comunicación o estancia*

- a) Límite o suspensión del régimen de comunicación o estancia de carácter opcional por parte de la autoridad judicial

Si bien el progenitor no custodio tiene el derecho de comunicación y estancia respecto a sus hijos, el apartado tercero, segunda parte, del artículo 94 del Código Civil, advierte que la autoridad judicial *podrá* limitar o suspender dicho derecho en dos supuestos: si se dieran «*circunstancias relevantes*» que así lo aconsejen o «*se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*»<sup>44</sup>. Estamos, pues, ante una excepción al derecho de comunicación y estancia de carácter facultativo por parte de la autoridad judicial.

Hay un cambio respecto a la redacción anterior del artículo 94.1 del Código Civil en la cual se permitía también limitar o suspender las visitas en los dos supuestos descritos. Pero respecto al primero las circunstancias que aconsejaban la suspensión o limitación debían ser «*graves*». Actualmente, dichas circunstancias deben ser «*relevantes*», por lo que se suaviza o atenúa la exigencia<sup>45</sup>. Podría ser relevante, por ejemplo, la negativa del hijo mayor de edad con discapacidad a un régimen de visitas, por no ser ese su deseo o voluntad. Este cambio da mayor autonomía al juez y más facilidades para configurar el régimen de visitas. Es él el que debe determinar cuándo son relevantes las circunstancias que exigen una limitación o suspensión de las visitas, teniendo presentes los deseos y preferencias del hijo con discapacidad a quien habrá tenido ocasión de escuchar dada la necesidad de la previa audiencia que exige el apartado tercero primera parte del artículo 94 del Código Civil.

Sin embargo, determinar que las circunstancias sean relevantes o no, puede generar, a su vez, cierta incertidumbre. En concreto, dichas circunstancias relevantes no pueden fundarse en la pendencia de un proceso penal, pues este caso está previsto en el artículo 94.4 y 5 del Código Civil, ni en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes de la patria potestad, dado que se trata de un supuesto previsto en el artículo 94.3 *in fine* del Código Civil<sup>46</sup>.

En cuanto a la suspensión o limitación del régimen de visitas, comunicación o estancias si se hubieran incumplido de forma grave o reiterada los deberes vinculados al ejercicio de la patria potestad impuestos en la resolución judicial, exige la existencia de un proceso previo cuya decisión sobre la materia se pretende modificar (por ejemplo, incumplir el régimen de visitas establecido por el juez).

b) Suspensión del régimen de comunicación y estancia de carácter obligatorio. Violencia doméstica o de género

Fruto de las enmiendas presentadas en el Senado<sup>47</sup>, se añadieron dos nuevos apartados en el artículo 94 del Código Civil ausentes hasta ese momento<sup>48</sup>. Se trata de los apartados cuatro y cinco referentes a la violencia doméstica o de género y al régimen de comunicación y estancia que ha generado cierta polémica. Se distinguen dos supuestos<sup>49</sup>:

— Que el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos<sup>50</sup>, o existen indicios fundados de violencia doméstica o de género. En estos supuestos no se establece el régimen de visitas y estancias y los existentes se suspenden. Sin embargo, *la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilia*<sup>51</sup>.

Como se ha advertido, «se trata de una reforma de calado por cuanto que se configura la suspensión del régimen de visitas o estancia como preceptiva, cuando la regla general hasta el momento era la de adopción discrecional de las medidas por la autoridad judicial, conforme a lo establecido en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004»<sup>52</sup>.

Prescindiendo en este trabajo del análisis de la necesidad de que el progenitor esté incurso en un proceso penal o de que existan indicios fundados de violencia doméstica o de género para suspender el régimen de estancias y comunicación, lo relevante para nuestro tema se centra en la excepción. Es decir, en la posibilidad de establecer un régimen de visita, comunicación o estancia por parte de la autoridad judicial (aunque el progenitor esté incurso en un proceso penal o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género), teniendo en cuenta dos circunstancias: la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y la evaluación de la situación de la relación paternofilia.

Consideramos que, en estos casos, y en el supuesto del hijo con discapacidad mayor de edad, sucederá lo mismo que comentábamos en el apartado 1.A, al cual nos remitimos. Es decir, pueden darse tres situaciones distintas: que el hijo con discapacidad no tenga establecida una medida de apoyo, que la medida de apoyo corresponda a los padres o que corresponda a personas distintas a los padres. Con las medidas de apoyo el hijo podrá manifestar su deseo, voluntad o preferencias, pero, además, la norma exige la necesidad de analizar la relación del hijo con discapacidad (también del menor, si es el caso) con sus progenitores. Con ello se pretende satisfacer el

papel activo del hijo con discapacidad en el proceso de toma de decisiones que le afectan, pero al mismo tiempo se exige una previa evaluación de la relación para descartar influencias de uno u otro progenitor o incluso de terceros.

En este sentido, el artículo 770.4.<sup>a</sup>.III LEC señala que «en las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

—Que el progenitor esté en prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en un procedimiento penal por los delitos previstos anteriormente. En este supuesto «no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas»<sup>53</sup>. Y tampoco opera la excepción según la cual la autoridad judicial puede establecer un régimen de visitas, comunicación o estancias, si entiende que proceden en virtud del interés superior del menor o de la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos, con previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Es criticable la incorporación de estos apartados en la Ley 8/2021 dado que se trata de una materia dirigida a la protección integral de los menores frente a la violencia, cuestión que se regula en la LO 8/2021. Se considera «una medida fuertemente restrictiva en tanto que puede suponer una interrupción temporal amplia de la relación paterno-filial, en función de la duración del proceso penal hasta su conclusión, que puede afectar a las relaciones personales entre los interesados»<sup>54</sup>.

La LO 8/2021, ha reformado el artículo 544 ter-7 LECrim. En este precepto resulta confusa la alusión que se hace unas veces a las «personas con capacidad modificada judicialmente» y otras veces a «personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Sin embargo, no solo se percibe una terminología confusa, sino que además se olvida en ciertos casos de las personas con discapacidad. En este sentido, tras afirmarse que cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, advierte que el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de medidas de naturaleza civil («determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, (...) a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios»). En cuanto al régimen de visitas, incide, con carácter más específico, en el artículo 544 ter.7.III LECrim, estableciendo una suspensión automática de las mismas, pero refiriéndose solo a

los hijos menores, sin ser comprensible que no se aluda a las personas con discapacidad necesitadas de protección<sup>55</sup>.

En relación con el tema, aunque referido solo a los menores, mención especial merece también el artículo 158 del Código Civil, modificado por la LO 8/2021. Señala que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará *la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, añadiéndose en la exposición de motivos, «con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad»*.

Cerrando este apartado y reconduciendo la materia, debemos advertir que la sorpresa que supuso la incorporación de los apartados cuarto y quinto en el artículo 94 del Código Civil y sus roces con el artículo 544-ter LECrim (y con los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004), escapan del objetivo de ese trabajo, pero hubiera sido necesario coordinar la Ley 8/2021 y la LO 8/2021 (leyes promulgadas con tan solo dos días de diferencia). En todo caso, para salvar estas incongruencias, quizás pueda considerarse que son regímenes complementarios y si la decisión que debe adoptar el juez civil por exigencia del artículo 94.4 y 5 del Código Civil tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o en indicios fundados de violencia doméstica o de género, quizás lo más oportuno sería asumir la decisión adoptada por el juez penal por parte del juez civil. Y si el proceso penal aún no se ha iniciado, trasladar la cuestión al orden penal, con suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en aquel proceso<sup>56</sup>.

*C) Derecho de comunicación y visita del hijo mayor de edad con discapacidad con hermanos, abuelos, parientes y allegados*

Otra de las novedades del artículo 94 del Código Civil ha sido reestructurar y ampliar el régimen de comunicación y estancia del menor o mayor con discapacidad con sus hermanos, abuelos, parientes o allegados<sup>57</sup>. El artículo 94.6 del Código Civil afirma: *[Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad]*<sup>58</sup>.

Se observa, en consonancia con el artículo 160.1 del Código Civil, que en el artículo 94.1.2.3 del Código Civil, cuando el régimen de visitas es entre los progenitores e hijos menores o con discapacidad mayores de edad o emancipados, la autoridad judicial debe establecerlas; tiene carácter obligatorio (la «autoridad judicial determinará», la «autoridad judicial adoptará»), aunque excepcionalmente podrá limitarlo o suspenderlo (art. 94.3 *in fine* CC). En cambio, cuando el régimen de visitas es entre el menor o la persona mayor de edad con discapacidad y sus hermanos, abuelos, parientes o allegados, es una opción del juez decidir al respecto («la autoridad judicial *podrá* reconocer el derecho de comunicación y visita...»); art. 94.6). Por tanto, es la autoridad judicial la que *puede* reconocer este derecho, y para ello será preciso que se cumplan estos requisitos:

— En primer lugar, se exige la previa audiencia de los progenitores y de las personas que hayan solicitado el régimen de visitas y comunicación (hermanos, abuelos, parientes o allegados). Es preciso escuchar no solo a las partes que solicitan un régimen de visitas y comunicación, sino también a los progenitores, aunque no vinculará al juez lo alegado por dichas partes. El antiguo artículo 94.2 del Código Civil solo preveía el régimen de visitas entre abuelos y nietos, aunque la jurisprudencia lo interpretaba de forma extensa<sup>59</sup>. Esta extensión legal a otras personas cercanas a la persona con discapacidad, era una cuestión anhelada, entre otras, en la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020) que echa de menos el derecho de comunicación y visitas entre hermanos cuando uno de ellos es mayor de edad con discapacidad pues «no existe norma legal que regule esas relaciones», añadiendo que ello no permite pensar que no existe ese derecho, como se desprende de la regulación de menores y personas con discapacidad, llevando a la aplicación analógica del artículo 160.1 y 2 del Código Civil.

—En segundo lugar, es preciso el consentimiento de los menores o mayores de edad con discapacidad cuando el régimen de visitas y comunicación es con hermanos, abuelos, parientes y allegados. No se exige el consentimiento del menor o del hijo con discapacidad mayor de edad en el régimen de visitas y comunicación con sus progenitores<sup>60</sup>, ni se exige dicho consentimiento en el artículo 160.2 del Código Civil en el que solo se advierte que el juez, en caso de oposición a dichas visitas, «resolverá atendidas las circunstancias»<sup>61</sup>. La necesidad de consentimiento se introdujo, como novedad, en la aprobación de las enmiendas presentadas en el Senado. El problema es que hay una disociación entre el artículo 94.6 del Código Civil que exige el consentimiento y el artículo 160.2 del Código Civil en el cual no se exige. Debería exigirse dicho consentimiento en ambas normas.

—En tercer lugar, la autoridad judicial resolverá teniendo en cuenta el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con disca-

pacidad<sup>62</sup>. Por tanto, lo determinante no será lo que deseen los progenitores, o hermanos, abuelos, parientes o allegados, sino que lo decisivo será lo que determine el interés del menor, si estamos ante un menor de edad, y la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor de edad con discapacidad.

La necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad, se introdujo en el Proyecto de 2020, pues el Anteproyecto de 2018 solo hacía referencia al interés superior del menor<sup>63</sup>. Con este cambio observamos que no se regula el «interés del menor» frente al «interés de la persona con discapacidad», sino el «interés del menor» frente a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada»<sup>64</sup>. Como advertíamos *supra*, el interés de la persona con discapacidad desaparece y se sustituye por «la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad». Y, como ya se ha advertido, cuando esa voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad no estén plenamente formadas, será necesario contribuir a su formación, procurando que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias»<sup>65</sup>. De ahí que el artículo 249.2 del Código Civil afirme que «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro»<sup>66</sup>.

El problema será cuando no sea posible determinar «la voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada», ni siquiera con los apoyos y tampoco sea posible deducirlos de su trayectoria vital (pensemos en casos de parálisis cerebral). En este caso el juez deberá admitir o no dichas visitas teniendo presente el beneficio que le puede aportar dichas visitas.

## 2. UNA AUSENCIA

Para finalizar el análisis del artículo 94 del Código Civil, consideramos que quizás hubiera sido conveniente contemplar un problema que se está dando cada vez más en los últimos años. Se trata de la solicitud de un régimen de visitas y comunicación por parte de los hijos respecto a sus progenitores con discapacidad.

Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de visitas o comunicación con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares<sup>67</sup>. Los conflictos se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el

tutor, curador, o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), existiendo mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. Es en estos casos en los que se está solicitando un régimen de visitas por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o comunicarse con sus progenitores. Puede darse el caso en el que el progenitor con discapacidad viva en su propia casa junto a uno de sus hijos que es el tutor, curador o guardador de hecho, o el progenitor con discapacidad viva en casa de este hijo. En estas circunstancias el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos.

Uno de los elementos característicos de estas situaciones es la discapacidad del o de los progenitores de edad avanzada, que suelen ser personas mayores dependientes con descendientes.

El problema es que en el ordenamiento jurídico actual no existen instituciones de apoyo específicamente vinculadas a las personas de edad avanzada, por eso, cada vez son más frecuentes lagunas legales en distintos ámbitos en los que están presentes las personas de la tercera edad, paralelas a un incremento de este sector de la población<sup>68</sup>. Sería conveniente tenerlo presente en futuras reformas.

Esta problemática se planteó en la SAP de La Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj: SAP C 608/2019), en la que la hija pide un régimen de visitas para ver a su madre, declarada incapaz, dado que su tutora (la hermana de la demandante) le prohíbe verla. En primera instancia se deniega la solicitud por considerar que no está previsto en el ordenamiento la posibilidad de pedir régimen de visitas de hijos a padres. Sin embargo, en segunda instancia se le concede en virtud de los artículos 43.2 y 44 LJV.

En el mismo sentido, en un supuesto muy similar, la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013), determina la forma y términos del régimen de visitas solicitado por el hijo con su madre, la cual vive en su casa con la hermana de aquel, que a su vez es la tutora. La sentencia confirma un régimen de visitas, a través de un sistema de recogidas y entregas, los lunes, miércoles y viernes, de 16:00 a 20:30 h, pues, basándose en el interés de la persona incapaz, no se considera que las visitas en la vivienda de la madre sea lo más beneficioso para ella, por los severos enfrentamientos y agresiones que ha habido entre los hermanos al respecto. Y en el caso de que la madre tenga ya limitados los movimientos «se señala» que tendrán que ponerse de acuerdo las partes o acudir de nuevo a la vía judicial.

En la misma línea, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005) alega que «de las actuaciones no se colige que haya existido una situación de conflicto entre la parte actora y el incapaz, por lo que la relación con su hija y nietas, familia igualmente del declarado incapaz, debe entenderse beneficiosa para el mismo, por no constar prueba en contrario que así lo acredite; y, sin que la conflictividad gratuita entre las partes hoy

en litigio, deba perjudicar al incapacitado, debiendo también plantearse las partes que el interés del declarado incapaz pasa igualmente por orillar su problemática personal. (...). También debe rechazarse la argumentación sobre la vulneración del derecho de la codemandada sobre la inviolabilidad del domicilio, pues el régimen de visitas se ha previsto en la vivienda en que habita el incapacitado, lo que hace decaer su tesis revocatoria, dado que igualmente tiene derecho el incapaz a recibir en la misma a su familia».

Estos supuestos descritos cada vez son más frecuentes y consideramos que hubiera sido oportuno regularlo en la Ley 8/2021. Nos atrevemos a apuntar una posible solución al tema:

—Si el progenitor es una persona de edad avanzada con discapacidad que no necesita apoyos para decidir (puede ser el caso de personas que sufren severas limitaciones físicas, pero no intelectuales) o no quiera disponer de apoyos, hay que estar y respetar su voluntad, deseos y preferencias para pactar un régimen de visitas y comunicación con sus hijos.

—Ahora bien, es posible que el progenitor con discapacidad precise de un apoyo para tomar la decisión. En este caso la medida de apoyo (formales o no formales) según el artículo 249.2 del Código Civil *deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*. Añadiéndose incluso en el apartado tercero que *«En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»*. Por tanto, hay que indagar los deseos de la persona con discapacidad, propiciar y respetar su voluntad, sin someterlo a presiones.

El problema será cuando el progenitor tenga un apoyo (imaginemos incluso un curador con medidas representativas) que se niega a dichas relaciones personales. En estos casos existe un conflicto de intereses. Por tanto, si no puede determinarse cuál es la voluntad del progenitor con discapacidad a través de los medios de apoyo y no hay acuerdo tampoco con los hijos respecto al régimen de visitas y comunicación, sino conflicto de intereses entre ellos, deberá acudir a la autoridad judicial. Podrá resolver el mismo juez atendiendo a las circunstancias o podrá nombrar a un defensor judicial (art. 295.1.2.º CC).

En todo caso, será preciso que el juez escuche a la persona con discapacidad, al Ministerio Fiscal, a los solicitantes y personas que se opongan a las relaciones personales. Cuando es el juez el que toma la decisión ob-

servamos que él es un apoyo en sentido amplio (como lo sería también el notario), distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el 250 del Código Civil. Esta «audiencia del progenitor con discapacidad» puede ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad y pueda determinar sus deseos, voluntades o preferencias<sup>69</sup>. La función del Ministerio Fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad mayor de edad (art. 749 LEC). A veces no resultará fácil si no lo han conseguido las medidas de apoyo existentes, por lo que el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias<sup>70</sup>.

En todo caso, es preciso destacar que la autoridad judicial podría limitar o suspender el derecho de visitas si se dieran «*circunstancias relevantes*» que así lo aconsejaran o «*se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*»<sup>71</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid de 13 de octubre de 2017 —*JUR* 2018, 29930—, que suspende el régimen de visitas establecido a favor de una hija respecto a su madre con discapacidad de 87 años, pues sus condiciones físicas ya no permitían su desplazamiento (la hija con la que no convive la madre tenía un régimen de visitas de fines de semana alternos desde los viernes a las 18 h. hasta los domingos a las 19 h. y los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano por mitad, entre las dos hijas, realizándose las recogidas en el domicilio donde resida, adonde se retornará).

### 3. LA PREVIA AUDIENCIA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL *VERSUS* «LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS»

Queremos dedicar un apartado especial al tema de la previa audiencia a la que está obligada la autoridad judicial por su relevancia a la hora de determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Uno de los principios básicos en la reforma es el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad<sup>72</sup>. Para ello es fundamental escuchar a la persona, ya sea a través de las relaciones personales entre estas personas y sus apoyos o por parte de la autoridad judicial en las audiencias previas. El artículo 9 LOPJM recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado<sup>73</sup>. En este sentido, el menor podrá manifestar sus opiniones y deseos en los procedimientos que le afecten<sup>74</sup>. Además, el artículo 92.2 del Código Civil obliga al juez a velar por el cumplimiento del derecho del menor a ser oído cuando deba adoptarse cualquier medida sobre su custodia, cuidado o educación, imponiendo al juez en su apartado sexto la obligación de oír a los menores que tengan

suficiente juicio, cuando se estime necesario, para determinar qué régimen de custodia es más idóneo para él<sup>75</sup>. Se considera que si los menores tienen suficiente juicio y siempre si son mayores de 12 años tienen derecho a ser oídos. Si tienen menos de 12 años, para ser oídos, deben tener suficiente juicio (770 y 777.5 LEC)<sup>76</sup>.

El derecho a ser oído, es, como se indica, un «derecho», no una «obligación»<sup>77</sup>, lo que implica que no se puede forzar al menor a que manifieste su opinión pues podría ser incluso contraproducente<sup>78</sup>, ni significa que su opinión sea vinculante para el juez, aunque debe prestar una especial atención y ponderación a lo manifestado<sup>79</sup>.

Respecto de los hijos con «discapacidad mayores de edad o emancipados», también observamos el reconocimiento de este derecho a oírles, y será esta la vía para descubrir su voluntad, deseos y preferencias. La conexión entre el derecho a ser oído y el respeto a la voluntad, deseos y preferencias es fundamental. Así, en el artículo 94 del Código Civil se les hace partícipes en la decisión respecto al régimen de visitas y comunicación o estancia, teniendo en cuenta su «voluntad, deseos o preferencias».

La previa audiencia por parte de la autoridad judicial implica tener contacto con el menor o persona con discapacidad entrevistándole para poder conocer su opinión, deseos y preferencias sobre aquellos temas que le puedan afectar, exigiendo, a su vez, una actitud activa del juez para poder averiguar la verdadera voluntad del implicado<sup>80</sup>. Oírles permite al juez comprobar el grado de afectividad que une a los hijos con cada progenitor, la relación existente entre ellos y le ayuda a obtener suficiente información como para poder adoptar las medidas más oportunas en cada caso necesario. Es importante tener en cuenta la edad, su situación y las circunstancias familiares<sup>81</sup>, debiendo cerciorarse de que la voluntad manifestada haya sido correctamente formada y que el menor o mayor con discapacidad no se encuentra condicionado o presionado por alguno de los apoyos que pueda tener (progenitores, hijos o terceras personas)<sup>82</sup>.

La relevancia del derecho de audiencia del hijo con discapacidad se ha reflejado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia. Así, la STS de 30 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3908/2014), declara que, «extraída de la Constitución española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso».

También en la SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 (Roj: SAP CA 1417/2020). Se trata de un caso de padres divorciados con hijo con discapacidad que hasta la minoría vive con la madre y cuando cumple 18 con padre. El padre solicita rehabilitar la patria potestad afirmándose que «Esta Sala comparte la anterior doctrina relativa a la posibilidad de poder ser rehabilitada la patria potestad de uno solo de los progenitores, y en el presente caso, estimamos que ello es lo más conveniente, dado el divorcio de los progenitores, y las tensas relaciones entre ambos, pese a que sería muy deseable lo contrario, (...). Sin perjuicio de ello, no estimamos procedente una rehabilitación de la patria potestad a favor de ambos, dado que el hijo convive con el padre, y declaró de forma contundente en la vista que quiere seguir viviendo con su padre, habiendo demostrado el Sr. Ismael la buena labor realizada con el hijo en los dos últimos años, al haber conseguido numerosos títulos e incluso un premio nacional, y siendo desde luego ello loable, no lo es menos que, como muy bien expuso la abuela materna, para alcanzar dichos óptimos resultados después de la mayoría de edad, ha sido indudable de mucho peso la labor realizada por la madre (...). Por tanto, no se trata de que uno u otro progenitor sea o haya sido “mejor padre”, dado que ambos han contribuido o contribuyen al desarrollo y a los éxitos actuales del hijo, sino que dada la falta de convivencia entre ambos, y el deseo taxativo del menor de vivir con su padre, hemos de optar por rehabilitar la patria potestad solo a favor del padre, sin que proceda fijar en este caso una especie de custodia compartida del incapaz, con estancias alternativas con ambos progenitores, porque no es el deseo del incapaz, en el que no apreciamos un grado de influenciabilidad que le impida manifestar su real deseo, y todo ello, sin perjuicio de exhortar al padre para que, valorando la labor realizada por la madre mientras el hijo era menor, favorezca y facilite la necesaria relación maternofilial del hijo y las relaciones —ahora inexistentes con su hermana—, para que su desarrollo personal, afectivo y emocional puede ser completo»<sup>83</sup>.

Observamos en esta sentencia el interés del juez en escuchar al hijo con discapacidad —ya mayor de edad— y respetar sus decisiones y preferencias, dando visibilidad a sus deseos, siguiendo de este modo el espíritu de la Convención de Nueva York y de la normativa actual tras la Ley 8/2021.

La actual redacción del artículo 94 del Código Civil exige una «previa audiencia» por parte de la autoridad judicial en diversas ocasiones:

—Por una parte, según el apartado tercero del artículo 94 del Código Civil, el juez, «previa audiencia del hijo y Ministerio Fiscal», adoptará la resolución procedente respecto al régimen de visitas con el progenitor no custodio.

—Por otra parte, el artículo 94.6 del Código Civil, en cuanto al régimen de visitas del menor o del mayor con discapacidad con hermanos,

abuelos, parientes o allegados prevista en el artículo 160.2 del Código Civil, requiere previa audiencia de estos y de los progenitores, teniendo «*siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos o preferencias del mayor con discapacidad*» a la hora de determinar el régimen de visitas, los cuales, a su vez, deben consentir. En este caso la audiencia es múltiple: progenitores, hermanos, abuelos, parientes y allegados que solicitan el régimen de visitas y comunicación con el hijo y, por supuesto, el propio hijo.

—No hay que olvidar que el artículo 94.4 del Código Civil, en los supuestos en que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género o si existen indicios de ello, la autoridad judicial, excepcionalmente, podrá señalar un régimen de visitas, comunicación o estancia a través de una resolución motivada en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos, previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. Por tanto, el juez está obligado a escucharle también en estos casos.

Y precisamente para poder determinar cuál es esa voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad será preciso oírle, siempre que sea posible<sup>84</sup>.

## V. EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS ENTRE PADRES/HIJOS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

Descrito el régimen de visitas, comunicación y estancia, el nuevo enfoque de la discapacidad y las novedades introducidas en el artículo 94 del Código Civil, consideramos oportuno realizar ahora un breve análisis de la situación jurisprudencial del tema hasta la entrada en vigor del nuevo artículo 94 del Código Civil, para observar cómo se resolvían los supuestos del régimen de visitas y comunicación de hijos mayores con discapacidad. Si algo llama la atención es la gran casuística existente y la dificultad de establecer reglas claras al respecto, pues cada supuesto tiene sus peculiaridades. El análisis de la jurisprudencia es un buen barómetro para percatarnos de la multitud de supuestos de discapacidad existente.

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el tema específico del régimen de visitas y comunicación e hijos con discapacidad mayores de edad. Sí lo ha hecho, como se verá, en el tema del derecho de alimentos y atribución de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad<sup>85</sup>. Por tanto, será la jurisprudencia de las Audiencias la que nos dibujará el camino, que ya anunciamos bacheado.

## 1. LA DISCAPACIDAD DE LOS HIJOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA

Si la existencia de crisis matrimoniales es cada vez mayor, es evidente que acabarían repercutiendo cada vez más sobre hijos con discapacidad. Si realizamos un análisis jurisprudencial de la cuestión, nos percatamos de que con frecuencia han existido conflictos cuando el régimen de visitas afectaba a un hijo mayor con discapacidad, agravados por la inexistencia de una norma al respecto. El nuevo artículo 94 del Código Civil ya ha abierto una vía para resolver tales supuestos y será preciso observar cómo se van resolviendo y aplicando en los tribunales.

Del análisis de la jurisprudencia estando vigente la versión derogada del artículo 94 del Código Civil respecto al régimen de visitas de los progenitores con hijos mayores con discapacidad podemos extraer las siguientes ideas:

1. Existía un vacío legal respecto a cómo resolver el régimen de visitas y comunicación en casos de crisis matrimoniales, cuando existían hijos con discapacidad mayores de edad sin modificación judicial de su capacidad de obrar y se solicitaba un régimen de visitas por parte del «progenitor no custodio». A este vacío ha puesto fin el actual artículo 94 del Código Civil como hemos tenido oportunidad de analizar previamente.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales observamos que, si se había modificado judicialmente la capacidad de obrar del hijo mayor de edad con discapacidad, no se planteaban tantos problemas, pues lo habitual era que se prorrogara o rehabilitara la patria potestad y dentro de ese ámbito se establecía un régimen de visitas<sup>86</sup>. E incluso en estos casos, se llegó a alegar que, al tratarse de una hija mayor de edad declarada judicialmente incapacitada con la patria potestad rehabilitada, «es más factible no establecer un régimen de visitas, ya que la hija tiene treinta años y parece más oportuno que el padre se ponga en contacto con ella de forma voluntaria, sin necesidad de fijar un régimen de visitas» (SAP de Tarragona de 30 de julio de 2003, Roj: SAP T 1162/2003). En este caso se trató a la hija mayor de edad con discapacidad como a cualquier otro hijo mayor de edad. La sentencia es muy coherente con la actual regulación de la discapacidad.

En cambio, observamos que, si no existía una declaración judicial modificativa de la capacidad de obrar de un hijo mayor de edad con discapacidad, dado que se había extinguido la patria potestad, se consideraba que no procedía establecer un régimen de visitas y comunicación. Sin embargo, aproximadamente a partir de 2006 (coincidente con las fechas de la Convención de Nueva York) se considera que no supone obstáculo alguno para establecer un régimen de visitas entre padre e hija mayor de edad con disca-

pacidad, «el hecho de que no se haya declarado discapaz judicialmente», y, a pesar de ello, observamos que unas veces se establece, sin más, un régimen de visitas; y en otras ocasiones, se exigía que se abriera un procedimiento de modificación de capacidad y que el régimen de visitas se estableciera en dicho procedimiento. Es decir, unas veces se aplicaba analógicamente la normativa del régimen de visitas y comunicación de los padres con los hijos menores o incapacitados y otras veces no, exigiendo que se abriera un proceso de incapacitación y que en el mismo se determinara el régimen de visitas.

Parece no decantarse por la analogía la SAP de Valladolid de 22 de octubre de 1999 (ROJ:SAP VA 1544/1999). Ante la solicitud de un régimen de visitas por parte del padre, afirma que, dado que el hijo mayor de edad discapacitado no estaba incapacitado judicialmente, no está sometido a patria potestad ni ordinaria ni rehabilitada por lo que tampoco procede resolver sobre el régimen de visitas. Considera que cuando el legislador en «el artículo 94 del Código Civil se refiere a los incapacitados, está pensando en los supuestos que, de acuerdo al artículo 171, se ha prorrogado o rehabilitado la patria potestad, y de esta manera, en cuanto está presente la patria potestad, el derecho de visitar a los hijos y tenerlos en su compañía, se configura como un derecho-deber de los padres por ser una de las funciones propias y naturales»<sup>87</sup>.

Tampoco acude a la analogía la SAP de La Coruña de 17 de marzo de 2005 (Roj: SAP C 1422/2005), en la que, tras el divorcio de los padres de una hija con discapacidad de 35 años, pero sin previa incapacitación judicial, el padre solicita un régimen de visitas, a lo que el tribunal afirma que «no es posible acordar medida alguna en relación con su guarda y custodia por su madre, sin una previa incapacitación judicial». Se considera que el régimen obligado de visitas del Código Civil está articulado para los hijos menores sujetos a patria potestad (arts. 90 y 92 CC) y el actual artículo 94 del Código Civil menciona expresamente a los «hijos menores e *incapacitados* del matrimonio». Por ello la sentencia considera que «hay que entender que tales disposiciones no pueden aplicarse analógicamente a los hijos mayores de edad no incapacitados, pues incluso para la prórroga de la patria potestad es precisa la previa incapacitación judicial, como se deduce del artículo 171 del mismo cuerpo legal».

Sin embargo, notamos un cambio de enfoque y una aplicación analógica de la normativa de los menores e «incapacitados», en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2006 (Roj: SAP B 3692/2006). Ante un caso de separación de los padres de dos hijos mayores de edad con discapacidad cerebral, pero sin haber sido modificada judicialmente su capacidad, considera aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a los menores de edad. Se decide que los hijos convivan con la madre en el domicilio familiar y se establece un

régimen de visitas a favor del padre por ser lo más beneficioso para los hijos sin exigir su incapacitación.

En la misma línea, la SAP de Burgos de 14 de julio de 2011 (ROJ:SAP BU 617/2011): a pesar de reconocer que la hija de 40 años con una discapacidad permanente e irreversible, no está incapacitada judicialmente, «no supone que no deban de adoptarse medidas de custodia de esta hija o que la forma más adecuada sea un régimen de guarda y custodia compartida». La sentencia considera que debe otorgarse y regularizarse el régimen de custodia y visitas sobre la hija, pues precisa un cuidado y atención directo, constante e indefinido por parte de alguno de los padres en beneficio de la misma. Por ello, se mantiene la guarda y custodia a la madre, sin admitir una custodia compartida, dado que el padre desconoce los cuidados que la enfermedad requiere, pero reconociendo un régimen de visitas a favor del padre y sin previa necesidad de incapacitación judicial.

También la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020) aplicó analógicamente la regulación de los menores e incapacitados. Aunque en este caso son los hermanos los que piden un régimen de visitas con su hermana con discapacidad ingresada en un centro en contra de la voluntad de su padre a tales visitas y el cual tiene rehabilitada la patria potestad. El juez concede las visitas «a falta de norma expresa que las regule con una aplicación analógica de las visitas de los padres con los hijos menores o incapacitados».

Estas sentencias se acercaban a la nueva regulación de la discapacidad, es decir, no equiparaban a los mayores con discapacidad con los menores o mayores con capacidad modificada judicialmente. En todo caso, si pretendía establecer equivalencias tenía que haber sido con los mayores de edad plenamente capaces. La patria potestad se extinguía *ope legis* una vez que el hijo alcanzaba la mayoría de edad y, por ello, era preciso considerar extinguido el régimen de visitas. Y en esos casos, para establecer un régimen de visitas con el progenitor con el que no convive el hijo con discapacidad, lo adecuado era contar con su aprobación, como ya hicieron algunas sentencias que hemos visto anteriormente, sin necesidad de acudir a un previo proceso de incapacitación o modificación judicial de la capacidad de obrar o restablecer la patria potestad.

Actualmente la regulación ampara dichas situaciones; se ha extinguido la patria potestad prorrogada o rehabilitada y es imprescindible atender a los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y perfilar voluntariamente un régimen de visitas libremente establecido con ayuda de los apoyos necesarios para una mayor comprensión del tema por parte de la persona con discapacidad de la forma que se ha anunciado anteriormente.

El Tribunal Supremo no se pronunció sobre el régimen de visitas e hijos con discapacidad mayores de edad. Sí lo hizo en el tema del derecho de ali-

mentos y atribución del uso de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad. Respecto a estos temas, con la legislación anterior, existía la tendencia de equiparar a los menores con las personas con discapacidad mayores de edad en los supuestos en que la patria potestad hubiera sido rehabilitada o prorrogada o se hubiera establecido un régimen de tutela (es el caso de la STS de 30 de mayo de 2012 —ROJ: STS 3791/2012—<sup>88</sup>).

Sin embargo, distinto es el supuesto de la discapacidad de un hijo mayor de edad cuya capacidad no fue modificada judicialmente, ni constaba resolución administrativa relativa al grado de discapacidad. Sobre estos casos, es significativa la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017)<sup>89</sup>. Respecto a la atribución de la vivienda familiar consideró que el interés superior del menor que inspira la medida del uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor, pues «el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad»<sup>90</sup>.

Respecto a la solicitud de extinción del derecho de alimentos, la STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 3791/2012), advirtió que «el problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores (...) la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos». La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, aunque no declarada judicialmente, con los menores. Idem STS de 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3441/2015).

La lectura que podemos hacer de estas sentencias es la tendencia que había a equiparar a los mayores de edad con discapacidad cuya capacidad no ha sido modificada judicialmente, con los mayores de edad con capacidad plena. Como nos recordaba la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017) «no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho sufre alguna limitación de esta clase (...) no cabe generalizar una equiparación absoluta a efectos de sus medidas de protección entre hijos discapacitados y menores». En todas estas sentencias ya vamos intuyendo el espíritu de la Convención de Nueva York.

2. En la jurisprudencia anterior a la reforma, se observa una mayor sensibilidad y una especial atención al beneficio que supone para los hijos mayores con discapacidad el tener un régimen de visitas y comunicación con sus progenitores. Así, la SAP de Málaga de 2 de enero de 2007 (Roj: SAP MA 229/2007), otorga la guarda y custodia al padre y un régimen de visitas a la madre respecto a la hija mayor de edad con discapacidad ingresada en un centro, a lo que se opone el padre. El juez considera que lo más importante «no es el propio interés del progenitor sino el de su hija mayor incapacitada» pues es un derecho de la personalidad el derecho de visita del progenitor no custodia. Y dado que hay una conducta afectiva de la hija hacia la madre, recibiendo de buen grado las muestras de cariño de esta, se valoran de forma positiva las visitas de la madre al centro a pesar de ser poco frecuentes.

Sin embargo, en otras ocasiones, cuando se observa que no es beneficioso para el hijo con discapacidad tener relación con algunos de sus progenitores, se limitaron o suspendieron, tal como señalaba el artículo 94 del Código Civil. En este sentido en la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008) el padre solicita la suspensión del régimen de visitas con un hijo con minusvalías severas, porque el padre sufría depresión por duelo patológico e ideación autolítica debido a la muerte otro de sus hijos. Se suspende el régimen de visitas que tenía establecido hasta que el estado de salud del padre le capacite para ello. En este caso, se considera que las relaciones de visitas serían peligrosas para los dos, por sufrir ambas partes, padre e hijo, una discapacidad. En cambio, en situación también de riesgo para los hijos, la SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2010 (Roj: SAP B 9995/2010), *limita* el régimen de visitas a uno progresivo, a la madre respecto de su hija mayor de edad incapacitada judicialmente por trastornos bipolares e ingresada en un centro. Se considera que la personalidad de la madre no es positiva para la hija aconsejándole un tratamiento psicoterapéutico. Pero no por ello se suspende el régimen de visitas.

3. En la jurisprudencia anterior a la reforma del artículo 94 del Código Civil respecto al régimen de visitas con hijos mayores de edad con discapacidad, se contempla una tendencia a adaptar el régimen de visitas a las circunstancias propias de la persona discapacitada, decantándose por lo que resulta más beneficioso para la persona con discapacidad mayor de edad. Hay una mayor sensibilidad en estos casos, pues son personas que requieren rutinas y cuidados especiales y son estas circunstancias las que priman. Así, a veces es tal el grado de discapacidad (pensemos en supuestos de parálisis cerebral que impide desplazamientos), que el régimen de visitas del cónyuge no custodia es «*stricto sensu*», es decir, en el domicilio familiar en el que vive con la madre que tiene la guarda y custodia del hijo (SAP de Granada de 5 de abril de 2003, Roj: SAP GR 884/2003). O incluso se

exige que, dadas las circunstancias especiales que requiere la persona con discapacidad, el progenitor que reclame un régimen de visitas «disponga de un domicilio adecuado a las necesidades de la hija» (SAP de Zaragoza de 7 de octubre de 2008, Roj: SAP Z 2821/2008)<sup>91</sup>.

Los cuidados y rutinas especiales de algunas personas con discapacidad, conllevan, a su vez, una mayor implicación de los padres en los cuidados de los hijos con discapacidad y en ocasiones se ha admitido la solicitud, por parte de la madre que tiene la guarda y custodia del hijo, de una mayor implicación y ayuda del padre, pues se advierte que la madre necesita «descansar» (SAP de Álava de 21 de febrero de 2008 Roj: SAP VI 32/2008; o la SAP de Valencia de 18 de abril de 2012 Roj: SAP V 812/2012).

En otras ocasiones se intenta excluir a un progenitor del régimen de visitas por no considerarlo capacitado para cuidar a la persona con discapacidad, como en el caso de la SAP de Málaga de 24 de septiembre de 2009 (Roj: SAP MA 2543/2009), la cual, sin embargo, da la razón al padre y le atribuye un régimen de visitas por considerar que sí puede atender al hijo con parálisis cerebral en su domicilio durante las visitas. Incluso se reconoció el paso de una guarda y custodia exclusiva a una custodia compartida, en el caso de un divorcio con una hija con discapacidad mayor de edad con patria potestad rehabilitada, por considerar que el elemento determinante es el beneficio que reporta para la hija, no ya el cambio de modelo de exclusiva a compartida, «sino especialmente en cuanto al factor psicológico que representa que jurídicamente se establezca la responsabilidad de los progenitores respecto a las funciones de guarda» (SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2014 (Roj: SAP B 13526/2014)<sup>92</sup>.

4. En la jurisprudencia anterior se advierte también un progresivo reconocimiento a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, aunque encubierto, pues estos deseos de la persona con discapacidad se intentan compaginar con los del progenitor no custodio intentando favorecer un acercamiento entre las partes. En la SAP de Murcia de 14 de noviembre de 2019 (Roj: SAP MU 2320/2019), el padre reclama, un régimen de visitas con su hijo mayor de edad incapacitado judicialmente tras un grave accidente de tráfico, del que se despreocupó asumiendo el cuidado personal y patrimonial exclusivamente la madre y hermana lo que generó en el hijo un inicial rechazo hacia el padre. El juez considera que debe reestablecerse el régimen de visitas de forma progresiva y teniendo en cuenta la voluntad del hijo con discapacidad y la evolución de esos iniciales contactos, pudiendo aumentar las visitas si es beneficioso para el hijo. Se obliga a los padres a reconsiderar sus enfrentamientos en beneficio de su hijo.

En la SAP de Pontevedra de 17 de julio de 2014 (Roj: SAP PO 1750/2014), el padre solicita un régimen visitas con su hija mayor de edad con discapacidad que al mencionarle al padre se pone nerviosa, ansiosa e inestable

y no desea verle. Los psicólogos no deducen los motivos del rechazo. El juez no establece un régimen de visitas y aconseja al padre que se acerque a la hija mayor y a través de ella con la hija con discapacidad de forma progresiva si se puede.

Incide también en la relevancia de recabar los deseos de los mayores de edad con discapacidad, la SAP de Málaga de 30 de enero de 2020 (Roj: SAP MA 1226/2020). Considera que hay que enfocar el tema desde los derechos de la hija con discapacidad mayor de edad y los derechos reconocidos en la CNY, por lo que no procede la extinción del régimen de visitas solicitado por su padre ni privar a la hija de la posibilidad de estar con su padre, disfrutar de su compañía y del tiempo que puedan estar juntos<sup>93</sup>.

Como conclusión, podemos observar que la ausencia de una regulación que solventara el régimen de visitas en los supuestos en que existieran hijos con discapacidad mayores de edad, implicaba, muchas veces, sobreprotegerlos a costa de defender los derechos de los progenitores. Observamos una tendencia a preservar los deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad a partir de la Convención, pero muchas veces acaban aniquilados por una regulación cuya tendencia era aparcar a la persona mayor con discapacidad y focalizar la atención en unos progenitores abatidos muchas veces por dichas situaciones. La actual regulación sitúa en plano de igualdad los derechos de las partes: los de los hijos mayores de edad con discapacidad y los de los progenitores, otorgando más protagonismo a los primeros cuando deba establecerse un régimen de visitas.

## 2. LA DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES Y EL RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS EN LA JURISPRUDENCIA

Para terminar, hay que tener presente que es posible que la discapacidad la sufran uno o ambos progenitores. Esta circunstancia, como destaca GUILARTE MARTÍN-CALERO, en los supuestos de crisis matrimoniales, «con toda probabilidad será utilizada por el otro progenitor para justificar su *petitum*, de suerte que deberá probarse en el procedimiento la incidencia negativa, o en su caso, la falta de incidencia de la discapacidad en el interés del menor», lo que en última instancia generará un alto riesgo de discriminación<sup>94</sup>. Así pues, será preciso coordinar el interés superior del menor y el principio de no discriminación del progenitor con discapacidad.

Según el artículo 2.4 LOPJM «*en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos*

*concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en el interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas*». Observamos en la norma una defensa de los derechos del menor intentando conciliarlos con otros si se encuentran en conflicto, y si tal conciliación no es posible, prevalecerá el interés del menor sobre cualquier otro interés.

Es evidente que el interés del menor se manifiesta en el derecho a relacionarse con sus progenitores, siendo la custodia compartida la que mejor defiende dicho interés. Ahora bien, si no concurren las circunstancias para ello, sabemos que el menor tiene derecho a un régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor no custodio si se dan las circunstancias idóneas para ello, a pesar de su discapacidad<sup>95</sup>. Si no se dan dichas circunstancias, es decir, cuando es difícil desarrollar un régimen de visitas, comunicación y estancia por el estado de discapacidad del progenitor no custodio, no es necesariamente una discriminación hacia el progenitor discapacitado, siempre que tal decisión se apoye en la mayor competencia del otro progenitor para desempeñar la guarda y custodia<sup>96</sup> y la imposibilidad por parte del progenitor con discapacidad.

La STS de 11 de febrero de 2011 (Roj: STS 505/2011), apoyándose en la STC176/2008, de 22 de diciembre, afirma que «la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil (...) un derecho tanto del progenitor como del hijo»<sup>97</sup>.

El juez debe adoptar las medidas necesarias para equilibrar los derechos del menor con los del progenitor con discapacidad y «no existirá discriminación en el ejercicio de la facultad de guarda, cuando la decisión adoptada por el juez haya contemplado la discapacidad del progenitor no como un factor de exclusión, sino como un factor de ponderación, como una circunstancia que impone una especial vigilancia y cautela al juzgador que deberá, siempre que no lo descarte el interés del menor, mantener los contactos familiares, adoptando los apoyos que sean precisos para garantizar el derecho de relación padre-madre e hijo»<sup>98</sup>.

Este interés en que se mantengan los contactos familiares del progenitor con discapacidad con sus hijos, lo vemos reflejado en la jurisprudencia, aunque es extremadamente casuística pudiendo distinguir los siguientes supuestos:

1. Solicitud por parte del progenitor con discapacidad de un régimen de visitas, comunicación y estancia con sus hijos. La casuística es variada y se advierte una tendencia a observar, con especial atención, el interés superior del menor.

Así, la SAP de Málaga de 17 de diciembre de 2015 (Roj: SAP MA 3800/2015), en un caso de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias, el padre reclama la guarda y custodia que hasta el momento ostentaba la madre, dado que el problema con el alcoholismo, ansiolíticos y demás sustancias, impiden a la madre hacerse cargo adecuadamente de los menores. Se otorga la guarda y custodia al padre y a la madre un régimen de visitas efectuándose las mismas en el domicilio de los abuelos maternos.

O en la SAP de Madrid de 18 de junio de 2019 (Roj: SAP M 10852/2019), el padre con discapacidad solicita la suspensión del régimen de visitas con su hijo pues no podrá atenderle por su estado, sin embargo, solicita mantener la comunicación con su hijo. Se acepta, aunque el régimen de visitas sí se mantiene durante las vacaciones del niño.

En la SAP de Cádiz de 27 de marzo de 2020 (Roj: SAP CA 723/2020), se atribuye la guarda y custodia al padre y a la madre un régimen de visitas. El hecho de que el padre tenga una discapacidad visual no es obstáculo para ejercer sus funciones como padre: «no se detecta un defecto invalidante de carácter físico para asumir el rol paterno y la responsabilidad parental como progenitor custodio, pues ningún episodio o circunstancia de entidad o gravedad se pone de manifiesto al respecto».

A veces, las solicitudes de regímenes de visita por parte de padres con discapacidad se deniegan, pero por prevalecer el interés superior de menor, no por su discapacidad. En este sentido la SAP de León de 23 de noviembre de 2018 (Roj: SAP LE 1237/2018), resuelve el supuesto de un padre con discapacidad que solicita una ampliación del régimen de visitas con su hija (consisten en una hora cada tres meses) y se deniega, pues la hija está en proceso de adopción y si se incrementan las visitas puede influir en la adaptación de la menor en la nueva familia.

2. A veces se observa la preocupación por el bienestar del progenitor con discapacidad. Es el caso en que se solicita, por parte de la exesposa, un régimen de visitas o comunicación con el padre con discapacidad de sus hijos. Aquí es la madre la que reclama tener un régimen de visitas con el padre de sus hijos. Es el supuesto de la SAP de Málaga de 23 de noviembre de 2017 (Roj: SAP MA 3520/2017). El padre sufre una enfermedad degenerativa, es declarado incapaz y es tutora su madre. Se acredita que el matrimonio lleva años sin convivir y sin que la esposa y madre de sus hijos se interesara por él en el procedimiento de tutela. Se afirma que si bien para la fijación del régimen de visitas «se ha atendido al interés prioritario de los menores no podemos obviar que igualmente debe ser objeto de especial protección y garantizar los derechos del incapaz (...). No resulta en modo alguno procedente reconocer un derecho de visitas de la esposa con su marido, ni acudiendo esta a la actual residencia de su esposo junto con

sus hijos, ni estableciendo un lugar de reunión distinto del indicado como régimen transitorio, pues ello supondría sacarlo de su entorno y rutina habituales lo que podría conllevar ataques de agresividad y descontrol, lo que sin duda perjudica al enfermo que requiere un tratamiento y una medición especializada, y al que la actora no está habituada y desconoce, pues debido al estado degenerativo del Sr. Ángel Jesús, se encuentra en peor estado que cuando convivían juntos requiriendo ayuda para todo y la presencia constante de una persona a su lado». Por todo ello se deniega el régimen de visitas conjuntas y se mantiene el régimen de visitas de los hijos con el padre en el entorno de la tutora por ser lo más beneficioso para el incapaz y sin ser perjudicial para los menores.

3. También existen supuestos en que son los hijos los que solicitan un régimen de visitas con sus padres con discapacidad. El tema se ha abordado anteriormente y allí nos remitimos.

## VI. CONCLUSIONES

I. La reforma del artículo 94 del Código Civil a través de la Ley 8/2021 incorpora como novedades la referencia a los hijos «con discapacidad mayores de edad o emancipados», cuando sea preciso determinar el régimen de comunicación y estancia con el progenitor que no los tenga consigo, o con los hermanos, abuelos, parientes o allegados. Pero las novedades exceden la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, y las que han generado más polémica han sido las incorporadas en los apartados cuarto y quinto al introducir un límite especial al régimen de visitas y comunicación que opera de forma automática, cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos, incluso si se advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No procede «en ningún caso» el régimen de visitas si el progenitor está en prisión, provisional o por sentencia firme por los delitos señalados. Las medidas son muy estrictas comparadas con otras normas similares, pudiendo generar una suspensión prolongada de las relaciones paternofiliales. Hubiera sido conveniente sincronizar mejor la Ley 8/2021 con la LO 8/2021.

II. La coordinación de los apoyos con la decisión judicial a la hora de determinar el régimen de visitas, comunicación y estancia genera distintos supuestos:

—Primer supuesto: hijo con discapacidad mayor de edad que no necesita apoyos. No parece que sea necesario establecer judicialmente un régimen de

visitas, pues, si estaban establecidas, quedan extinguidas con la mayoría de edad y si no están establecidas no procede establecerlas, pues ya es mayor de edad y se ha extinguido la patria potestad. Los hijos y los progenitores tienen plena autonomía para establecer sus relaciones personales como consideren más oportunas.

Si el hijo es emancipado con discapacidad que no necesita apoyos, el juez, tendrá en cuenta su voluntad, deseos y preferencias y además deberá tener presente el interés superior del menor (pero por ser aún menor, no por su discapacidad).

—Segundo supuesto: Hijo con discapacidad, mayor de edad o emancipado, con necesidad de apoyo. En este caso:

1. Si los progenitores han acordado en el convenio regulador un régimen de visitas, comunicación y estancia, siempre será necesario contar con la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad mayor de edad o emancipado. Y en el caso de que el hijo con discapacidad cuente con una medida de apoyo que no sean sus padres (hermanos, tíos, abuelos...), el hijo podrá tomar dicha decisión con la ayuda de este apoyo (art. 249.2 CC).

2. Si no hay convenio regulador, es la autoridad judicial la que tiene que tomar la decisión (art. 94 CC). Pero en estos casos pueden darse tres escenarios distintos:

—Que el hijo con discapacidad no tenga establecida una medida de apoyo, a pesar de necesitarla. Puede resolverse la cuestión de dos formas: o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o el juez nombrará un defensor judicial.

—Que la medida de apoyo corresponda a sus padres. En este supuesto puede generarse un conflicto de intereses con los padres, en cuyo caso, o es el mismo juez el que toma la decisión contando con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad o bien el juez nombrará un defensor judicial.

—Que el hijo tenga una medida de apoyo que no son sus padres. En este caso el que debe tomar la decisión es la persona con discapacidad con su apoyo.

III. La norma obliga al juez a escuchar a la persona con discapacidad mayor de edad. Llama la atención que el precepto no aluda a la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del hijo con discapacidad, aunque en esta audiencia previa el juez se convierte en apoyo atípico y estará vinculado a ellas (arts. 249 CC).

IV. Se regula, por una parte, un límite o suspensión del régimen de comunicación o estancia de carácter opcional por parte de la auto-

ridad judicial si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen (antes se exigían circunstancias graves) o se incumplan, de forma grave y reiterada, los deberes impuestos por la resolución judicial. Por otra parte, se prevé una suspensión del régimen de comunicación y estancia de carácter obligatorio cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o si existen indicios fundados de violencia doméstica o de género, aunque en estos casos se puede establecer un régimen de visitas si así lo aconseja el interés superior del menor o la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación paterno-filial. También se suspende si el progenitor está en prisión, provisional o por sentencia firme acordada por un procedimiento penal por los delitos citados anteriormente. Estas previsiones chocan con el artículo 65 y 66 LO 1/2004, artículo 544-ter-7 LECrim.

V. El nuevo artículo 94 del Código Civil ha reestructurado y ampliado el régimen de comunicación y estancia del menor o mayor con discapacidad con sus hermanos, abuelos, parientes o allegados. El juez puede otorgar este derecho tras la audiencia de progenitores y de las personas que han solicitado el régimen de comunicación o estancia. En todo caso es preciso el consentimiento de los menores o mayores con discapacidad, consentimiento que no se exige en el artículo 160.2 del Código Civil. La autoridad judicial resolverá atendiendo el interés del menor y la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.

VI. Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de visitas o comunicación con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares. Los conflictos se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador, o es el guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad, existiendo una mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. En estas circunstancias el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos. Proponemos la regulación de un régimen de comunicación y/o estancia en estos casos dependiendo de la necesidad o no de apoyo del progenitor con discapacidad.

VII. El análisis jurisprudencial permite observar cómo se resolvían lo supuestos del régimen de visitas y comunicación de hijos mayores con discapacidad. Si algo llama la atención es la gran casuística existente y la dificultad de establecer reglas claras al respecto, pues cada supuesto tiene sus peculiaridades. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre el tema específico del régimen de visitas y comunicación e hijos con discapacidad

mayores de edad. Si lo ha hecho en el tema de derecho de alimentos y atribución de la vivienda en los que se ven implicados hijos con discapacidad mayores de edad.

La ausencia de una regulación que solventara el régimen de visitas en los supuestos en que existieran hijos con discapacidad mayores de edad, implicaba, muchas veces, sobreprotegerlos. Observamos una tendencia a preservar los deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad a partir de la Convención, pero muchas veces acaban aniquilados por una regulación cuya tendencia era aparcar a la persona mayor con discapacidad y focalizar la atención en unos progenitores abatidos muchas veces por dichas situaciones. La actual regulación sitúa en plano de igualdad los derechos de las partes: los de los hijos mayores de edad con discapacidad y los de los progenitores, otorgando más protagonismo a los primeros cuando deba establecerse un régimen de visitas.

## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009)
- STS de 11 de febrero de 2011 (Roj: STS 505/2011)
- STS de 30 de mayo de 2012 (Roj: STS 3791/2012)
- STS de 7 de julio de 2014 (Roj: STS 2622/2014)
- STS de 30 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3908/2014)
- STS de 20 de octubre de 2014 (Roj: STS 4233/2014).
- STS de 17 de julio de 2015 (Roj: STS 3441/2015)
- STS de 28 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4281/2016)
- STS de 19 de enero de 2017 (Roj: STS 113/2017)
- STS de 7 de marzo de 2017 (Roj: STS 851/2017)
- STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020)
- SAP de Valladolid de 22 de octubre de 1999 (Roj:SAP VA 1544/1999)
- SAP de Granada de 5 de abril de 2003 (Roj: SAP GR 884/2003)
- SAP de Tarragona de 30 de julio de 2003 (Roj: SAP T 1162/2003)
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005)
- SAP de Barcelona de 6 de abril de 2006 (Roj: SAP B 3692/2006)
- SAP de Málaga de 2 de enero de 2007 (Roj: SAP MA 229/2007)
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008)
- SAP de Zaragoza de 7 de octubre de 2008 (Roj: SAP Z 2821/2008)
- SAP de Álava de 21 de febrero de 2008 (Roj: SAP VI 32/2008)
- SAP de Málaga de 24 de septiembre de 2009 (Roj: SAP MA 2543/2009)
- SAP de Barcelona de 2 de noviembre de 2010 (Roj: SAP B 9995/2010)
- SAP de Burgos de 14 de julio de 2011 (Roj:SAP BU 617/2011)
- SAP de Valencia de 18 de abril de 2012 (Roj: SAP V 812/2012)

- SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013)
- SAP de Pontevedra de 17 de julio de 2014 (Roj: SAP PO 1750/2014)
- SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2014 (Roj: SAP B 13526/2014)
- SAP de Málaga de 17 de diciembre de 2015 (Roj: SAP MA 3800/2015)
- SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015 (Roj: SAP M 17567/2015)
- SAP de Madrid de 13 de octubre 2017 (JUR\2018\29930)
- SAP de Málaga de 23 de noviembre de 2017 (Roj: SAP MA 3520/2017)
- SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj: SAP CO 1/2018)
- SAP de León de 23 de noviembre de 2018 (Roj: SAP LE 1237/2018)
- SAP de Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj: AAP C 608/2019)
- SAP de Madrid de 18 de junio de 2019 (Roj: SAP M 10852/2019)
- SAP de Murcia de 14 de noviembre de 2019 (Roj: SAP MU 2320/2019)
- SAP de Málaga de 30 de enero de 2020 (Roj: SAP MA 1226/2020)
- SAP de Cádiz de 27 de marzo de 2020 (Roj: SAP CA 723/2020)
- SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020)
- SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 (Roj: SAP CA 1417/2020)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas, reclamación judicial*, Madrid: Tecnos.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, 45. En línea, disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26973/28654>.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2005). Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, núm. 6 (11-111).
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales. *Revista doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm. 3 (2479-2512).
- CASAS PLANES, M.D. (2010). Breve reflexión acerca del futuro de la incapacidad judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007), En S. de Salas Murillo (Coord.). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: La Justicia de Aragón. (477-498).
- CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas. *Tratado de Derecho de familia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Vol II, 2.ª edición. (381-608).
- CRESPO ALLUÉ, F. (1986). Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés. *RDP*, núm. 3 (195-220).
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *RCDI*, núm. 777, (13-90).

- DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. (2017). El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar. *RCDI*, núm. 759, (345-369).
- DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico práctica española*. Madrid: Reus.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. *Actualidad Civil*, núm. 21, mayo. (553-581).
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P.
- (2008). La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad *AAMN*, tomo LVIII. (143-192).
  - (2017). La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En M. García Goldar y J. Ammerman Yebra (Dir.). *Propuestas de modernización do Dereito*. Santiago de Compostela, Editores Xunta de Galicia. (7-18).
  - (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *RDC*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre. (29-60).
  - (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Artículo monográfico, junio, SP/DOCT/114070 (1-17).
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2008). La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés. En J. Gómez Gállego (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, t. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (515-580).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.
- (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: Reus.
  - (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero (Dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. (145-151).
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril. En F. Blasco Gascó (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, Vol. 1. (1325-1336).
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado. En R., Martínez Die. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas.
- MARÍN LÓPEZ, J.M. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 5.<sup>a</sup> Ed. (238-240).
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013 de 29 de abril). *La Ley. Derecho de familia*.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). El derecho de visitas en la reciente praxis judicial. *Aranzadi Civil*, Tomo 1. (145-168).
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2021). Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas. En E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara (dirs). *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. Madrid: Wolters Kluwer. (303-368).
- MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021. *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021. (1-12).
- ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Madrid: Wolters Kluwer.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al aparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. *La Ley 7947/2021, Diario La Ley, núm. 9892*, Sección Tribuna, de 15 de julio, Wolters Kluwer.
- OTERO CRESPO, M. (2022). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (dirs). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. (125-129).
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A. (2019). La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *AAMN*, tomo 59. (471-494).
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil, *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre). (5-28).
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre.
- (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En M. Pereña Vicente (Dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid; Dykinson. (119-141).
- PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.<sup>a</sup> C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho privado y constitución*. Núm. 23. (335-368).
- QUESADA GONZÁLEZ, C. (2019). *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus.
- RIVERO HERNANDEZ, F. (1997). *El derecho de visita*, Universidad de Navarra, servicio de publicaciones.
- RIVEROS FERRADA, C. (2021). La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán. *La Ley Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021. (1-11).
- RUBIO TORRANO, E. (2009). La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 2. (2115-2118).

- SERRANO CASTRO, F. (2010). *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: El Derecho.
- SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En E. Muñiz Espada (Dir.). *Contribución para una reforma de la discapacidad*. Madrid: Walters Kluwer. (69-87).
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. BIB 2021\3733 *Aranzadi digital* núm. 1.
- TAMAYO HAYA, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal. *RCDI*, núm. 700. (667-712).
- TORRELLES TORREA, E. (2021). Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad, *Revista Catalana de Dret Privat (RCDP)*. vol. 24. (11-47).
- TORRES COSTA, M.<sup>a</sup> E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: BOE (Derecho Privado), Madrid.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. (2018). El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 131. (p. 8).
- VARELA AUTRÁN, B. (2008). La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras. En M.A. Martínez García (coord.). *La defensa jurídica de las personas vulnerables: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. (73-124).
- VIÑAS MAESTRE, M.D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. *Indret*, [En línea], núm. 3, disponible en <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>
- VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, núm. 5.
- (2012) *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración y apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: Observatorio estatal de la discapacidad. FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad).

## NOTAS

<sup>1</sup> Así nos lo recuerda la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020).

<sup>2</sup> Buen ejemplo de ello es la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LO 8/2021), que a pesar de ser posterior a la Ley 8/2021, aun se refiere, en alguno de los preceptos reformados, indistintamente y con poca claridad a la «capacidad judicialmente modificada» o a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección» (art. 544 ter.7 LECrim al que nos referiremos más adelante).

Además, a pesar de la reforma, hay leyes que aun arrastran la antigua terminología y que es preciso reformar, como las leyes sanitarias. A título de ejemplo, la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia

de información y documentación clínica. Advierte la necesidad de reformas de otras leyes GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *SP/DOCT/114070, Artículo monográfico*, junio, 2.

<sup>3</sup> El GP Vox ha interpuesto el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 contra el artículo segundo apartados 10 y 19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, lo que afecta a los artículos 94 y 156 del Código Civil (BOE de 16 de octubre de 2021).

<sup>4</sup> Nos recuerda la SAP de Málaga de 13 de mayo de 2005 (Roj: SAP ML 153/2005), que solo procede régimen de visitas si los padres viven separados, no si viven en la misma vivienda.

<sup>5</sup> Incluso en estos casos, como advierte acertadamente GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 146, «incluso, en los supuestos de atribución de la custodia compartida, si la alternancia es amplia, deberá fijarse un tiempo para la relación con el progenitor al que no le corresponda la guarda en ese momento».

<sup>6</sup> Actualmente, a nivel legislativo, se observa un uso indistinto de las expresiones «régimen de comunicación y estancia», «régimen de visitas», «régimen de visitas, comunicación o estancia», etc. Terminológicamente, la expresión «régimen de visitas» ha sido criticada prefiriéndose la expresión «relaciones personales» (en este sentido, observamos que el artículo 92.10 del Código Civil reformado en la disposición final segunda de la LO 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, usa la expresión «estancia, relación y comunicación»). A título de ejemplo, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*. Madrid: Wolters Kluwer, 21; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2005). Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003 de 21 de noviembre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*. núm. 6 *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*. núm. 6, 47; RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1997). *El derecho de visita*. Universidad de Navarra, servicio de publicaciones, 23.

El artículo 94 del Código Civil también se ve afectado por este uso variado de expresiones, sin un criterio uniforme (lo mismo sucede en el artículo 544 ter LECrim al que aludiremos). Respetaremos el uso de los términos del legislador en los distintos apartados del artículo 94 del Código Civil.

<sup>7</sup> Como afirma, ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia...*, *op cit.*, 71, «el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse con un desarrollo integral de su personalidad».

<sup>8</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: REUS, 236.

<sup>9</sup> Por todos, CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L. (2017). Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II). En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir). *Tratado de Derecho de familia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Vol II, 2.<sup>a</sup> edición, 476.

A nivel jurisprudencial se insiste también en esta perspectiva. Por todas: SAP de Madrid de 22 de marzo de 2019 (Roj: SAP M 3961/2019): «el régimen de visitas a que alude el referido artículo 94 del Código Civil consagra un derecho-deber que tiene por finalidad fomentar las relaciones humanas paterno filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separa-

ción convivencial no se vean afectados por las desavenencias de sus padres». Existe un interés mutuo en el trato y relación de padres e hijos.

<sup>10</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 239.

<sup>11</sup> Veremos más adelante que la nueva redacción del artículo 94 del Código Civil prefiere referirse a «circunstancias relevantes» en vez de «graves circunstancias».

<sup>12</sup> Como se señala en múltiples sentencias, por todas, SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008), el régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, por su propia naturaleza y por tratarse de un derecho que actúa para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos y su mantenimiento y desarrollo. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. Es un complejo derecho-deber cuyo cumplimiento no tiene por finalidad únicamente dar cumplimiento a los deseos de los progenitores, sino principalmente satisfacer las necesidades afectivas y educacionales, de forma amplia, de los hijos, en aras de un desarrollo íntegro de su personalidad y equilibrio.

<sup>13</sup> Como señala VARELA AUTRÁN, B. (2008). La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras. En M.A. Martínez García (coord.). *La defensa jurídica de las personas vulnerables: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 87, el establecer una medida única de carácter legal, por más que la misma pueda resultar graduable y modificable, como ocurre con la incapacidad judicial, para suplir las deficiencias intelectivas de las personas discapacitadas, no resulta, en el tiempo presente y dada la integración llevada a cabo de dichas personas, la solución más óptima y proporcionada para conseguir el adecuado autogobierno y la programática igualdad de las mismas.

<sup>14</sup> Desde hace años eran numerosas las voces que proponían prescindir del proceso de incapacitación y la subsiguiente tutela o, al menos, limitarlos a aquellas personas con deficiencias más graves en las que eran inoperantes las alternativas, debiendo en todo caso adaptar la incapacitación a las necesidades individuales de cada persona. Así, a título de ejemplo, LENA FERNÁNDEZ, R. (2000). El tráfico jurídico negocial y el discapacitado. En R. Martínez Die (Coord.). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas, 185; CASAS PLANES, M.D. (2010). Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007). En S. de Salas Murillo (coord.). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 479; PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre; (2018) La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En M. Pereña Vicente (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Dykinson, 119 y sigs.; CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *RCDI*, núm. 777, 13 y sigs.

<sup>15</sup> La entrada en vigor de la Convención generó la duda de si las vigentes medidas modificativas de la capacidad de obrar de nuestro ordenamiento en aquel momento eran acordes a los principios contenidos en ella. La STS de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009) resolvía una cuestión prejudicial, señalando la adecuación del procedimiento de incapacitación a la Convención. Esta sentencia, interpretando la normativa del Código Civil en materia de incapacitación a la luz de la Convención, señala que «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado» (esta reflexión se

reitera en múltiples sentencias posteriores: STS de 11 de octubre de 2012, 24 de junio 2013 y 24 de junio de 2014, o a nivel provincial, por todas, SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020 Roj: SAP CA 1417/2020). Más recientemente la STS de 3 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4050/2020) afirma que «el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y curatela. Junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención».

<sup>16</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>ª</sup>A. (2019). La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, *AAMN*, tomo 59, 473 advierte que «La Sala Primera ha reiterado que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención».

<sup>17</sup> GARCÍA RUBIO, M.P. (2006). La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En M. García Goldar y J. Ammerman Yebra (dir.). *Propuestas de modernización do Dereito*. Santiago de Compostela: Editores Xunta de Galicia, 11, manifiesta que este sistema de sustitución en la toma de decisiones, tiene un «carácter eminentemente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad», advirtiéndonos de que la Convención rompe con este modelo.

Este cambio es acorde con las directrices emanadas de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 23 de febrero de 1999, sobre «Los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados», que hace referencia expresa al «principio de flexibilidad en la respuesta jurídica». Para ello establece las siguientes bases: 1.º. «Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquellas definir la selección de los medios elegidos... 3.º. Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes... 5.º. Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa. Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado».

<sup>18</sup> La capacidad jurídica incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. No equivale al concepto de personalidad jurídica, sino que incluye la capacidad de ejercer tales derechos (lo que era la capacidad de obrar hasta ahora).

<sup>19</sup> Para un estudio más detallado puede consultarse el número monográfico sobre el tema en la *RDC* vol. V, núm. 3, 2018. También lo tratan, entre otros, PEREÑA VICENTE, La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación..., *loc cit*; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril. En F. Blasco Gascó (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch, Vol. 1, págs. 1325-1326; RUBIO TORRANO, E. (2009). La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York. *Aranzadi civil: revista*

doctrinal, núm. 2, págs. 2115-2118; VIVAS TESÓN, I. (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, mes 5, 3 y sigs.; o (2012) *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración y apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad).

Las opciones internacionales pasan por reformar completamente el modelo de protección prescindiendo de la incapacitación (es la propuesta de las reformas españolas de 2018 y 2020), o mantenerlo complementado con figuras que actúen como alternativa limitándose a realizar una labor de asistencia y no tanto de representación. Esta última es la opción adoptada en Francia, y en la regulación del Derecho de personas en Cataluña. PAU PEDRÓN, De la incapacitación al apoyo..., *loc. cit.*, 9, considera que no aciertan aquellos ordenamientos que ponen en primer plano el «interés» frente a la «voluntad», siendo partidario de que hay que dar preferencia a esta última. Y solo cuando esta voluntad no pueda expresarse ni reconstruirse, entrará en juego el criterio del interés.

<sup>20</sup> Realiza un análisis de los objetivos y contenido de esta regulación, RIVEROS FERRADA, C. (2021). La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán. *LA LEY Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021, o GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. *Actualidad Civil*, núm. 21, mayo, 553 y sigs.

<sup>21</sup> Sobre la reforma, cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2008). La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés. En J. Gómez Gállego (Coord.). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. t. I. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 515 y sigs.; CASAS PLANES, Breve reflexión..., *loc. cit.* 485 y sigs.; CRESPO ALLUÉ, F. (1986). Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés. *RDP*, núm. 3, 195 y sigs.

<sup>22</sup> En Italia, se ha instaurado una figura denominada «Amministratore di Sostengo» —que podemos traducir como administrador de apoyo— por la Ley 6, de 9 de enero de 2004, que ha recibido el refrendo de su constitucionalidad por sentencia de la Corte Costituzionale de 9 de diciembre de 2005.

<sup>23</sup> En Quebec, el Código Civil aprobado en 1991, como regímenes de protección admite que puede nombrarse un tutor o un curador para representar al mayor con discapacidad, o un «conseiller» para asistirle (art. 258). Este se nombrará judicialmente para aquel que, si bien tiene aptitud generalmente para actuar y administrar sus bienes por sí solo, necesita para ciertos actos o en ciertos momentos, de ser «asistido» o «conseillé» en la administración de sus bienes (art. 291 y sigs.).

<sup>24</sup> Fue pionero en este sentido el Derecho alemán que en enero de 1992 derogó la declaración de incapacitación de las personas adultas creando la figura de la asistencia jurídica a través de la «Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft fuer Volljährige-Betreuungsgesetz», ley que se ha modificado en reiteradas ocasiones siendo la más reciente la reforma operada el 12 de mayo de 2021 a través de la «Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrecht».

<sup>25</sup> Una buena definición de lo que significa «apoyo» en GARCÍA RUBIO, La esperada nueva regulación..., *loc. cit.*, 11. Interesante también la interpretación del término «apoyo» en el comentario al artículo 12 párrafo 3 (17) de la Convención de Nueva York, en la Observación general Núm. 1 (2014) CRPD/C/GC/1. 5. (disponible en: <http://www.convenziondiscapacitad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>).

<sup>26</sup> En este sentido, hay que reconocer que, especialmente tras la reforma de la incapacitación de 1983, la incapacitación no fue un sistema uniforme y aplicable en igual medida a todos los que precisaran la adopción de medidas de ejercicio de la capacidad: el régimen de protección y guarda se adaptaba a las necesidades de cada persona, precedido de un procedimiento judicial con mayores garantías.

<sup>27</sup> Apuntamos, sin detenernos, que la Ley 8/2021 ha supuesto la supresión de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, manteniendo únicamente el concepto de capacidad jurídica predicable para todo ser humano.

El concepto de proporcionalidad que utiliza la Convención no es excluyente de medidas representativas de la capacidad jurídica, siempre que así se requieran, pero son muy excepcionales. Lo señala, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C. (2009). La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, *Derecho privado y constitución*, núm. 23, 349. Sin embargo, no es el mecanismo prioritario como ha sido hasta ahora en la mayoría de las ocasiones, sino muy excepcional sin olvidar que «en todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones» (Comentario al artículo 12 párrafo 3 (18) de la Convención de Nueva York, en la Observación general núm. 1, *loc cit*, 5).

En los casos más graves, en los que la discapacidad de la persona le impide realizar totalmente actos de trascendencia jurídica, de no establecer alguna medida de sustitución de su capacidad jurídica, supondría la privación a la persona con discapacidad de la posibilidad de actuación en el ejercicio y defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad. Se requiere, eso sí, que se establezcan las garantías necesarias para que la medida sustitutiva de la capacidad jurídica se adopte *solo* en los casos estrictamente necesarios y mediante el establecimiento de cautelas y salvaguardas que permitan asegurar que la sustitución de la capacidad en tales situaciones se realice en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. Por tanto, la sustitución es una vía excepcional y extrema.

<sup>28</sup> GARCÍA RUBIO, La esperada nueva regulación..., *loc cit*, 11. Insiste en ello con un estudio de derecho comparado en GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 32 o 53, y (2017). La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. *AAMN*, tomo LVIII, 164-165.

<sup>29</sup> PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *RDC*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 8 y 9. Véase también ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 132 y sigs.

<sup>30</sup> GARCÍA RUBIO, Contenido y significado..., *loc cit*, 6. La autora es consciente de los casos límite o difíciles en los cuales el apoyo debe ser sustitutivo, pues la persona con discapacidad no puede formar su voluntad ni expresarla y además, carece de trayectoria vital que pueda interpretarse, y admite «que en estos casos tan excepcionales la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado se me ofrece como la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ámbito jurídico, por más que reconozco que ni siquiera en este tipo de hipótesis admite el Comité la actuación por sustitución» (7 y 14).

<sup>31</sup> Al respecto puede consultarse MORO ALMARAZ, M.J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021. *La Ley. Derecho de familia*, núm. 31, sección A Fondo, Tercer Trimestre, La Ley 9532/2021.

<sup>32</sup> En esta línea, la exposición de motivos del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, identificaba claramente una de las cuestiones a replantear en lo relativo a los instrumentos de protección de las personas con algún tipo de discapacidad: «Se trata de que no siempre sea necesaria la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la enfermedad psíquica se une la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar». Se remarcaba también que «la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida». Una de las novedades más llamativas

del Libro II del Codi civil de Catalunya es la llamada «asistencia» como nuevo instrumento de protección, destinado a mayores de edad con alguna disminución «no incapacitante» de sus facultades físicas o psíquicas, por lo que necesitan un apoyo tanto en lo relativo a su persona como a su patrimonio. De su regulación resulta que estamos ante un instrumento cuya principal diferencia con la tutela y la curatela es que no requiere la previa declaración de incapacidad, la cual se sustituye por la declaración de asistencia y el nombramiento de asistente. Puede consultarse QUESADA GONZÁLEZ, C. (2019). *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*. Madrid: Reus.

<sup>33</sup> Para un estudio de las novedades introducidas por la Ley 8/2021, GARCÍA RUBIO, Contenido y significado..., *loc cit*. La autora enumera los puntos principales de la reforma: no se da una definición de discapacidad; desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; no se contempla el criterio del «mejor interés de la persona con discapacidad»; el único criterio de actuación es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad; se reconoce el derecho al apoyo, pero no se contempla de modo expreso la facultad de renunciar a él; respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en los apoyos; atención bifronte, pues se trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales de la persona con discapacidad; restricción máxima de los supuestos en los que se permite la sustitución en la forma de decisiones de las personas con discapacidad; junto con los apoyos se establecen salvaguardas; es una ley destinada a los mayores de edad.

<sup>34</sup> Como señala la STS de 19 de enero de 2017 (Roj: 113/2017) «la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con distintas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

<sup>35</sup> En las enmiendas presentadas al Proyecto de 2020 el 9 de diciembre de 2020, no consta ninguna al artículo 94 del Código Civil del Proyecto. Puede consultarse en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-2.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-2.PDF). Sin embargo, sí se incorporaron modificaciones en el Senado.

<sup>36</sup> Los apartados cuarto y quinto han sido recurridos por inconstitucionalidad: Recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 (BOE 16 de octubre de 2021). OTERO CRESPO, M. (2022). Comentario al artículo 94 del Código Civil. En M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz (dirs). Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 126 y 128, considera que insertar estas cuestiones en el artículo 94 responde en esencia a motivos de oportunidad política y critica la falta de rigor técnico de los nuevos párrafos.

<sup>37</sup> El *Informe sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de la Secretaría General del CGPJ* del 28 de noviembre de 2018, 54, se refería a los «procedimientos de separación, nulidad y divorcio». Sin embargo, ni el Anteproyecto de 2018 ni en el Proyecto de 2020 se referían a la «nulidad», pero se ha añadido cuando el proyecto pasó por el Senado el 11 de mayo de 2021.

<sup>38</sup> En el *Informe sobre el Anteproyecto...*, *op cit*, 55, el CGPJ advierte que junto al modo debe entenderse el «tiempo y lugar».

<sup>39</sup> El derecho de audiencia al que alude la norma abarca a los hijos menores y a los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados, pues el precepto alude a los «párrafos anteriores».

<sup>40</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit.*, 147 y 148, considera que, al igual que el apartado sexto del artículo 94 del Código Civil advierte que se tenga presente la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad para el caso de establecer un régimen de comunicación y estancia *ex artículo 160* del Código Civil, también debería haberse incluido esta referencia en el apartado segundo.

<sup>41</sup> Entre las medidas de apoyo típicas, la guarda de hecho es la que aparece como «medida informal», porque no necesita un acto de constitución.

<sup>42</sup> TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: BOE, Derecho privado, 257, comentando el Anteproyecto de 2018, considera que «parece un poco incoherente la asunción de la incapacidad para decidir por sí solos, con el requisito de su audiencia en el pleito. Quizás debiera hacerse hincapié en el nuevo texto en la finalidad de esta audiencia, que sería precisamente la de fijar su voluntad, gustos y/o preferencias, lo cual evidenciaría que el hijo con discapacidad sí tendría capacidad para decidir por sí solo, aunque con necesidad de asistencia o de ajustes de procedimiento».

<sup>43</sup> Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit.*, 151, que «el juez, en la comparecencia, determinará si es el hijo mayor de edad con discapacidad quien adopta la libre decisión. Verificará, por tanto, la ausencia de influencia indebida y manipulación; o si, por el contrario, le corresponde a él determinar el régimen de visita, comunicación o estancia, atendidas las circunstancias del caso, pero, sobre todo, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias expresados por el hijo mayor de edad».

<sup>44</sup> Un supuesto especial de suspensión lo observamos en el artículo 158 del Código Civil, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Respecto a los hijos menores señala que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: «6.º *La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma*».

<sup>45</sup> Reconoce que «se atenúan, de graves a relevantes, el tipo de circunstancias concurrentes», el Dictamen 5/2018 del Consejo económico y social (CES) de 24 de octubre de 2018 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 7. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/5183810/Dic052018.pdf/faf267a1-29ce-24c0-ac2e-2a7611f95bf0>

<sup>46</sup> ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021). La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al aparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio. La Ley 7947/2021, *Diario La Ley*, Núm. 9892, Sección Tribuna, de 15 de julio, Wolters Kluwer, 8 tras reconocer la dificultad que ya suponía determinar cuándo existían «graves circunstancias» para suspender o limitar el régimen de visitas comunicación o estancias, «calificar ahora como relevantes las circunstancias que pueden amparar tan gravosa decisión para el interés superior de menor como la que nos ocupa genera mayores dificultades interpretativas y sobre todo, camina hacia una opción eminentemente práctica, tal vez como cajón residual en el que ubicar la solución a los supuestos no acogidos en las demás hipótesis, por muy difícilmente imaginables que nos resulten para una decisión de tal calado».

<sup>47</sup> A través de la enmienda 94 del GPN, en el Senado se introducen dos nuevos párrafos en el artículo 94 del Código Civil alegando, simplemente, que «se prevén los supuestos en los que no procederá el establecimiento del régimen de visitas en coherencia con las previsiones del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia». *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 27-5 de 20 de mayo de 2021 (Enmiendas del Senado

mediante mensaje motivado, disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-5.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-5.PDF)

<sup>48</sup> Como advierte GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit*, 149 «tales supuestos quedaban ya englobados en la regulación anterior y, en particular, en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, de 24 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

<sup>49</sup> El Decreto Ley 26/2021 de 30 de noviembre de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña en relación a la violencia vicaria, reforman los artículos 233-11 y 236-5 del Código Civil de Cataluña, advirtiendo en su preámbulo que «para proteger de manera más efectiva y a tiempo a la hija y el hijo, no hace falta esperar a la sentencia para adoptar la medida. Se hace referencia expresa a las comunicaciones, además de las estancias. Con la prohibición de las comunicaciones se va más allá de la protección física de las personas menores de edad, ya que se parte del criterio de que las comunicaciones también perjudican a los niños y los adolescentes. Excepcionalmente, en el apartado 4 de este artículo 233-11 se posibilita que, de forma motivada, la autoridad judicial pueda acordar que se puedan hacer estancias o comunicaciones en interés superior del niño. Se considera que no se entendería que se excluyan de forma general, sin posibilidad de excepción. En todo caso, se debe escuchar al niño o adolescente, si tiene capacidad natural suficiente, y la justificación se debe tomar en interés de la persona menor. En el artículo 236-5 se ha incluido una prohibición genérica en la misma línea, en el contexto de la potestad parental».

<sup>50</sup> Estar incurso en un proceso penal por delito contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad o indemnidad sexual, parece que abarcaría las diversas fases del proceso penal: desde la instrucción hasta la conclusión de la ejecución a través de sentencia firme de condena.

<sup>51</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Comentario al artículo 94 del Código Civil..., *op cit*, 148 y 149, considera afortunada dicha excepción.

<sup>52</sup> SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad. BIB 2021\3733 *Aranzadi digital* núm. 1, 8.

<sup>53</sup> Curiosamente el precepto solo hace referencia a las visitas, no al derecho de comunicación o estancia, pero deben considerarse incluidas.

<sup>54</sup> SOSPEDRA NAVAS. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio..., *loc cit.*, 8. El autor alerta sobre el hecho de que «la suspensión perceptiva de las visitas puede provocar disfunciones en los casos en que el proceso penal y el civil se sustancien ante órganos distintos (...), pues es indudablemente la interrelación entre el objeto del proceso penal y los indicios existentes, con la medida civil de la suspensión de las visitas y comunicación, dada su naturaleza cautelar, de medida cautelar de protección de la persona vulnerable. La cuestión es que, al establecerse de forma automática y trasladarse la competencia al juez civil, el justificante de la incoación del proceso penal es suficiente para que se decrete la suspensión de las visitas, abstracción hecha de la gravedad de los hechos, el peligro potencial que se deriva para las personas protegidas y de los indicios existentes». ORTEGA CALDERÓN, J.L. La suspensión..., *loc cit*, 1 y 2, también es crítico con estos nuevos apartados que considera una «reforma radical» añadiendo que hubiera sido más adecuado que se incluyera la reforma del artículo 94 del Código Civil en la Ley 8/2021 de 4 de junio junto con dos artículos más reformados por esta última ley: el 92 del Código Civil y 544 ter-7 LECrim que coincide parcialmente con el artículo 94 del Código Civil. Puede consultarse la obra del autor en la que se explica el origen de los apartados 94.4 y 5 del Código Civil en el Pacto de Estado contra la violencia de género (p. 3), y se anuncia una posible inconstitucionalidad del artículo 94 del Código Civil por el juego de rangos normativos con las normas mencionadas, entre otras (p.6). FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 209, se adhiere a las críticas «en cuanto sin una sentencia firme —digamos provisionalmente en el curso del

procedimiento, no bastando indicios—, no debería ser posible privar a un progenitor de su derecho de relación con un menor».

<sup>55</sup> Dice el artículo 544 ter-7.III: «Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial». Se establece una suspensión automática del régimen de visitas como contenido de la orden de protección. Lo curioso es que en este apartado no se haga referencia a las personas con discapacidad, como sí se hace en el artículo 94.4 del Código Civil. Todo apunta a una descoordinación legislativa.

<sup>56</sup> ORTEGA CALDERÓN, La suspensión..., *loc cit.*, 6 y 15.

<sup>57</sup> Vid artículo 160.2 del Código Civil.

<sup>58</sup> Como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2021). Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas. En E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y E. TORAL LARA (dirs). El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento. Madrid: Wolters Kluwer, 334, se han introducido dos cambios: se amplía el número de personas respecto a las que la autoridad judicial va a reconocer el derecho de comunicación y visitas y se reconoce el derecho no solo respecto del menor sino también del mayor con discapacidad.

<sup>59</sup> A título de ejemplo, STS de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 8462).

<sup>60</sup> Aunque indirectamente puede ser decisiva la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pues se permite suspender o limitar el régimen de visitas si existen circunstancias relevantes (art. 94.3 CC).

<sup>61</sup> El artículo 160.2 del Código Civil se aplica a los casos de crisis matrimonial, a los casos en que exista despreocupación de los progenitores en que sus hijos se relacionen con dichas personas o en los casos de fallecimiento de uno de los progenitores si conlleva la imposibilidad de que se vea el hijo con la familia del fallecido.

<sup>62</sup> Quizás sería preciso añadir «y emancipado» para ser coherente con los otros apartados del artículo 94 del Código Civil.

<sup>63</sup> Criticó esta ausencia del Anteproyecto el *Informe sobre el anteproyecto... op cit*, del CGPJ, 55: «una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas».

<sup>64</sup> Existe cierta polémica en torno al interés superior del incapaz, en concreto en mantenerlo o suprimirlo. PARRA LUCÁN, La protección de las personas con discapacidad..., *loc cit.*, 484 considera que «el interés superior del discapaz —sentencia de 19 de noviembre de 2015—, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, vida e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual, por parte de quien asume el cuidado» (insiste en la misma línea en las páginas 485 y 486).

<sup>65</sup> Como advierte GARCÍA RUBIO, La esperada nueva..., *loc cit.*, 11, las medidas de salvaguarda a las que alude el artículo 12.4 de la Convención, «estarán destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber

hecho un esfuerzo considerable, el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias». Por consiguiente, debe de quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas».

<sup>66</sup> PAU PEDRÓN, De la incapacitación al apoyo..., *loc cit.*, 9.

<sup>67</sup> Hay que destacar, sin embargo, que nos movemos en el ámbito de crisis familiares (conflictos entre hermanos, esencialmente, privando uno de ellos la visita a sus progenitores a otro u otros hermanos), no en el de las crisis matrimoniales. Por ello, quizás su ubicación no sería tanto en este artículo 94 como en el artículo 160 del Código Civil.

El tema se ha analizado en TORRELLES TORREA, E. (2021), Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad, *Revista Catalana de Dret Privat (RCDP)* vol. 24. 11-47.

<sup>68</sup> Para un estudio de ello, QUESADA GONZÁLEZ, *La asistencia y otras instituciones de protección...*, *op cit.*

<sup>69</sup> TORRES COSTA, M.<sup>a</sup> E., *La capacidad jurídica...*, *op cit.*, 257.

<sup>70</sup> Podrá tener en cuenta o valorar los informes que considere pertinentes, el del Ministerio Fiscal, etc. La duda es si el juez puede acudir al interés superior de la persona con discapacidad para resolver este caso. Como se ha indicado *supra*, la LRAPD suprime cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad como herramienta para decidir sobre medidas de apoyo u otras cuestiones previstas en la ley. Pero para tomar decisiones en estos casos tan extremos en los que no hay alternativas para conocer la voluntad o deseos de la persona con discapacidad, quizás sí pueda ser útil. En estos casos, llamémosle o no interés superior de la persona discapacitada, es evidente que el juez decidirá lo que considere que mejor puede beneficiar o ayudar a dicha persona.

<sup>71</sup> Así lo establece el actual artículo 94 del Código Civil.

<sup>72</sup> GARCÍA RUBIO, Las medidas de apoyo..., *loc cit.*, 31 y sigs.

<sup>73</sup> Este derecho lo encontramos previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 6); Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 13); la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 12); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1992 (art. 24); Convenio de La Haya de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de los niños (art. 23); Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (art. 3); Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Considerando 19, 33, artículos 11 y 42, en sede de sustracción internacional de menores).

<sup>74</sup> Como pone de manifiesto DELGADO SÁEZ, J. (2020). *La guarda y custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico práctica española*. Madrid: Reus, 173, nota 149, «el derecho del menor a ser escuchado y a manifestar sus opiniones y deseos es tal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado al Estado español en sentencia de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias contra España (23298/12) a indemnizar a la madre de dos hijas menores por vulneración por la justicia española del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ante el rechazo del juez de oír personalmente a la hija mayor de doce años y la ausencia de toda motivación por parte de aquel para rechazar tal petición, el Tribunal considera que la Sra. I.C. se ha visto indebidamente privada de su derecho a que sus hijas menores sean oídas personalmente por el juez, a pesar de lo dispuesto en la normativa interna aplicable, sin que haya sido aportado ningún remedio a tal privación por las jurisdicciones superiores al resolver los recursos planteados».

<sup>75</sup> La STS de 7 de marzo de 2017 (Roj: STS 851/2017), afirma que «cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio».

<sup>76</sup> Suele afirmarse que por debajo de los 7 años no se considera apropiado ser oído a no ser que sea imprescindible. *Vid.* ACEVO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas, reclamación judicial*. Madrid: Tecnos, 48.

<sup>77</sup> Como pone de manifiesto DELGADO SÁEZ, *La guarda...*, *op cit.*, 176, *apoyándose en doctrina a la cual nos remitimos* «existe obligatoriedad de escuchar al menor mayor de doce años en los procesos contenciosos, pero, esta obligación desaparece en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que la audiencia será decidida por el juez en función de su necesidad o no, o solicitada por alguna de las personas a las que nos hemos referido».

<sup>78</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1994). El derecho de visitas en la reciente praxis judicial. *Aranzadi Civil*, Tomo 1, 154.

<sup>79</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2017). El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar. *RCDI*, núm. 759, 349.

<sup>80</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. (2018). El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 131, 9.

<sup>81</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales. *Revista doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm 3, 14; SERRANO CASTRO, F. (2010). *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: El Derecho, 82; VIÑAS MAESTRE, M.D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. *Indret*, [En línea], núm. 3, disponible en <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>, 28-32; MARTÍNEZ CALVO, J. (2013). Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013 de 29 de abril). *La Ley. Derecho de familia*, mayo, 8; DE LA IGLESIA MONJE, El derecho a ser escuchado..., *loc cit.*, 349.

<sup>82</sup> GARCIA RUBIO, La esperada nueva..., *loc cit.*, 12; o TAMAYO HAYA, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal, *RCDI*, núm. 700, 696.

<sup>83</sup> También alude a este derecho la SAP de Segovia 9 de julio de 2020 (Roj: SAP SG 300/2020): destaca el defecto durante procedimiento de la falta audiencia de la persona con discapacidad, mayor de edad interna en un centro, para establecer un régimen de visitas con sus hermanos. El juez pone de evidencia que mucha normativa exige dicha audiencia y no se ha tenido en cuenta en el caso debatido».

Sin embargo, no siempre se observa la preocupación por la audiencia de discapacitado: en la SAP de Las Palmas de 1 de febrero de 2018 (Roj: SAP GC 196/2018), se discute de qué modo ha de llevarse a efecto el régimen de comunicación y estancias de un padre con un hijo mayor de edad discapacitado (no judicialmente) cuya guarda de hecho corresponde a la madre que vive en Fuerteventura y el padre en Gran Canaria. Se establece un régimen de desplazamientos para el hijo de una isla a otra, aunque en ningún caso se observa en la sentencia interés en saber cuál es la voluntad y deseo de la persona con discapacidad.

<sup>84</sup> Curiosamente el artículo 94 del Anteproyecto de 2018 y el Proyecto de 2020 se olvidaban del derecho de audiencia de los menores (quizás podía entenderse incluido en el 94.2 del Código Civil de dichos textos al afirmar: «La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal», pues se refería a «hijo» sin matizar). La nueva redacción del artículo 94 del Código Civil tras pasar por el Senado subsana este aspecto al añadir en el 94.3 «prevista en los párrafos anteriores». Ya hemos puesto de manifiesto que el artículo 9 LOPJM prevé que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio, en concreto los mayores

de 12 años, deberán ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se decida sobre su guarda y custodia (por todas, STS de 20 de octubre de 2014 Roj: STS 4233/2014).

<sup>85</sup> Para un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la protección de las personas con discapacidad, puede consultarse PARRA LUCÁN, La protección de las personas con discapacidad..., *loc cit*, 473 y sigs.

<sup>86</sup> El proyecto de 2020 suprime la patria potestad prorrogada o rehabilitada, y en su artículo 252 afirma que «Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias». Con alguna variación, también previsto en el artículo 250 Anteproyecto 2018. *Vid.* SERRANO GARCÍA, I. (2020). *Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad*. En E. Muñiz Espada (dir.). *Contribución para una reforma de la discapacidad*. Madrid: Walters Kluwer, 81.

<sup>87</sup> Pero como sucede en el caso, si no se ha rehabilitado la patria potestad, sino que se ha constituido la tutela, era preciso determinar qué juez, el de la crisis matrimonial o el de la incapacidad era el que debía establecer el régimen de visitas del progenitor que no lo tenía consigo. El 171 del Código Civil parecía otorgar preferencia al juez de la incapacidad.

<sup>88</sup> Se debate el problema de la atribución del uso de la vivienda al hijo discapacitado y a la madre titular de la potestad rehabilitada: «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapaces. (...). Al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta la guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación».

<sup>89</sup> Se plantea el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar afirmando que «esta Sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Sí lo ha hecho a propósito del derecho de alimentos, pero no respecto a la atribución de la vivienda. Y el 96 tampoco tiene en cuenta esta condición ni en ningún derecho especial se prevé «posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores a que se refiere la STS de 30 de mayo de 2012. El problema será determinar si entre los apoyos que deben prestarse a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del Código Civil configura este derecho como una medida de protección de los menores tras la ruptura matrimonial y *nunca* con carácter indefinido (en el caso la madre quiere el uso de la vivienda indefinido no de tres años como señala la audiencia). Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con capacidad judicialmente modificada sería contrario al 96 del Código Civil y limitaría otros derechos constitucionales como el derecho de propiedad».

<sup>90</sup> La sentencia continúa afirmando que «Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como

critério determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores».

<sup>91</sup> Cabe advertir que en estos casos el hijo discapacitado era menor de edad.

<sup>92</sup> También otorga un paso de guarda y custodia exclusiva a compartida, a pesar de los conflictos entre los padres en la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018 (Roj: SAP CO 1/2018), aunque cabe señalar que es un supuesto de discapacitado menor de edad.

<sup>93</sup> La sentencia considera que no supone obstáculo alguno a establecerse un régimen de visitas entre padre e hija mayor de edad con discapacidad psíquica del 83% reconocida administrativamente, «el hecho de que no se haya declarado discapaz judicialmente». Pero afirma que no hay que olvidar que la patria potestad se extingue *ope legis* una vez que la hija ha alcanzado la mayoría de edad y por ello considera extinguido el régimen de visitas. Sin embargo, ello obliga a enfocar el tema desde los derechos de la hija con discapacidad mayor de edad y los derechos reconocidos en la CNY, por lo que no procede la extinción del régimen de visitas solicitado por su padre ni privar a la hija de la posibilidad de estar con su padre, disfrutar de su compañía y del tiempo que puedan estar juntos. Y en este sentido procede oír a la hija a la hora de decidir el régimen de visitas. No obstante, la sentencia acaba señalando que el régimen de visitas, en todo caso, deberá determinarse en el correspondiente procedimiento de capacidad respecto de la hija en el que se establecerán las medidas protectoras y beneficiarias para la discapaz, entre ellas la forma de relacionarse con su padre.

También observamos esta tendencia a tener presente la voluntad de la persona, aunque referente a una hija discapacitada menor de edad, en la SAP de Madrid de 18 de julio de 2017 (Roj: SAP M 10657/2017), en la que un padre reclama un régimen de visitas con sus hijos (de 16 y 14 años) con los que no tiene contacto desde hace 8 años. La hija menor es discapacitada: sordomuda. No se otorgan visitas por no quererlo los hijos.

<sup>94</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar...*, *op cit*, 239. Como señala la autora, aunque es cierto que va a influir la competencia y capacidad parental del progenitor a la hora de establecer un régimen de visitas, a su juicio «no tendrá incidencia sobre la privación de la patria potestad, al ser esta una medida a adoptar. En interés del menor, cuando exista una voluntad rebelde del progenitor al cumplimiento de los deberes paterno filiales, un incumplimiento pertinente y voluntario que, en este caso, no existiría».

<sup>95</sup> Aunque nada impide establecer un régimen de visitas a pesar de estar establecida una guarda y custodia compartida.

<sup>96</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar...*, *op cit*, 241.

<sup>97</sup> Insisten en ello el artículo 9.3 sobre la convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre de 1989; el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento europeo en resolución de 18 julio de 1992 o en el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea.

<sup>98</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar...*, *op cit*, 242.

*(Trabajo recibido el 9 de diciembre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 4 de abril de 2022)*



# Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales\*

## *Leasing: contractual, registry and bankruptcy aspects*

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

*Profesora agregada de Derecho mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya*

*RESUMEN:* El artículo analiza las características del contrato de arrendamiento financiero y el papel que juega la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles, tanto del contrato mismo, como de determinadas cláusulas, como la de opción de compra, que pueden constar en él. A partir de ahí, analiza el tratamiento concursal que le otorga el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Se recogen sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de importancia en la materia.

*ABSTRACT:* This paper analyzes the characteristics of the financial lease contract and the role of the registration in the Property Registry and the Movable Property Registry, both of the contract itself and of certain clauses

---

\* Blanca TORRUBIA CHALMETA. Profesora agregada de Derecho mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya. Con mi afectuoso recuerdo al profesor D. José María DE LA CUESTA RUTE.

*that may be in it such as the purchase option. From there, it analyzes the bankruptcy treatment granted by the Spanish Royal Legislative Decree 1/2020 of May 5, which approves the revised text of the Bankruptcy Law. It also collects important judgments of the Supreme Court and resolutions of the General Directorate of Legal Security and Public Faith.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento financiero. *Leasing*. Opción de compra. Arrendador financiero. Arrendatario financiero. Concurso del usuario. Acciones de recuperación. Acción de resolución. Acreedor con privilegio especial.

**KEY WORDS:** *Financial leasing. Purchase option. Financial lessor. Financial lessee. User bankruptcy. Recovery actions. Resolution action. Creditor with special privilege.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BENEFICIO FISCAL DEL *LEASING*.—III. DEFINICIÓN.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO Y DEL DERECHO RESULTANTE: 1. CONTRATO DE FINANCIACIÓN, ATÍPICO, PERO NO COMPLEJO. 2. CONTRATO BILATERAL Y ONEROSO. 3. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ES UN DERECHO REAL EMBARGABLE E HIPOTECABLE.—V. NORMATIVA APLICABLE.—VI. FORMA DEL CONTRATO Y FORMA PARA EL ACCESO AL REGISTRO.—VII. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES: 1. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN DE COMPRA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA LIMITADORA DE LOS DERECHOS DEL USUARIO.—VIII. TRATAMIENTO CONCURSAL: 1. REGULACIÓN. 2. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y *SEPARATIO EX IURE DOMINII*. 3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: LA ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE LOS BIENES CEDIDOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL: *A) La acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento. B) Resolución del contrato de leasing.* 4. LAS CUOTAS DEL *LEASING* COMO CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento financiero o *leasing* —término este último que deriva del verbo inglés *to lease* (arrendar)— surgió en la industria de los Estados Unidos de la necesidad de contar con un instrumento de financia-

ción. No hay acuerdo en la doctrina acerca del momento y sector exactos: para unos aparece a finales del siglo XIX en el ámbito de la construcción de vías de ferrocarril<sup>1</sup>, para otros, en 1936 como consecuencia de una operación concertada por la cadena de California *Safeway Stores Inc.* y, para unos terceros en 1952 con la fundación por el norteamericano *Boothe* de la *United States Leasing Corporation*, cuyo objetivo era garantizar la devolución de los préstamos concedidos por las entidades financieras<sup>2</sup>. También hay quien sitúa su origen en los años 50, a raíz de un contrato de suministro a la Marina con adquisición de maquinaria especializada financiada por *US Leasing* con el apoyo del *Bank of America*<sup>3</sup>.

Tras la crisis económica que siguió a la Segunda Guerra Mundial el *leasing* experimenta una gran expansión y pasa a convertirse en el principal instrumento de financiación de bienes de equipo. El préstamo bancario y la venta sujeta a condición —con un desembolso inicial obligado del 15% o del 20% del valor del bien<sup>4</sup>, que eran los medios de financiación habituales, resultan difícilmente asumibles en tiempos de crisis. El *leasing* permitirá a las empresas, no solo contar con un medio menos gravoso para conseguir bienes de equipo, sino disfrutar del beneficio fiscal que se le otorgará. Además, podrán emplear estos bienes de forma coyuntural evitando así el riesgo de obsolescencia que presentan algunos de ellos y servirse de los que se necesitan por periodos cortos de tiempo con lo que su adquisición resulta poco rentable<sup>5</sup>.

En Europa el *leasing* aparece como fuente de financiación a principios de la década de los sesenta impulsado por Francia y Gran Bretaña<sup>6</sup> y, a la vista de su utilidad, comienza a celebrarse también sobre bienes inmuebles. El legislador francés en 1966 será el primero en considerar ambos tipos de *leasing*. En España no se contemplará el *leasing* inmobiliario hasta el año 1980 con el Real Decreto 1669/1980, de 31 de julio, por el que se extiende el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero a ciertos arrendamientos de bienes inmuebles<sup>7</sup>. Esta norma, de carácter fiscal, justificará la inclusión de los inmuebles por las circunstancias que atravesaba el sector de la construcción, considerando que sería un incentivo que las empresas de arrendamiento financiero pudieran adquirir inmuebles para luego efectuar sobre ellos contratos de *leasing* y que los arrendatarios pudieran acceder a la propiedad de estos inmuebles en condiciones ventajosas al satisfacer, en el momento de ejercitar la opción de compra, únicamente su valor residual<sup>8</sup>. Centrado en este propósito<sup>9</sup>, el Real Decreto 1669/1980, limitaba el *leasing* sobre inmuebles a aquellos «que fueran objeto de tráfico empresarial habitual», de modo que estos debían quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales durante toda la vigencia del contrato. Y aclaraba con rotundidad que «en ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento

financiero sobre inmuebles destinados a vivienda o que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados». Ahora bien, el destino a vivienda resultará posible si la actividad empresarial del arrendatario financiero consistía en el arrendamiento de viviendas y, por tanto, el inmueble iba a destinarse a este fin<sup>10</sup>.

La crisis del petróleo de 1973, consecuencia de la decisión del bloque árabe de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de no exportar petróleo a los países occidentales que habían apoyado a Israel en la Guerra del Yom Kippur, impactó fuertemente en la economía de estos países. Así, se produjo una subida de los precios del petróleo y, con ello, el aumento de la inflación, la subida de desempleo y, en general, la bajada del crecimiento económico.

En el contexto actual, la guerra de Ucrania está intensificando la tendencia al alza de los precios de los carburantes iniciada a mediados de 2021, lo que tiene especial incidencia en los sectores de transporte de viajeros y mercancías, y en las industrias con procesos de producción intensivos en energía, como las de siderurgia, química, metalurgia no férrea, gases industriales, azulejos y baldosas, productos minerales no metálicos o papel. El refino de petróleo, el crudo de petróleo y el gas natural son las principales partidas importadas de Rusia por España (4815 millones de euros en 2021 —el 80% de las importaciones totales procedentes del mercado ruso—). En 2021 el 24% de las compras españolas en el exterior de refino de petróleo procedieron de Rusia y el 14% del gas natural —este procede principalmente de Argelia (29%) y Estados Unidos (27%)—. Rusia es el primer proveedor del mercado español de refino de petróleo y el tercero de gas natural<sup>11</sup>. Estos datos parecen evidenciar la conveniencia de fomentar nuevamente el arrendamiento financiero en tanto instrumento de impulso del sector de la construcción. La crisis económica agrava todavía más la dificultad para reunir el 20% del valor del inmueble requerido en el préstamo hipotecario, opción esta última que, además, resta liquidez y, por tanto, capacidad inversora al deudor hipotecario.

En el arrendamiento financiero el arrendador financiero cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien —mueble o inmueble— que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y, por regla general, le otorga la facultad de opción de compra del bien a la finalización del contrato. En virtud de este contrato el usuario utiliza el bien satisfaciendo una renta periódica y amortiza el coste de la operación con el rendimiento que obtiene con dicha utilización. El arrendador financiero obtiene una ganancia por la diferencia entre el precio de adquisición del bien y el total de pagos periódicos realizados por el usuario, además es propietario del bien cedido a lo largo de todo el

contrato<sup>12</sup> —solo pierde esta condición si el usuario ejercita la opción de compra— y se exonera de la obligación de mantener al usuario en el goce pacífico de la cosa cediendo a este las acciones que le corresponden contra el vendedor<sup>13</sup>. El *leasing* beneficia también al vendedor que incrementa la posibilidad y/o el número de ventas y recibe el precio al contado.

El *leasing* ofrece, además, otras ventajas: permite financiar el importe íntegro del bien que se quiere adquirir; el IVA se abona fraccionadamente con las cuotas que paga el arrendatario, de modo que no ha de desembolsarlo todo de una vez (en inmuebles supone una cifra considerable<sup>14</sup>); se produce menor consumo en CIRBE<sup>15</sup>; permite realizar la amortización fiscal del activo de manera acelerada, esto es, más rápidamente que lo previsto en las Tablas Oficiales (art. 106 LIS); y, por último, es compatible con las líneas de financiación subvencionadas (como las del Instituto de Crédito Oficial (ICO), o el Banco Europeo de Inversiones (BEI)).

## II. EL BENEFICIO FISCAL DEL *LEASING*

Las sociedades y los autónomos que buscan financiar la adquisición de un bien inmueble (un local, una nave, una oficina) o de un bien mueble<sup>16</sup> (vehículo, bienes de equipo) para desarrollar su actividad disponen de dos mecanismos principales para lograr este objetivo: el préstamo (hipotecario si es un inmueble) y el *leasing*. En el primer caso el contrato de compraventa se celebrará entre el interesado y el vendedor, y en el segundo entre el arrendador financiero y el vendedor. El criterio para optar por uno u otro es, por regla general, su coste financiero, pero el régimen fiscal aplicable puede hacer variar la decisión. Así, los intereses que las entidades financieras aplican en el *leasing* son normalmente superiores a los del préstamo hipotecario y/o personal, pero la diferencia suele compensarse con los beneficios fiscales que se otorgan a aquel.

La fiscalidad del *leasing* se regula en el artículo 106 (Contratos de arrendamiento financiero) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades<sup>17</sup>. Este artículo, único del capítulo XII (Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero), se ubica en el título VII (Regímenes tributarios especiales) de la Ley. Así, considera gastos fiscalmente deducibles:

- a) la carga financiera satisfecha a la entidad arrendadora, y
- b) la parte de las cuotas de arrendamiento financiero satisfechas correspondiente a la recuperación del coste del bien, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto terrenos, solares y otros activos no amortizables<sup>18</sup>. El importe de la cantidad deducible «no podrá ser supe-

rior al resultado de aplicar al coste del bien el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas que corresponda al citado bien. El exceso será deducible en los periodos impositivos sucesivos, respetando igual límite. Para el cálculo del citado límite se tendrá en cuenta el momento de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien. Tratándose de los sujetos pasivos a los que se refiere el capítulo XII del título VIII<sup>19</sup>, se tomará el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas multiplicado por 1,5»<sup>20</sup>.

Ahora bien, para aplicar este beneficio deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. el arrendador financiero ha de ser una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito,
2. la duración mínima del contrato debe ser de 2 años si tiene por objeto bienes muebles y de 10 años si recae sobre bienes inmuebles o establecimientos industriales<sup>21</sup>,
3. las cuotas de arrendamiento financiero han de aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponde a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por ella, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda,
4. el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual<sup>22</sup>.

### III. DEFINICIÓN

El legislador español definió por primera vez el contrato de *leasing* en el artículo 19 del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública. Este artículo establecía:

«A los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consistan en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por Empresas constituidas en la forma prevista en el artículo veintidós<sup>23</sup> y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento».

Luego, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) derogó el Título Segundo del RDL 15/1977 («De las empresas de Arrendamiento Financiero», que incluía los arts. 19 a 26) y recogió en el número 1 de la disposición adicional séptima la definición de «operaciones de arrendamiento financiero». La LDIEC fue derogada por la actual Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (en adelante LOSSEC), cuya disposición adicional tercera («Operaciones de arrendamiento financiero») recoge en el número 1 igual definición que la que contenía aquella: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas<sup>24</sup>. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario»<sup>25</sup>.

El número 2 de esta disposición adicional tercera señala: «Con carácter complementario, las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero podrán realizar también las siguientes actividades: a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos, b) Conceder financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura, c) Intermediar y gestionar operaciones de arrendamiento financiero, d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra, e) Asesorar y elaborar informes comerciales».

Como consecuencia de la aprobación de la LOSSEC, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial recogerá en el título II el nuevo régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, que pierden su condición de entidades de crédito<sup>26</sup>, pero continúan sujetos a la supervisión y regulación financieras<sup>27</sup>. Así, el artículo 6.1 de la Ley 5/2015 permite constituirse como establecimientos financieros de crédito a aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del ministro de Economía y Competitividad (hoy de Asuntos Económicos y Transformación Digital), se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades: [...] c) El arrendamiento financiero, con inclusión de las siguientes actividades complementarias: 1.<sup>a</sup> Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. 2.<sup>a</sup> Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. 3.<sup>a</sup> Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. 4.<sup>a</sup> Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra. 5.<sup>a</sup> Asesoramiento e informes comerciales.

Por tanto, los contratos de arrendamiento financiero sujetos a la LOSSEC, esto es, aquellos en los que el arrendador financiero es una entidad de crédito<sup>28</sup>, deben incluir la opción de compra, a diferencia de aquellos sujetos a la Ley de fomento de la financiación empresarial, donde la inclusión de la cláusula de opción de compra en favor del arrendatario financiero es potestativa para el establecimiento financiero de crédito.

Con anterioridad a la LOSSEC y la Ley de fomento de la financiación empresarial, el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8038] y de 11 de febrero de 2010 [RJ 2010, 531] se refirió a la definición del número 1 de la disposición adicional séptima de la LDIEC como «definición auténtica» del *leasing*. No obstante, en la sentencia de 2 de febrero de 2006 [RJ 2006, 494] lo definió siguiendo un criterio más descriptivo y basado en la práctica contractual: «El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero constituye una figura mediante la cual el arrendador financiero, siguiendo las indicaciones del arrendatario, adquiere de un tercero o proveedor determinados bienes dedicados a usos industriales, comerciales, o de servicios, y, manteniendo su propiedad, los pone a disposición de este para su uso con arreglo al ámbito de sus actividades productivas, empresariales o profesionales, a cambio del abono de determinadas prestaciones periódicas mientras dura el arrendamiento —en las que se distinguen las cuotas de amortización del bien y los intereses imputables a la carga financiera— concediendo una opción de compra en favor del arrendatario, que este puede ejercitar en el plazo estipulado o al término del contrato, por la cantidad fijada como valor residual del bien». Ambas definiciones, consecuentes con la anterior calificación de los establecimientos financieros de crédito como entidades de crédito por la LDIEC, consideran obligatoria la inclusión de la opción de compra en el contrato de *leasing*, consideración que queda desvirtuada con la actual normativa. Con posterioridad a las normas mencionadas, el Tribunal se ha referido a la definición de la LOSSEC como una de entre las posibles al señalar: «Una definición del contrato la encontramos, en la actualidad, en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito» (STS de 11 de junio de 2020 [RJ 2020, 2036]).

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO Y DEL DERECHO RESULTANTE

##### 1. CONTRATO DE FINANCIACIÓN, ATÍPICO, PERO NO COMPLEJO

La naturaleza jurídica del *leasing* ha sido tradicionalmente discutida en la doctrina. Se ha afirmado que cumple una función de compraventa (dado

que normalmente el usuario acaba ejercitando la opción de compra)<sup>29</sup>, o que se trata de un arrendamiento especial<sup>30</sup>. Durante mucho tiempo la jurisprudencia, si bien no de manera constante, entendió que el precio insignificante de la opción de compra era un factor decisivo para calificar el contrato de *leasing* como compraventa a plazos disimulada, con la consecuencia de que la entrega inicial de los bienes producía la transmisión de la propiedad a favor del usuario. No obstante, a partir de la STS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8273], el precio (muy reducido o insignificante) de la opción deja de ser por sí solo criterio suficiente para dejar de considerar un contrato como de arrendamiento financiero<sup>31</sup>.

En la actualidad la opinión generalizada en la doctrina considera el *leasing* un contrato específico de financiación<sup>32</sup> (de crédito, en sentido amplio) por cuanto que el usuario puede hacer uso de un bien, que no puede o no quiere pagar al contado, mediante la satisfacción de cuotas dilatadas en el tiempo. En apoyo de esta consideración y de su diferenciación del contrato de compraventa a plazos, cabe señalar que la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles excluye de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento financiero (art. 5.5 LVBMP).

El arrendamiento financiero es también un contrato atípico dado que la regulación sustantiva existente —principalmente de carácter administrativo y fiscal— no permite entender que cuenta con un régimen normativo propio<sup>33</sup>.

La jurisprudencia lo califica como «contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 del Código Civil» (S. de 26 de junio de 1989 [RJ 1989, 4786])<sup>34</sup>, que además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (sentencias de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8038], 4 de abril de 2002 [RJ 2002, 3114] y 19 de julio de 1999 [RJ 1999, 5959]), figuras con las que a veces ha sido confundido, «ya que la finalidad del *leasing*, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disposición adicional séptima, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas —calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes—, incluyéndose necesariamente

una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (sentencias de 4 de junio [RJ 2001, 6665] y 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 250])» (STS de 4 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 42]).

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública también lo considera un contrato complejo y atípico, de contenido no uniforme, regido por sus específicas disposiciones y que ha de estarse en cada caso a las particulares estipulaciones que integran el negocio cuestionado, a fin de determinar su específica naturaleza, su estructura negocial unitaria o dual, y su alcance y eficacia, atendiendo para ello a la intención de los contratantes (cfr. art. 1281 CC), a la finalidad perseguida (cfr. arts. 1283, 1284 y 1286 CC), y a la valoración conjunta de las diferentes cláusulas (cfr. art. 1285 CC); y todo ello dentro del respeto a los límites establecidos a la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1255 CC) y a las especiales exigencias para la configuración de nuevos derechos reales. Por tanto, el *leasing* no es una mera suma de un arrendamiento y una opción de compra, sino un negocio jurídico de financiación de naturaleza compleja y causa unitaria, en la que es lógico y connatural que no quepa novación por sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 1205 CC). (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020, con referencia a la RDGRN de 26 de octubre de 1998).

La pérdida de la atipicidad del contrato de arrendamiento financiero está prevista en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que lo regula en el capítulo VI [Del contrato de arrendamiento financiero (*leasing*)], dentro del título VII (De los contratos financieros), del libro quinto (De los contratos mercantiles en particular) —artículos 576-1 a 576-3<sup>35, 36</sup>—. El artículo 576-1 define el contrato como aquel por el que «un empresario cede en arrendamiento a otro operador del mercado un activo definido previamente por este para afectarlo a su actividad empresarial o profesional a cambio del abono de cuotas periódicas, y en condiciones económicas que supongan transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo, que el arrendador ha adquirido de un proveedor designado o aprobado por el arrendatario o del propio arrendatario» y prevé la posibilidad de incorporar un derecho de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato, en cuyo caso contendrá unas condiciones de ejercicio tan favorables para el arrendatario que pueda presumirse que lo ejercerá, considerándose que existe transferencia sustancial de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo. El artículo 576-2 regula las relaciones de las partes con el tercero proveedor y el 576-3 los derechos y obligaciones de las partes (arrendador y arrendatario) dejando claro su carácter bilateral<sup>37</sup>.

No parece resultar adecuada la calificación del arrendamiento financiero como contrato complejo o mixto dado que en él no se combinan prestaciones propias de diferentes contratos, sino que comprende las que le son propias. En la doctrina se ha señalado que lo que es compleja es la operación de *leasing*, que requiere la celebración de dos contratos —el de compraventa y el de arrendamiento financiero—, siendo distintas las partes que en ellos intervienen, al margen de que la empresa de *leasing* intervenga en ambos. Y que tampoco puede atribuírsele el carácter mixto o complejo por el hecho de que se incorpore al contrato la facultad de opción de compra, aunque lo exija una disposición legal, dado que dicha facultad la concede la arrendadora como prestación del propio contrato de *leasing*. Las prestaciones que se deduzcan del ejercicio de la opción son ya prestaciones que derivan de un contrato nuevo y distinto del *leasing* y que tienen su origen en el consentimiento expreso del ejercicio de la opción<sup>38</sup>. Teoría que se refuerza con la actual regulación de los establecimientos financieros de crédito que, como se ha señalado, contempla la opción de compra como cláusula potestativa del contrato para estos establecimientos.

La función económica que persigue el *leasing* es la de financiar la explotación de un bien que necesita el usuario para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Y esta función es también para ambas partes la causa —unitaria— del contrato. Esta consideración podría plantear la cuestión de su incoherencia con la prohibición de pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico que impide que, en los contratos con causa de financiación, el acreedor pueda, ante el incumplimiento del deudor, convertirse directa o indirectamente en propietario del bien financiado<sup>39</sup>. De ahí que no se admita la venta en función de garantía como negocio fiduciario por ser insuficiente la causa *adquirendi*. A este respecto cabe señalar que en el arrendamiento financiero no se cumplen los presupuestos que motivan la aplicación de dicha prohibición. El *leasing* tiene una configuración propia y distinta de la hipoteca, la prenda o la venta en garantía. El acreedor en el contrato parte como propietario del bien cedido y esta condición es la que le garantiza que, en caso de incumplimiento por el usuario de la obligación de pago de las cuotas periódicas, pueda recuperar el coste de la compra del bien y los perjuicios por la frustración de la operación prevista. Por su parte, el arrendatario financiero al explotar el bien cedido obtiene un beneficio que es económicamente cuantificable.

El arrendamiento financiero es, además, un contrato basado en la libertad contractual y la buena fe de las partes en el que existe equilibrio entre los intereses del arrendador financiero —que busca una ganancia por la financiación— y del usuario —que obtiene un bien para el desarrollo de su actividad<sup>40</sup>. Algún autor ha señalado, no obstante, que el régimen de resolución del contrato, en el caso del *leasing* inmobiliario, genera un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero<sup>41</sup>, o, que el procedimiento de

corte interdictal para recuperar la cosa previsto para el *leasing* mobiliario genera dicho enriquecimiento injusto<sup>42</sup>. No obstante, la sujeción del contrato a las reglas de la resolución contractual para poder contar con un procedimiento objetivable de valoración del bien y la no aceptación de contratos cuyo incumplimiento resulte ventajoso para el arrendador financiero<sup>43</sup> son criterios de validez del contrato de *leasing* que evitan que se produzca tal enriquecimiento injusto (SSTS de 9 de abril de 2001 y 12 de junio de 1998 [RJ 1998,6128])<sup>44</sup>. Y, aunque el *leasing* permite al arrendador financiero, ante el incumplimiento del usuario, disponer de mecanismos expeditivos para lograr la mayor satisfacción de su deuda, estos mecanismos, además de conformes con el Derecho, proporcionan seguridad jurídica al arrendador financiero y propician la celebración de futuros contratos de *leasing*<sup>45</sup>.

## 2. CONTRATO BILATERAL Y ONEROSO

El *leasing* se celebra entre arrendador financiero y usuario y de él surgen obligaciones para ambas partes. Para el arrendador financiero entregar el bien y mantener al usuario en el goce pacífico de la cosa arrendada a lo largo del contrato, aceptando, en su caso, el ejercicio por este de la opción de compra. En la práctica, en relación con el goce pacífico, la arrendadora financiera incluye una cláusula por la que se libera de cualquier responsabilidad respecto de las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del contrato, y subroga a la arrendataria financiera en las acciones que le correspondieran frente al proveedor o fabricante. Y para el arrendatario financiero recibir el bien, satisfacer las cuotas periódicas y devolver la cosa si no ejercita la opción a lo que, en la práctica, se añade la de suscribir una póliza de seguro que cubra de los riesgos de avería, pérdida o destrucción de la cosa de modo que la indemnización pueda cubrir las cuotas pendientes<sup>46</sup>. Se trata, por tanto, de un contrato bilateral y oneroso<sup>47</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado «La acción ejercitada por la arrendadora financiera tiene una base puramente obligacional, esto es, sobre la base de que el contrato de arrendamiento financiero concertado con la ahora concursada es un contrato bilateral del que resultan obligaciones recíprocas para las partes» (STS de 29 de junio de 2016).

## 3. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ES UN DERECHO REAL EMBARGABLE E HIPOTECABLE

El arrendamiento financiero, además de ser un contrato del que derivan obligaciones para ambas partes, genera un derecho real a favor del usuario.

Tradicionalmente solo se ha tenido en cuenta, en especial en materia de concurso, el derecho real que corresponde al arrendador financiero en cuanto titular del bien cedido en arrendamiento. No obstante, las características del *leasing*, o mejor, las prestaciones que lo definen hacen que por su virtud el arrendatario financiero goce de un derecho real sobre el bien mueble o inmueble objeto del contrato.

En este sentido, y a propósito del *leasing* inmobiliario, la RDGRN de 18 de marzo de 2014 señala que la posición contractual del arrendatario financiero es un derecho enajenable, hipotecable e incluso susceptible de embargo, por lo que hay que entender que también es transmisible, y la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de septiembre de 2020, con referencia a la RDGRN de 26 de octubre de 1998, que lo consideró derecho real hipotecable, sostiene que el derecho de arrendamiento financiero no puede ser calificado sino de derecho real en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible *erga omnes*, y reúne los requisitos estructurales configuradores de este tipo de derechos (arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) y que, siendo derecho real tiene carácter embargable<sup>48</sup>.

Ahora bien, lo que resulta embargable es el derecho del que es titular el arrendatario financiero en su conjunto, que no es desglosable, y comprende, tanto el uso del bien derivado del arrendamiento, como, si se ha concedido, el derecho de opción de compra. Por ello, tal y como señala la DGRN no resulta admisible el embargo aislado de la opción de compra<sup>49</sup>.

## V. NORMATIVA APLICABLE

La normativa que se aplica al *leasing* regula básicamente aspectos fiscales y administrativos e impide calificarlo como contrato típico. A este contrato se refieren, además de la disposición adicional tercera de la LOSSEC, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, que contempla dentro de las Normas de Registro y Valoración al arrendamiento financiero, el artículo 106 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y, en el ámbito concursal, los artículos 150.3.º, 165.3 párrafo segundo y 270.4.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas reconoce expresamente el llamado «*leasing* público» al establecer en el artículo 128.1 que «Para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles».

Al *leasing* mobiliario se le aplica la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante LVPBM) si reúne las características señaladas en el artículo 1 de dicha Ley —bienes muebles corporales no consumibles e identificables— considerando bienes identificables todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes. Esta disposición regula una serie de acciones en favor del arrendador financiero para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por el arrendatario financiero —entre las que se encuentran las de recuperación del bien, y la de ejecución— y la inscripción del contrato en el Registro de Venta a Plazo de Bienes Muebles (hoy integrado en el Registro de Bienes Muebles).

Por su parte, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en el artículo 16 define los contratos de suministro como aquellos que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, y en el artículo 9.2 excluye la aplicabilidad de la Ley a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporeales. En el ámbito internacional cabe destacar el Convenio UNIDROIT de Ottawa (Canadá), sobre *leasing* financiero internacional, de 20 de mayo de 1988. Este Convenio, referido a bienes muebles, a pesar de que todavía no ha sido ratificado por España, es un instrumento útil a la hora de interpretar determinados contratos que se celebran en la práctica.

## VI. FORMA DEL CONTRATO Y FORMA PARA EL ACCESO AL REGISTRO

El arrendamiento financiero es un contrato consensual, no requiere una forma determinada para su existencia, aunque lo normal es que conste por escrito<sup>50</sup>. La constancia por escrito será, no obstante, necesaria si el arrendatario financiero quiere disfrutar del beneficio fiscal y contable que se le otorga. En la práctica se formaliza en escritura pública si recae sobre inmuebles y en póliza intervenida notarialmente si recae sobre muebles, por la fuerza probatoria que estos títulos proporcionan, tanto a la existencia del contrato, como a la fecha de su perfección (art. 1218 CC y 319.1 LEC —en relación con el art. 317, 2.º y 3.º LEC—). Y por las ventajas de la fuerza ejecutiva que estos títulos llevan aparejada (art. 517, apartado segundo 4.º y 5.º LEC<sup>51</sup>).

Distinta de la forma necesaria para la existencia de un contrato es la forma requerida para que este pueda acceder al Registro. Como es sabido, el sistema registral requiere la forma escrita como medio instrumental para proceder a la inscripción y al despliegue de los principios registrales de tal modo que el contrato devenga oponible *erga omnes*. La publicidad registral puede resultar esencial en el contrato de arrendamiento financiero dado que recae sobre un bien, con lo que se pueden generar incertidumbres en torno al derecho a disponer de ella libremente<sup>52</sup>. Así, en el caso de los bienes muebles, la inscripción registral deja sin efecto la apariencia de titularidad asociada a la posesión del artículo 464 del Código Civil. No obstante, debe recordarse que, siendo el *leasing* un contrato consensual, su inscripción es potestativa.

Tratándose de *leasing* inmobiliario, el acceso al Registro de la Propiedad requiere escritura pública. Para inscribir el *leasing* mobiliario en el Registro de Bienes Muebles (RBM), que es un Registro presidido por el principio de libertad formal, no se exige escritura pública y solo su constancia por escrito en modelo oficial (art.10 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Mueble.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que no es necesaria la inscripción del contrato de *leasing* para poder inscribir la propiedad del bien a favor del usuario si este ejercita la opción de compra. La propiedad podría, en tal caso, registrarse a favor del usuario a partir de la titularidad del arrendador financiero que devino propietario en virtud de la compraventa inscrita a su favor (RRDGRN de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994).

El carácter potestativo de la inscripción ha sido puesto de relieve por el Tribunal Supremo en relación con el *leasing* mobiliario. Así, en la sentencia de 23 de julio de 2015 [RJ 2015, 3706] señala: «En el presente supuesto, las sentencias de instancia han puesto de relieve que la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero en el Registro de Bienes Muebles y en el de Tráfico no son obligatorias para su validez y eficacia, a tenor de la regulación vigente en el caso de autos (disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito y disposición adicional primera de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a plazos de Bienes Muebles). La última de dichas normas señala que los contratos de arrendamiento financiero que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 12 «podrán ser inscritos en el Registro establecido en el artículo 15 de esta ley», para lo que era necesario formalizar el contrato en el modelo oficial establecido al efecto, inscribiéndose, en este caso, en una sección especial del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Por tanto, tratándose de una inscripción voluntaria, no afecta a la validez y eficacia de ambos contratos de arrendamiento financiero»<sup>53</sup>.

No hallándose el usuario en situación de concurso, el apartado 2 de la disposición adicional primera de la LVPBM faculta al arrendador financiero para recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por dicha Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y aclara que únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de arrendamiento financiero que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.º y 5.º del apartado segundo del artículo 517 LEC (escritura pública o póliza intervenida). Y, en caso de incumplimiento, si el *leasing* consta en alguno de estos documentos o se haya inscrito en el Registro de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el apartado 3 de la disposición adicional reconoce al arrendador financiero la facultad de recuperar el bien conforme a determinadas reglas<sup>54</sup>.

Además, fuera de la situación de concurso, será de aplicación el artículo 595 LEC con lo que la arrendadora financiera, como propietaria de la cosa, dispondrá de la tercería de dominio frente a las pretensiones de embargo del bien por parte de los acreedores del usuario por créditos de fecha posterior al contrato de *leasing* (STS de 30 de diciembre de 2002). Ello sin necesidad de inscripción en el RBM. Ahora bien, si el arrendamiento financiero se halla inscrito, la arrendadora financiera contará, además, con la llamada tercería registral ex artículo 24.4 ORBM<sup>55</sup>, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera y el artículo 15 LVPBM. En caso de traspaso del dominio de la cosa objeto del *leasing* por el usuario a terceros, si el contrato de *leasing* no se halla inscrito en el RBM, el arrendador financiero solo podrá hacer valer su derecho frente a los subadquirientes del bien si prueba que el contrato es anterior a la transmisión y que ha existido mala fe del adquirente. Es clara, por tanto, la ventaja que proporciona la inscripción que hace que el *leasing* sea oponible *erga omnes*.

## VII. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

La inscripción registral conlleva también otras ventajas además de la oponibilidad del contrato en los supuestos de transmisión a terceros de la cosa objeto de este. Así, otorga carácter real, tanto a la cláusula de opción de compra, como a la cláusula que limita las facultades dispositivas del usuario que se hallen insertas en el contrato. En consecuencia, estas producirán eficacia *erga omnes* frente a posteriores adquirentes de derechos sobre el bien mueble o inmueble cedido en arrendamiento financiero.

## 1. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN DE COMPRA

Los efectos de la inscripción sobre el derecho de opción de compra aisladamente considerado en el contrato de *leasing* inmobiliario han sido señalados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que considera que, cualquiera que sea la concepción que se tenga de la naturaleza de esta cláusula<sup>56</sup>, al acceder al Registro provoca efectos reales frente a todo tercero que con posterioridad obtenga un derecho sobre la finca, y que el derecho de arrendamiento financiero, y por tanto el derecho de opción de compra, que es inseparable del contrato, tendrá naturaleza real si consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

## 2. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA LIMITADORA DE LOS DERECHOS DEL USUARIO

El mismo efecto *erga omnes* se produce en relación con la inscripción de la cláusula que sujeta al consentimiento del arrendador la cesión de los derechos dimanantes del arrendamiento financiero. La RDGSJFP señala que el alcance personal o real de esta cláusula puede discutirse<sup>57</sup>, pero que delimita de manera clara el contenido del derecho inscrito, pues limita o condiciona las facultades dispositivas del mismo por parte de su titular, sujetando al previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero la cesión, venta, traspaso o aportación, total o parcial, por parte del arrendatario financiero, de los derechos que a su favor dimanen del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario aunque se tratase del sucesor o continuador de su negocio. Según la regla sexta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla las circunstancias que deben contener las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley, «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquel. No se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». De ahí que resulte claro el carácter real de la cláusula y sea necesario acreditar la obtención del previo consentimiento expreso y escrito del arrendador a la cesión por parte de los arrendatarios financieros de todos los derechos y obligaciones que los mismos ostentan en el contrato de arrendamiento financiero inmobiliario inscrito para poder inscribir dicha cesión de derechos (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020).

No parece que haya inconveniente en aplicar igual criterio a la opción de compra o la limitación de la facultad de disponer del usuario que consten en

un contrato de *leasing* mobiliario inscrito en el Registro de Bienes Muebles<sup>58</sup>. Las normas que rigen el funcionamiento, la publicidad, el procedimiento y los efectos de la inscripción son las mismas en el Registro de la Propiedad y en el de Bienes Muebles.

## VIII. TRATAMIENTO CONCURSAL

### 1. REGULACIÓN

El tratamiento concursal que, desde la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), se ha dispensado al arrendamiento financiero ha provocado discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia menor. Y es que el *leasing* se regula desde una doble perspectiva: la de la masa pasiva del concurso, dentro de la clasificación de los créditos a satisfacer con el patrimonio del usuario concursado, y la de la masa activa del concurso, dentro de los bienes destinados a satisfacer los créditos concursales. El arrendador financiero, que es simultáneamente propietario del bien cedido en arrendamiento y acreedor por las cuotas pendientes de pago, cuenta con diversas acciones para hacer valer sus derechos: la acción de separación *ex iure dominii*, la acción de resolución del contrato y las acciones de recuperación y, además, su crédito derivado del contrato se clasifica como crédito con privilegio especial esto es, a satisfacer sobre el propio bien cedido. A ello hay que añadir que a las acciones de recuperación de los bienes objeto del *leasing* —que no están especificadas con lo que tampoco hay certeza de cuáles sean— se les da el mismo trato que a las «ejecuciones de garantías reales» y, en determinadas circunstancias, el crédito por las cuotas impagadas se considera crédito contra la masa. Todo ello hace que no resulte sencillo interpretar la normativa concursal, ni extraer conclusiones seguras.

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLCon) ha introducido algún cambio menor en el tratamiento del *leasing* y ha variado la ubicación de los preceptos que le dedicaba la derogada Ley Concursal<sup>59</sup>. Ahora, el contenido del artículo 56.1 LC se recoge en el número 3 del artículo 150 TRLCon (Régimen de las acciones de recuperación) ubicado en la Subsección 2.<sup>a</sup> (De las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados) de la Sección 2.<sup>a</sup> (De los efectos sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos) del capítulo II (De los efectos sobre las acciones individuales) del título III (De los efectos de la declaración de concurso). Y lo que establecía el artículo 90 LC en los apartados 1.4.º y 2 se contiene ahora en los artículos 270-4.º (Créditos con

privilegio especial) y 271.1 (Requisitos del privilegio especial) del TRLCon —recogiendo en dos artículos diferentes lo que la LC hacía en uno. Estos dos artículos se ubican en la Subsección 1.<sup>a</sup> (De los créditos con privilegio especial) de la Sección 2.<sup>a</sup> (De los créditos privilegiados) del capítulo III (De la clasificación de los créditos concursales) del título V (De la masa pasiva) del TRLCon. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 165 del TRLCon (resolución judicial del contrato en interés del concurso) prevé un requisito específico para el arrendamiento financiero: la tasación pericial independiente del valor de los bienes.

## 2. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y *SEPARATIO EX IURE DOMINII*

El principal mecanismo concursal de que dispone el arrendador financiero para proteger su derecho de propiedad es el derecho de separación *ex iure dominii* de la cosa objeto del *leasing*. La separación implica la entrega del bien al arrendador financiero. Si bien, de acuerdo con el artículo 239.1 TRLCon (Separación de bienes y derechos), para que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado sean entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos, el concursado no debe tener derecho de uso, garantía o retención sobre ellos. Por tanto, la separación del bien objeto del *leasing* solo podrá llevarse a cabo por el arrendador financiero si la relación contractual ha finalizado y el bien permanece en poder del usuario<sup>60</sup>. La separación —anterior o posterior a la declaración de concurso— requiere, además, que el usuario no haya ejercido la opción de compra en el plazo previsto en el contrato —o en el requerimiento del arrendador financiero para la entrega del bien. A la acción de separación no le resulta aplicable la paralización, ni los demás efectos de los artículos 148 a 150 TRLCon<sup>61</sup>.

## 3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: LA ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE LOS BIENES CEDIDOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

En caso de incumplimiento contractual del usuario las acciones que puede ejercitar el arrendador financiero son las de recuperación y la de resolución. El TRLCon se refiere explícitamente a las acciones —en plural— de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero en el artículo 150 (Régimen de las acciones de recuperación). Por su parte, la acción de resolución por incumplimiento posterior a la declaración de concurso se recoge en el artículo 161 (resolución por incumplimiento pos-

terior). Esta es la acción del artículo 1124 del Código Civil que puede dar lugar, si prospera, a la restitución —entrega— al arrendador financiero del bien objeto del contrato<sup>62</sup>.

La resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso no procede en el caso del *leasing* dado que el artículo 160 TRLCon la reserva para los contratos de tracto sucesivo.

#### A) *La acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento*

El artículo 150 TRLCon señala: «Lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación a: [...] «3.º A las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución»<sup>63</sup>.

Las acciones tendentes a la recuperación de los bienes que, como se ha señalado, no están especificadas, parecen ser, no solo la acción que fuera de concurso se dirige a la restitución del bien mueble al arrendador financiero ante el incumplimiento del usuario (apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM - que se refiere expresamente a la «recuperación del bien»<sup>64</sup>), sino también, con la que fuera de concurso pretende la ejecución sobre el patrimonio del usuario para recabar el cumplimiento del contrato (para muebles, la del apartado 2 de la disposición adicional primera LVPBM<sup>65</sup>) y que en el concurso se ejecuta sobre el bien mueble o inmueble objeto de *leasing* al tener el arrendador financiero la condición de acreedor privilegiado. Esta última es una acción de realización de valor cuyo ejercicio requiere un título que lleve aparejada ejecución.

De este modo, declarado el concurso, se verán afectadas, tanto la acción de restitución, como la acción de ejecución y tanto las iniciadas con anterioridad, como las que puedan iniciarse después. El artículo 150 TRLCon delimita directamente los arrendadores financieros que pueden entablar en concurso acciones de recuperación: aquellos cuyos contratos figuren inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles —lo que resulta especialmente oportuno para los contratos que acceden al RBM mediante modelo oficial y que, por tanto, no requieren su constancia en escritura o póliza notarial— y aquellos cuyo contrato conste en título ejecutivo. Y delimita indirectamente los acreedores que cuentan con privilegio especial dado que el artículo 270.4.º TRLCon, que establece los créditos con privilegio especial, se refiere genéricamente a los créditos por contratos de arrendamiento financiero.

Los «artículos anteriores» a los que se remite el artículo 150 TRLCon se refieren a:

a) la imposibilidad, desde la declaración de concurso, de iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre los bienes de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 145.1 TRLCon), y la suspensión, desde la declaración de concurso, de las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta (art. 145.2 TRLCon).

Esta norma no se aplica a todos los contratos de *leasing*, únicamente a los que recaen sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial del concursado, pero en la práctica quedan sujetos a ella la inmensa mayoría por cuanto que, como se ha señalado, esta afectación es necesaria para poder beneficiarse de las ventajas fiscales.

b) tratándose de bienes que no sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado y se pretenda iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre ellos o alzar la suspensión, la necesidad de acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad (art. 146 TRLCon)<sup>66</sup>

c) la facultad del juez del concurso para declarar el carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal, cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores (art. 147 TRLCon)

d) la posibilidad de iniciar y continuar —en caso de que se hubiesen suspendido— los procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre los bienes:

1.º Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos.

2.º Pasado un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (art. 148 TRLCon).

La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

e) la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes por la apertura de la fase de liquidación si no se han ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no

se han iniciado pasado un año desde la declaración de concurso (art. 149 TRLCon)<sup>67</sup>.

En este contexto, el artículo 430 TRLCon (Pago de créditos con privilegio especial) brinda a la administración concursal la facultad de satisfacer las cuotas pendientes del *leasing*. Este precepto, en el apartado 2 —que ahora incluye una referencia expresa a las acciones de recuperación asimiladas— señala: «en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores»<sup>68</sup>. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial y el importe se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda (art. 430.3 TRLCon)<sup>69</sup>.

La redacción del artículo 150.3.º TRLCon, que remite las acciones tendientes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero al bloque normativo previsto para las acciones de ejecución de garantías reales y la del artículo 430.2.º TRLCon, que refiriéndose expresamente al «ejercicio de acciones de recuperación asimiladas» utiliza la expresión «sin realización de los bienes afectos» conducen a interpretar que, declarado el concurso, la acción de restitución del bien (la del apartado 3 de la disposición adicional primera LVPBM) anterior o posterior a dicha declaración se transforma en una acción de realización de valor, equiparándose así a las acciones de ejecución del *leasing*<sup>70</sup>.

La finalidad que persigue el artículo 150.3.º TRLCon, en línea con la derogada Ley Concursal, es brindar al deudor la oportunidad de mantener su actividad y celebrar un convenio en el que los bienes objeto del *leasing* pueden resultar necesarios. De ahí que se paralicen «las acciones de recuperación asimiladas» mientras concurren las mismas condiciones objetivas (bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado) y temporales (sujeción a los términos) establecidas para las acciones de ejecución de garantías reales.

B) Resolución del contrato de leasing

Estando vigente la Ley Concursal la cuestión más controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia menor fue la relativa a la resolución del arrendamiento financiero por incumplimiento<sup>71</sup>. Así, desde la concepción de la existencia de un ligamen entre ambas acciones, se buscaba encajar el artículo 56.1.c) (equiparación de las acciones de recuperación a la ejecución de garantías reales)<sup>72</sup> con la regulación de la resolución contractual. Este objetivo requería determinar si el arrendamiento financiero es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes o solo para el arrendatario financiero, de cara a poder aplicar —o no— el apartado 1 del artículo 62 LC (resolución por incumplimiento)<sup>73</sup>.

La doctrina entendió que, atendida la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, en el momento de la declaración de concurso existirían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes<sup>74</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo señaló que la consideración del *leasing* como contrato con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes o solo para el arrendatario financiero depende lo pactado en cada caso, si bien, como la mayoría de las veces el arrendador financiero se exime de responsabilidad por los vicios o defectos de los bienes objeto del contrato, estaremos ante un contrato con obligaciones pendientes solo para el usuario (el supuesto previsto en el artículo número 1 del art. 61 LC<sup>75</sup>), con lo que todas las prestaciones pendientes del arrendatario financiero, anteriores o posteriores al concurso, constituirán créditos concursales<sup>76</sup>. Tesis que mantendrá incluso después de la reforma operada por la Ley 38/2011<sup>77</sup> como recordará el propio Tribunal Supremo: «Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la jurisprudencia contenida en las sentencias 44/2013, de 19 de febrero, y 34/2013, de 12 de febrero, a supuestos en que resultaba de aplicación el artículo 61.2 LC tras la reforma de la Ley 38/2011. En efecto, en la sentencia 652/2014, de 12 de noviembre, expresamente declaramos que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no suponen una innovación que modifique el régimen jurídico del artículo 61.2 LC. [...] no puede entenderse [...] que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de *leasing* la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes» (SSTS de 29 de mayo 2016 y 2 de noviembre de 2016)<sup>78</sup>.

A raíz de estas consideraciones, parte de la jurisprudencia menor y de la doctrina concluyó que el arrendador financiero no podía ejercitar acciones de recuperación dado que el artículo 62.1 LC limitaba la posibilidad de

resolver los contratos a aquellos con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes. Esto es, frente al incumplimiento del usuario, el arrendador no podía resolver el contrato con obligaciones pendientes a cargo solo de aquel<sup>79</sup>. No obstante, otras sentencias y autores veían posible resolver el contrato de *leasing* aun entendiendo que existen obligaciones recíprocas pendientes solo para el arrendatario, quedando sometidas las acciones de recuperación al régimen de las garantías reales que se preveía en el artículo 56 LC<sup>80</sup>.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de junio de 2016, vigente la Ley Concursal, además de reiterar que no es posible resolver el contrato cuando existen obligaciones pendientes de cumplimiento solo para el usuario, lo justificará con un extenso desarrollo argumental. Así, señalará que, si del análisis de un concreto contrato de *leasing* resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero después de declarado el concurso, se aplica el régimen previsto en el propio artículo 61.2 LC para la resolución en interés del concurso del contrato de *leasing* pendiente de cumplimiento por ambas partes. De existir obligaciones solo para el usuario concursado, no resulta aplicable el artículo 61.2 LC, que presupone un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso y, por tanto, tampoco puede acordarse la resolución del contrato por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC<sup>81</sup>. Y aclarará que, si tras la declaración de concurso el arrendador está obligado a dejar al arrendatario financiero el bien de su propiedad, a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada, a no impedir el uso de las cosas por el arrendatario, y a recibir la renta pactada, no supone que existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la arrendadora financiera. No puede convertirse lo que es un derecho del arrendador financiero —cobrar la renta— en una obligación recíproca respecto de la obligación que tiene el arrendatario financiero de pagarla. El resto de las obligaciones, «solo constituyen, a efectos del artículo 61 LC, un deber de conducta general, implícito en el principio *pacta sunt servanda* en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso». También resulta insuficiente a tal efecto la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual, por cuanto que se trata de una obligación que solo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de *leasing*, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, para determinar que en el momento de la declaración del concurso no existen obligaciones pendientes de cumplir por el arrendador financiero resulta significativa la cláusula del contrato que le libera de cualquier responsabilidad respecto de las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del contrato, y subroga a la arrendataria financiera en las acciones que aquel tuviera frente al proveedor o fabricante. La cláusula referida a la posibilidad de que la arrendadora financiera pueda concertar un seguro que cubra el riesgo de pérdida de los bienes arrendados no supone la existencia de obligación alguna para esta, puesto que la concertación del seguro es obligatoria para la arrendataria financiera y potestativa para la arrendadora, en caso de que la arrendataria no cumpla con su obligación.

Por todo lo anterior concluirá si el contrato no establece obligaciones a cargo de la arrendadora financiera que se encuentren pendientes de cumplimiento, no resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso, y tampoco puede acordarse la resolución del contrato por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, dado que solo se permite en los casos del artículo 61.2 LC, remitiéndose a la sentencia 235/2014, de 22 de mayo. Así, la arrendadora financiera ostenta un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito dentro del concurso (arts. 49 y 61.1 LC), sin perjuicio de que pueda promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación del bien si reúne los requisitos exigidos para su ejercicio. «Desde el punto de vista puramente obligacional, la arrendadora financiera es un acreedor más de la concursada cuyo crédito, si se cumplen los requisitos exigidos con carácter general a los acreedores concursales, se integra en la masa pasiva para ser satisfecho en los términos previstos en el convenio o en la liquidación. Pero no puede instar la resolución del contrato por el incumplimiento por el arrendatario financiero de su obligación de pago de las cuotas, porque en caso de acordarse la resolución del contrato y la restitución al arrendador de los bienes dados en arrendamiento financiero, se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos y librarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso».

Como se observa, el Tribunal Supremo desliga la acción de resolución de las acciones de recuperación y admite la posibilidad, si de dan los presupuestos, de ejercitar estas si no procede aquella<sup>82</sup>. Así, establece «lo señalado anteriormente no obsta a que los titulares de los créditos privilegiados del artículo 90.1.4.º LC que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 56.1.ª LC

puedan, en los términos previstos en dicha ley, ejercitar las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución, pues el artículo 56.1.<sup>a</sup> LC les ha extendido el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales». De ahí que, pese a tratarse de créditos concursales, el artículo 155.2<sup>33</sup> LC permita a la administración concursal comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa para evitar la realización de la garantía, que en este caso tendría lugar mediante el ejercicio de la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero. «Pero no es esa la acción ejercitada por la hoy recurrida en la demanda incidental. La acción ejercitada en la demanda fue la de resolución contractual por incumplimiento con restitución de los bienes entregados. En la demanda incidental se fundó la acción en los artículos 1124 del Código Civil, la pretensión formulada fue la de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada y restitución de los bienes entregados en virtud del contrato, y la mención puntual al artículo 56.1 de la Ley Concursal que se realizaba en la demanda lo fue a los solos efectos del plazo previsto en tal precepto»<sup>84</sup>.

La interpretación que realiza el Tribunal Supremo acerca de lo que ha de entenderse por obligaciones pendientes de cumplimiento restringe en gran medida la posibilidad de resolver en concurso el contrato de *leasing* a instancia del arrendador financiero. No obstante, esta interpretación es coherente con el principio de conservación de la actividad empresarial que el concurso persigue y con el que se alinea la regulación de la paralización de las «acciones de recuperación asimiladas».

El artículo 161 TRLCon (resolución por incumplimiento posterior) establece ahora que declarado el concurso «la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes». Por lo que respecta a la resolución judicial en interés del concurso se recoge en el actual artículo 165 TRLCon, cuyo número 1 dispone: «Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso» y en el párrafo 2.º del número 3 establece una norma específica para el arrendamiento financiero al señalar: «La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Si el contrato a rescindir fuera de arrendamiento financiero, a la demanda se acompañará tasación pericial independiente

del valor de los bienes cedidos, que el juez podrá tener en cuenta para fijar la indemnización»<sup>85</sup>. La tasación pericial independiente constituye una garantía para el arrendador financiero a la hora de determinar la cuantía de la indemnización<sup>86</sup>.

#### 4. LAS CUOTAS DEL *LEASING* COMO CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

Como en el arrendamiento financiero la propiedad de la cosa es el elemento real del contrato y cumple para el arrendador financiero una función de garantía de la prestación dineraria debida por el usuario, por lo que respecta a la garantía del crédito, la propiedad del bien cedido funciona como garantía<sup>87</sup>.

El artículo 270 TRLCCon recoge una serie de contratos, entre ellos el arrendamiento financiero, que utilizan el derecho de propiedad con finalidad de garantía, y, en línea con el artículo 150 TRLCCon, que asimila las acciones de recuperación a las de ejecución de garantías reales, equipara el acreedor por créditos del *leasing* con el acreedor con garantía real considerando los del *leasing* créditos con privilegio especial<sup>88</sup>. Señala el artículo 270 TRLCCon: «Son créditos con privilegio especial: [...] 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

No ha mejorado el Texto Refundido de la Ley Concursal la confusa redacción del precepto. La frase «sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago» carece de sentido: los bienes objeto de *leasing* no se arriendan con reserva de dominio, ni con prohibición de disponer, ni con condición resolutoria y tampoco se arriendan los bienes vendidos<sup>89</sup>. Se trata de la preferencia sobre el bien arrendado por las cuotas debidas por el usuario concursado.

En la doctrina, sobre la base del ligamen de las acciones de recuperación y de resolución, se ha entendido que, una vez finalizada la paralización de la acción de recuperación, el arrendador financiero puede optar por resolver el contrato y recuperar el bien o exigir su cumplimiento y reclamar las cuotas pendientes —que constituyen un crédito privilegiado<sup>90</sup>—. Esta posibilidad de optar ha sido criticada por la doctrina por entender que es una contradicción que un mismo sujeto pueda ser simultáneamente propietario de un bien y titular de un derecho de garantía sobre el mismo, y que la facultad de optar entre el cumplimiento o la resolución del *leasing* mejora la posición del arrendador

financiero en relación con el resto de los acreedores con privilegio especial<sup>91</sup>. A ello se ha respondido que la normativa concursal se limita a dar tratamiento a las acciones que el arrendador financiero tiene reconocidas fuera del concurso<sup>92</sup>.

Los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la acción de resolución y su independencia de las acciones de recuperación del bien, a los que se ha hecho referencia, conducen a interpretar que la acción de resolución, única que, una vez declarado el concurso, permitiría la recuperación del bien, es una acción difícil que proceda. Además, requiere el incumplimiento posterior a la declaración de concurso tal y como señala el artículo 161 TRLCon. También corroboran que las acciones de recuperación iniciadas antes o después de la declaración de concurso podrán ejercitarse o continuar, una vez terminada la paralización, por los arrendadores financieros con contrato inscrito en el Registro de la Propiedad o de bienes muebles o que conste en un título ejecutivo. Estas acciones parecen ser consideradas como de realización de valor y se dirigen al cobro de las cuotas impagadas para lo que dichos arrendadores ostentan la condición de acreedores con privilegio especial.

El privilegio especial recae sobre el bien objeto de arrendamiento financiero, que puede ser mueble o inmueble, y, en principio, alcanza solo a las cuotas pendientes de pago, esto es, las impagadas y las que vencen anticipadamente por la declaración de concurso, incluida la cuota residual correspondiente a la opción de compra. No alcanzaría a los intereses o carga financiera dada la consideración como subordinados de estos créditos, salvo los supuestos de garantías reales<sup>93</sup>.

La inscripción registral del *leasing* o su formalización en título ejecutivo deberá haberse producido con anterioridad a la declaración de concurso. El artículo 271.1 TRLCon señala: «Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores».

## IX. CONCLUSIONES

I. No existe una definición auténtica del contrato de arrendamiento financiero. Tampoco puede considerarse elemento esencial de este la opción de compra a favor del arrendatario. La concesión de la opción de compra es obligatoria, de acuerdo con la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, cuando el arrendador financiero es una entidad de crédito y es potestativa, de acuerdo con la Ley

5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, cuando es un establecimiento financiero de crédito.

II. El arrendamiento financiero es un contrato de financiación atípico, bilateral y oneroso, pero no es complejo o mixto, dado que en él no se combinan prestaciones propias de diferentes contratos, sino que comprende las propias y características. Puede calificarse como compleja la operación de *leasing*, que requiere la celebración de dos contratos: el de compraventa y el de arrendamiento financiero, siendo distintas las partes que en ellos intervienen, aunque el arrendador financiero intervenga en ambos. La financiación como causa del contrato no supone una incoherencia en relación con la prohibición de pacto comisorio presente en nuestro ordenamiento jurídico.

III. El arrendamiento financiero es un contrato consensual, no requiere una forma determinada para su existencia, aunque lo normal es que conste por escrito. La constancia por escrito será necesaria si el arrendatario financiero quiere disfrutar del beneficio fiscal y contable que le otorga la normativa fiscal. En la práctica se formaliza en escritura pública si recae sobre inmuebles y en póliza intervenida notarialmente si recae sobre muebles, por la fuerza probatoria que proporcionan estos títulos, tanto a la existencia del contrato, como a la fecha de su perfección (art. 1218 CC y 319.1 LEC —en relación con el art. 317, núm. 2 y 3 LEC—). Y también, por las ventajas que brinda la fuerza ejecutiva que estos títulos llevan aparejada (art. 517, núm. 4 y 5 LEC).

IV. El arrendamiento financiero, además de ser un contrato del que derivan obligaciones recíprocas para ambas partes, genera un derecho real a favor del usuario. Este derecho es enajenable, hipotecable y embargable y lo es en su conjunto. No puede embargarse aislada o separadamente el derecho de opción de compra. Estas características del derecho del arrendatario financiero han sido corroboradas por la resolución de 30 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

V. La inscripción registral conlleva ventajas más allá de la oponibilidad del contrato en los supuestos de transmisión a terceros de la cosa objeto de este. Así, otorga carácter real, tanto a la cláusula de opción de compra, como a la que limita las facultades dispositivas del usuario insertas en el contrato. En consecuencia, estas cláusulas producirán eficacia *erga omnes* frente a posteriores adquirentes de derechos sobre el inmueble cedido en arrendamiento financiero (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 en relación con un inmueble). No parece que haya inconveniente en reconocer iguales consecuencias cuando se trate de cláusulas y registro de un bien mueble.

VI. El acceso al Registro de la Propiedad del *leasing* inmobiliario requiere escritura pública. Para inscribir el *leasing* mobiliario en el Registro de Bienes Muebles (RBM), que es un registro presidido por el principio de libertad formal, no se exige escritura pública o póliza intervenida, sino su

constancia por escrito en modelo oficial (art. 10 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles [ORVPBM]).

VII. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal ha introducido algún cambio menor en el tratamiento del arrendamiento financiero y ha variado la ubicación de los preceptos que le dedicaba la derogada Ley Concursal. Ahora, el contenido del artículo 56.1 LC se recoge en el artículo 150.3 TRLCon (Régimen de las acciones de recuperación). Y lo que establecía en los apartados 1. 4.º y 2 del artículo 90 LC se contiene en los artículos 270.4.º (Créditos con privilegio especial) y 271.1 (Requisitos del privilegio especial) del TRLCon. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 165 del TRLCon (resolución judicial del contrato en interés del concurso) prevé un requisito específico para el arrendamiento financiero: la tasación pericial independiente del valor de los bienes.

VIII. El artículo 150 TRLCon remite las acciones tendentes a la recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero a las normas establecidas para la ejecución de garantías reales. Las acciones de recuperación parecen comprender, no solo las acciones para la restitución al arrendador financiero del bien mueble objeto del *leasing* ante el incumplimiento del usuario (apartado 3 de la disposición adicional primera LVPBM que habla de «recuperación del bien»), sino también, las que recaban el cumplimiento mediante la ejecución sobre el patrimonio del usuario (para muebles apartado 2 de la disposición adicional primera LVPBM), que son acciones de realización de valor cuyo ejercicio requiere un título que lleve aparejada ejecución. Estas, declarado el concurso, se concretan sobre los bienes objeto de *leasing* por ser el arrendador financiero acreedor con privilegio especial.

IX. El artículo 270 TRLCon recoge una serie de contratos, entre ellos el arrendamiento financiero, que utilizan el derecho de propiedad con una finalidad de garantía, y, del mismo modo que el artículo 150 TRLCon remite las acciones de recuperación del bien cedido en *leasing* a las normas sobre ejecución de garantías reales, aquel asimila el acreedor por las cuotas del *leasing* al acreedor de créditos con garantía real al considerar los créditos derivados del *leasing* créditos con privilegio especial.

X. El ejercicio de la acción de resolución requiere la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes y que el incumplimiento sea posterior a la declaración de concurso (art. 161 TRLCon). La mayoría de las veces el arrendador financiero se exime de responsabilidad respecto de los vicios o defectos de los bienes objeto del contrato con lo que se tratará de un contrato con obligaciones pendientes solo para el usuario. Por ello, todas las deudas pendientes de este anteriores o posteriores a la declaración de concurso constituirán créditos concursales.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C. (2020). Artículo 270 y Artículo 271. En Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E. M. Cascales Domínguez (coord.). *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol II, J.I., Sepín, 529 y sigs.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral, *RCDI*, núm. 569, 863 y sigs.
- AZOFRA VEGAS, F. (2020). Artículos 145 a 149 y Artículo 150. En Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E.M. Cascales Domínguez (coord.). *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, Sepín, 963 y sigs., y 979 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1996). El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del «*leasing*» financiero, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, M. Muñoz Cervera, U. Nieto Carol (coord.), Vol. 2, Tomo I, (Garantías reales. Garantías mobiliarias), Civitas, 377 y sigs.
- CAAMAÑO ANIDO, M.A. (2017). Artículo 106. Contratos de arrendamiento financiero. En *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*, Sánchez Pedroche, J.A. (dir.), Tirant lo Blanch, 1611 y sigs.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2019). La fiscalidad del *leasing* inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido, Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, núm. 4. Accesible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2019\\_04.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_04.pdf)
- CAMPUZANO, A.B./SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2013). Los contratos financieros y el concurso de acreedores: *leasing* y seguro. En F. Conlledo F./L.R. Palomo (dirs.). *Los mercados financieros*. Tirant lo Blanch, 139 y sigs.
- COHNEN, S. (2000). El contrato «*leasing*»: Aspectos de su calificación jurídica, *RJUAM*, núm. 3, 109 y sigs.
- CORRALES ROMEO, J.A./GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, J. (1991): *Sociedades de Financiación, Leasing y Factoring*, Edit. Civitas.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2007). En Uría, R. y Menéndez, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1970). Reflexiones en torno al *leasing*, *RDM*, núm. 118, 1970, 533 y sigs.
- (2010). El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPrints Complutense, 2010, 1 y sigs. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf).
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2007). El contrato de *Leasing*. A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) y M.<sup>a</sup> A. Calzada Conde (dir. adjunta), *Contratos mercantiles II*, Thomson-Aranzadi, 891 y sigs.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001). El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs.
- FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> S. (1998). El contrato de *leasing* financiero y su regulación en el Tratado internacional UNIDROIT, en AAVV: *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez*, vol. II, 1233 y sigs.

- FRAILE BAYLE, M.S. y MARTÍN BAILE, S. (1997). El *leasing* y el *renting*, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 9, 55 y sigs.
- GALICIA AIZPURÚA, G. (2016). Naturaleza de las cuotas de *leasing* devengadas tras la declaración de concurso, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 2016, 135 y sigs.
- GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> C. (2001). *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Elcano (Navarra).
- GARCÍA SOLÉ, F. (1989). La subrogación en los derechos de la compañía de *leasing* frente al proveedor o vendedor, *Actualidad Civil*, 1989, 1068 y sigs.
- GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 90. Rojo, A. y Beltrán, E.M., (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T. 1, Civitas, 1624 y sigs.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004). El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 211 y sigs.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, en J.M.<sup>a</sup>. De la Cuesta J.M. (dir.), E.M.<sup>a</sup> Valpuesta (coord.), *Contratos Mercantiles*, (2.<sup>a</sup> ed.), Bosch, 1282 y sigs.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2007). El contrato de *leasing* financiero, E. Gadea, A. Sequeira (coord.), *La contratación bancaria*, Dykinson, 860 y sigs.
- GUILARTE GUTIERREZ, V. (2004) en J. Sánchez-Calero Guilarte/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, 1626 y sigs.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2012). Tratamiento del *leasing* financiero en el concurso del arrendatario. *Anuario de derecho concursal*, núm. 26, 51 y sigs.
- ILLESCAS ORTIZ, R. El *leasing*, aproximación a los problemas de un nuevo contrato, *RDM*, 1971, 110 y sigs.
- MARCO ALCALÁ, L.A. (1999). Tercería de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito, *CCJC*, núm. 50, 1999, 590 y sigs.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). El arrendamiento financiero, A. Carrasco, E. Cordero M.J. Marín, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, T.II, 564 y sigs.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2000). La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *Leasing* en el contrato de arrendamiento financiero. Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 219 y sigs.
- MARTÍNEZ ROSADO, J. El *leasing* financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *RDCP*, núm. 2, 2005, 267 y sigs.
- MONTSERRAT VALERO, A.; TORRE DA SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., y LAGO MONTERO, J.M. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores (2): concretas figuras contractuales, M. Yzquierdo, J.M. Almudí, y M.A. Martínez Lago, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Aranzadi, 657 y sigs.
- ORTUÑO BAEZA, M.T. (2003). Arrendamiento financiero (*leasings*), E. Gallego Sánchez, *Contratación Mercantil Vol. II. Contratación Bancaria*. Tirant lo Blanch, 1208 y sigs.

- OTERO COBOS, M.T. (2020). Artículo 165. *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, J.I. Peinado (dir.), E. Sanjuan (dir.), E.M. Cascales (coord.), Sepín, 1073 y sigs.
- PACHECO CAÑETE, M. (2005). Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal, *RDM*, 83 y sigs.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2005). La función de garantía del *leasing* financiero mobiliario. *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2223 y sigs.
- PÉREZ REAL, A. (1989-1990). *Leasing* y compraventa comentario a la STS. (Sala Primera) de 28 de mayo de 1990. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 76, 347-354.
- (1990). El *leasing*: «un contrato complejo y atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme (comentario a la STS de Sala Primera, de 26 de junio), Poder Judicial, núm. 19, 235-250.
- REVERTE NAVARRO, A. (2010). El contrato de *leasing*, *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXV Núm. 1-2-3-4, 85 y sigs.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil, vol. II*, McGraw-Hill, 215 y sigs.
- SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2006). El arrendamiento financiero como crédito en el concurso, *RDCP*, núm. 4, 137 y sigs.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2011). Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del *leasing*, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año núm. 30, núm. 122, 87 y sigs.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2016). La paralización de las «acciones de recuperación» asimiladas, (Á. Rojo, J.C. Saénz García de Albizu, A.B. Campuzano y R. Lara (dirs.), *Las ejecuciones en el concurso de acreedores, VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Aranzadi, 287 y sigs.
- Artículo 90. (2010) F. Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo I*. 2.ª ed. Aranzadi, 1031 y sigs.

## NOTAS

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2007). El contrato de *leasing* financiero. En Gadea Soler, E. y Sequeira Martín, A. (coord.), *La contratación bancaria*, Dykinson, 880.

<sup>2</sup> Estas dos últimas teorías sobre el origen del *leasing* las recoge DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2007). El contrato de *Leasing*. A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Calzada Conde, M.ª Á. (dir. adjunta), *Contratos mercantiles II*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1279.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. En De La Cuesta Rute, J.M. (dir.), Valpuesta, E. M.ª (coord.). *Contratos Mercantiles*, Bosch, (2.ª ed.), 1283.

<sup>4</sup> FLORES DOÑA, M.ª S. (1998). El contrato de *leasing* financiero y su regulación en el Tratado internacional UNIDROIT. *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, 1253.

<sup>5</sup> ORTUÑO BAEZA, M.T. (2003). Arrendamiento financiero (*leasings*). En Gallego Sánchez, E., *Contratación Mercantil*, Vol. II. Contratación Bancaria. Tirant lo Blanch, 1208. Para esta autora, estas eran las funciones que el *leasing* tenía en sus orígenes.

<sup>6</sup> FRAILE BAYLE, M.S. y MARTIN BAILE S. (1997). El *leasing* y el *renting*, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 9, 55.

<sup>7</sup> El Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública contenía, a determinados efectos financieros y fiscales, la regulación legal de las operaciones de arrendamiento financiero y los requisitos que debían reunir las empresas dedicadas a esta actividad señalando de modo expreso que eran operaciones de esta naturaleza las que, cualquiera que sea su denominación, consistieran en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos, siempre que tales bienes queden afectados exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales. Al mismo tiempo establecía como requisito esencial para las operaciones de arrendamiento financiero la inclusión de una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento. De otra parte, el artículo 20.2 autorizaba al Gobierno para que, atendiendo a la coyuntura económica, pudiera extender el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley a bienes diferentes de los indicados o a bienes afectos a fines distintos de los señalados.

<sup>8</sup> Además, las modificaciones que, en el entonces Impuesto General Sobre el Tráfico de las Empresas introducían la Ley de Régimen Transitorio de los Impuestos Indirectos, de 25 de septiembre de 1979, y el Real Decreto 1265/1980, de 30 de junio, que sometían a tributación las transmisiones de bienes inmuebles, tanto en primera como en sucesivas ventas por quien se dedicara habitualmente y mediante contraprestaciones a esta actividad, hacían conveniente la articulación de los aspectos fiscales y financieros al introducir la posibilidad del arrendamiento financiero de bienes inmuebles.

<sup>9</sup> El sector de la construcción, caracterizado por el trabajo poco cualificado y temporal, ejerce una gran influencia sobre el ciclo de la actividad económica global por los trascendentales efectos de arrastre de empresas que tiene. La doctrina económica señala que estos efectos actúan «hacia atrás», por el impulso que la actividad de la construcción ejerce sobre los sectores proveedores de productos intermedios (efecto directo), y «hacia delante», dado que proporcionan las infraestructuras necesarias para el desarrollo del resto de actividades económicas, contribuyendo así al aumento de la productividad y capacidad de crecimiento a largo plazo de la economía, en especial del sector privado (efecto indirecto). Este sector ha representado un papel clave en la economía española de la etapa democrática, marcando la pauta de su crecimiento. Su contribución es esencial para el comportamiento del PIB y del empleo, para el desarrollo de otros sectores productivos y para facilitar la creación de grupos empresariales de gran volumen. Los periodos de auge constructor coinciden con las fases de mayores tasas de crecimiento del PIB y viceversa. Entre 1981 y 2005, antes de la crisis inmobiliaria sufrida entre 2008 y 2014, se distinguen dos grandes periodos de crecimiento de la actividad constructora 1985-1991 y de 1994 en adelante que coinciden con las fases de mayor crecimiento de la economía española y su influencia en los resultados conjuntos de la economía. Con la crisis inmobiliaria, la actividad constructora se desplomó y con ella, los resultados del PIB español. El peso relativo de la construcción pasó de un 9,9% en el 2003 y un 10,4% en 2005 a un 5,8% en el 2012 (*Vid.* Informe SEOPAN, 2014, 35 accesible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://seopan.es/wp-content/uploads/2016/04/SEOPANInformeEconomico2014.pdf>). A partir de la crisis inmobiliaria el peso del sector de la construcción en el PIB ha ido disminuyendo paulatinamente (5,1% en 2014, 5,2% en 2015, 5,3% en 2016 y 2017, 5,4% en 2017 y 5,7% en 2019 y 2020). *Vid.* <https://es.statista.com/estadisticas/549605/aportacion-del-sector-de-la-construccion-al-pib-en-espana/>.

En 2021, el producto interior bruto de España creció un 5% respecto al año anterior, pasando de 1,12 billones a 1,20 billones de euros. De cumplirse las previsiones del Banco de España, el PIB español podría crecer entre un 3,9% y un 4,8% en 2022.

<sup>10</sup> CORRALES ROMEO, J.A./GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, J. (1991): *Sociedades de Financiación, Leasing y Factoring*, Edit. Civitas, nota 20 240. En la actualidad los bancos también ofrecen esta modalidad de *leasing*.

<sup>11</sup> El fuerte encarecimiento del gas natural registrado ya en 2021 situó su precio medio un 350% por encima del registrado en 2020 (+500% de subida media interanual en el periodo septiembre-diciembre), mientras que el precio del petróleo Brent en \$/barril se incrementó un 69% en 2021 y un 57% adicional en el periodo enero-febrero de 2022 en comparación con los dos primeros meses de 2021. Datos obtenidos del Informe DBK Informa, de 3 de marzo de 2022, «Impacto de la Guerra de Ucrania en Sectores de la economía española», accesible en: [https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content\\_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6221e6e701ad9e00b9a47b74/files/Impacto\\_de\\_la\\_Guerra\\_de\\_Ucrania\\_en\\_Sectores\\_de\\_la\\_Econom\\_a\\_Espa\\_ola.pdf?1646388967](https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6221e6e701ad9e00b9a47b74/files/Impacto_de_la_Guerra_de_Ucrania_en_Sectores_de_la_Econom_a_Espa_ola.pdf?1646388967). Como consecuencia de esta situación el Gobierno ha dictado el Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

<sup>12</sup> Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 21 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2276], 23 de enero de 2004 [RJ 2004, 208], y 29 de junio de 2016.

<sup>13</sup> De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 250] «La cláusula de cesión de acciones contra el vendedor que pacta la arrendadora en *leasing* y adquirente del bien designado por el arrendatario en favor de este responde a su verdadero papel en la compleja operación, que no es el adquirir para sí y para su uso el bien sino para cedérselo en arrendamiento al que lo ha elegido y por ello lo ha comprado, y es usual y completamente normal en esta clase de contratos (SS. de 26 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1264] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927])».

<sup>14</sup> Para un desarrollo del tratamiento fiscal del *leasing* inmobiliario en el IVA, *vid.* CALVO VÉRGEZ, J. (2019). «La fiscalidad del *leasing* inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 4. Accesible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2019\\_04.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_04.pdf). En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), en sentencia de 12 de octubre de 2017 [TJCE 2017, 203] ha declarado: 1) Los conceptos de «anulación» y de «rescisión» utilizados en el artículo 90, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, deben interpretarse en el sentido de que incluyen el supuesto en el que, en el marco de un contrato de *leasing* financiero con transmisión firme de propiedad, el arrendador en el *leasing* ya no puede reclamar el pago de las cuotas al arrendatario por haber resuelto el contrato de *leasing* financiero debido al incumplimiento contractual del arrendatario. 2) En caso de que se haya puesto fin definitivamente a un contrato de *leasing* financiero por impago de las cuotas adeudadas por el arrendatario, el arrendador puede invocar el artículo 90, apartado 1, de la Directiva 2006/112 frente a un Estado miembro para obtener la reducción de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido, aunque el Derecho nacional aplicable, por una parte, califique tal supuesto de «impago» en el sentido del apartado 2 de este artículo y, por otra parte, no permita la reducción de la base imponible en caso de impago.

<sup>15</sup> La CIRBE o Central de Información de Riesgos, también conocida como CIR, es una base de datos que recoge la información de los préstamos, créditos (riesgo directo), avales y garantías (riesgo indirecto) que cada entidad declarante mantiene con sus clientes. No es un registro de morosos. Mensualmente y de forma agregada la CIRBE facilita a las entidades declarantes la información de las personas cuyo riesgo acumulado supera los 1.000 euros.

<sup>16</sup> El *leasing* en el ámbito agroalimentario también puede recaer sobre semovientes (ganado).

<sup>17</sup> La Ley 27/2014 derogó el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades manteniendo la continuidad del régimen de arrendamiento financiero en los términos previstos en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Para un análisis del artículo 106 LIS, *vid.* CAAMAÑO ANIDO, M.A. (2017). «Artículo 106. Contratos de arrendamiento

financiero». Sánchez Pedroche, J.A. (dir.), *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*. Tirant lo Blanch, 1611 y sigs.

<sup>18</sup> En el caso de que tal condición concorra solo en una parte del bien objeto de la operación, podrá deducirse únicamente la proporción que corresponda a los elementos susceptibles de amortización, que deberá ser expresada diferenciadamente en el respectivo contrato.

<sup>19</sup> Entidades de reducida dimensión.

<sup>20</sup> La deducción de las cantidades no estará condicionada a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias. Y las entidades arrendatarias podrán optar, a través de una comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en los términos que reglamentariamente se establezcan, por establecer que el momento temporal se corresponde con el momento del inicio efectivo de la construcción del activo, atendiendo al cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

a) Que se trate de activos que tengan la consideración de elementos del inmovilizado material que sean objeto de un contrato de arrendamiento financiero, en el que las cuotas del referido contrato se satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo.

b) Que la construcción de estos activos implique un periodo mínimo de 12 meses.

c) Que se trate de activos que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares y que no se correspondan con producciones en serie.

En los supuestos de pérdida o inutilización definitiva del bien por causa no imputable al contribuyente y debidamente justificada, no se integrará en la base imponible del arrendatario la diferencia positiva entre la cantidad deducida en concepto de recuperación del coste del bien y su amortización contable.

<sup>21</sup> Reglamentariamente y para evitar prácticas abusivas se podrán establecer otros plazos mínimos de duración en función de las características de los distintos bienes que constituyan su objeto.

<sup>22</sup> La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, estableció una prórroga para los contratos de arrendamiento financiero cuyos periodos anuales de duración se iniciaran en los años 2012 a 2015, respecto al carácter constante o creciente de la parte que se corresponde con recuperación del coste del bien en las cuotas de arrendamiento financiero, dado que la situación económica seguía obligando a los arrendatarios de estos contratos a modificar las condiciones.

<sup>23</sup> El artículo 22 obligaba a las Entidades que, con carácter de habitualidad, tuvieran por objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero, a reunir los siguientes requisitos: a) revestir la forma de Sociedad Anónima, domiciliada en territorio nacional; b) contar con un capital desembolsado en metálico de, al menos, cien millones de pesetas, c) tener como objeto exclusivo el ejercicio de operaciones de arrendamiento financiero, y d) figurar inscritas en el registro del Ministerio de Hacienda.

<sup>24</sup> La LDIEC se refería «a las cuotas a las que se refiere el número 2 de esta disposición». En dicho número 2 se recogía para el arrendamiento financiero la duración mínima de dos años cuando tuviera por objeto bienes muebles y de diez años cuando tuviera por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. Los apartados 2 a 7 de la Disposición Adicional Séptima fueron derogados por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), adoptó esta definición al señalar «los contratos de arrendamiento financiero, regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (actualmente Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito), que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1 podrán ser inscritos en el Registro establecido en el artículo 15 de esta Ley». La Disposición Adicional Primera

de la Ley 28/1998 señala en el número 6: «Los contratos de arrendamiento financiero se inscribirán en una sección especial del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles».

<sup>25</sup> El segundo párrafo del núm. 1 de la DA Tercera de la LOSSEC, establece: «Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario».

<sup>26</sup> La LDIEC en el artículo 1.2 señalaba «Se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio». El apartado segundo del artículo 1 de este Real Decreto Legislativo —norma que deroga expresamente la LOSSEC—, tras la modificación llevada a cabo por el artículo 2.1 del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre que suprimió la letra e) (Los Establecimientos Financieros de Crédito) establecía: 2. Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito.

<sup>27</sup> El título II de la Ley 5/2015 sedesarrolla por el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó el anterior Real Decreto 692/1996, de 26 de abril.

<sup>28</sup> De acuerdo con el artículo 1 de la LOSSEC: 1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. 2. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.

<sup>29</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985) la califica como figura asimilable a la venta a plazos: El leasing inmobiliario y su inscripción registral, *RCDI*, núm. 569, 863 y sigs., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1996). El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del *leasing* financiero. M. Muñoz Cervera, U. Nieto Carol (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 2, Tomo 1, (Garantías reales. Garantías mobiliarias), Civitas, 409 y sigs.

<sup>30</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. (1971) considera el *leasing* un contrato de arrendamiento al que se le añade, en su caso, una opción de compra: «El *leasing*, aproximación a los problemas de un nuevo contrato», *RDM*, 1971, 110.

<sup>31</sup> La jurisprudencia ha calificado como arrendamiento financiero supuestos contractuales en los que el precio de la opción era muy reducido (insignificante). Y, en consecuencia, ha admitido la tercería de dominio planteada por la entidad de *leasing* (SSTS de 21 de diciembre de 2001 [*RJ* 2002, 250]; 23 de diciembre de 2001 [*RJ* 2002, 1037]; 16 de septiembre de 2002 [*RJ* 2002, 832]; 2 de diciembre de 2002 [*RJ* 2002, 10406]; 30 de diciembre de 2002 [*RJ* 2003, 331]; 12 de marzo de 2003 [*RJ* 2003, 2574]; 23 de enero de 2004 [*RJ* 2004, 208]; 21 de abril de 2004 [*RJ* 2004, 1676]; 14 de diciembre de 2004 [*RJ* 2004, 8038]; 31 de octubre de 2005 [*RJ* 2005, 7350]; 13 de julio de 2006 [*RJ* 2006, 4967] que admite la tercería a pesar de figurar el bien [cisterna autoportante] en el Registro de Tráfico a nombre del usuario; 22 de febrero de 2006 [*RJ* 2006, 829]). No obstante, ha considerado compraventa disimulada: un contrato que no preveía ni el plazo ni el modo de ejercer la opción de compra (STS de 5 de diciembre de 2002 [*RJ* 2002, 10430]); el supuesto en que figuraba el vehículo registrado en el Registro de Tráfico a nombre del usuario (STS de 23 de julio de 2003 [*RJ* 2003, 6602]) —en la STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9000) además de esa inscripción el precio de la opción era igual al de una cuota mensual y no obstante se calificó el contrato de *leasing*—; el contrato en el que figuraban letras de cambio emitidas y aceptadas por el clientes desde

el comienzo (STS de 16 de marzo de 1998 [RJ 2004, 3406]); el contrato en el que falta la opción de compra (STS de 11 de mayo de 2005 [RJ 2005, 4234]); el contrato con valor residual reducido unido a la inscripción del vehículo en el Registro de Tráfico a nombre del usuario, al no ser dicho vehículo industrial o de transporte (circunstancia que descarta su carácter de bien de equipo) y al hecho de existir una cláusula que da por sobreentendido que el cliente adquiere el bien si no comunica a la arrendadora su voluntad en contra con un mes de antelación a la terminación del contrato (STS de 11 de octubre de 2006 [RJ 2006, 996]). *Vid.* la crítica de REAL PÉREZ, A. (1989-1990) a la afirmación jurisprudencial de que el precio residual «insignificante o simbólico» en el *leasing* es indicativo de que se trata de una compraventa por no cumplir la función económica de un precio autónomo. «Leasing» y compraventa comentario a la STS. (Sala Primera) de 28 de mayo de 1990. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 76, 1989-1990, 347-354.

<sup>32</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1970). Reflexiones en torno al *leasing*, *RDM*, 1970, 605, que fue en la doctrina española el primero en hacer notar la naturaleza financiera del contrato de *leasing* definiéndolo como «operación de crédito con garantía real destinado a financiar la disponibilidad de las cosas». Igual consideración de la naturaleza financiera del contrato tienen SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, McGraw-Hill, 217; COHNEN, S. (2000). El contrato «leasing»: Aspectos de su calificación jurídica, *RJUAM*, núm. 3, 2000, 132, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2007). URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, 529, GARCÍA SOLÉ, F. (1989). La subrogación en los derechos de la compañía de *leasing* frente al proveedor o vendedor, *Act. Civ.*, 1989, 1068; MARCO ALCALÁ, L.A. (1999). Tercería de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito, *CCJC*, núm.50, p.590; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2000). La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *Leasing* en el contrato de arrendamiento financiero. Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999, *RDPat*, 2000, núm. 5, 223.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* 216, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *opus cit.* 1295, y TORRUBIA CHALMETA, B. (2011). Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del *leasing*, *RDBB*, Año núm. 30, núm. 122, 94.

<sup>34</sup> PÉREZ REAL, A. (1990). El *leasing*: «un contrato complejo y atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme (comentario a la STS de Sala Primera, de 26 de junio), considera que, si bien el *leasing* no es una yuxtaposición de relaciones jurídicas difíciles de compaginar, es un contrato complejo (además de atípico), Poder Judicial, núm. 19, 245.

<sup>35</sup> En la exposición de motivos del Anteproyecto se indica que la regulación del contrato de arrendamiento ha planteado diversas cuestiones discutibles, como la regulación o no del denominado arrendamiento operativo, lo que no ha parecido necesario; la propia denominación del contrato para la que, aunque la Real Academia acepta el término «leasing», de acuerdo con la regla general adoptada en materia de términos extranjeros, se ha preferido la denominación española; la necesidad de que exista una opción de compra que se ha descartado siguiendo el criterio de UNIDROIT y del Plan General de Contabilidad; y, finalmente, la reserva del contrato a las entidades de crédito, lo que se ha rechazado, aunque en la práctica sea así por aplicarse la ventaja fiscal solo a los contratos de las entidades de crédito. Sobre el arrendamiento operativo, la jurisprudencia ha señalado que «no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento» (STS de 10 de abril de 1981) y la STS de 19 de enero de 2000 [RJ 2000, 139] lo equipara al *renting*: Asimismo en la sentencia recurrida se distingue esta modalidad de *leasing* financiero, del *leasing* operativo —*renting*— en el cual la sociedad de *leasing* asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso de lo adquirido.

<sup>36</sup> El artículo 512-8.2. b) excluye el arrendamiento financiero del ámbito de aplicación de las ventas con precio aplazado.

<sup>37</sup> Dispone el artículo 576-2: «Arrendador y arrendatario asumirán las obligaciones propias del arrendamiento común con las siguientes particularidades:

a) La obligación del arrendador de entregar el bien al arrendatario se entenderá deferida al tercero proveedor, de quien el arrendador haya adquirido el bien. El cumplimiento de esa obligación será exigible directamente por el arrendatario al proveedor, pero el arrendador está obligado a colaborar a tal efecto con el arrendatario, si este se lo solicitase.

b) Una vez entregado y recibido por el arrendatario el bien arrendado incumbe al arrendador la obligación de mantener al arrendatario en el goce público del bien arrendado por todo el tiempo de contrato libre de derechos y pretensiones de terceros. Sin embargo, el arrendador no responde las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, respecto de las que el arrendatario puede defenderse para impedir las o evitarlas, como poseedor inmediato y legítimo del bien arrendado.

c) No incumbe al arrendador ninguna obligación respecto de la conservación, mantenimiento o reparación del bien arrendado, ni a su entrega de conformidad con las estipulaciones del contrato.

d) Además del uso adecuado del bien arrendado como corresponde a un empresario diligente, el arrendatario estará obligado a conservarlo y mantenerlo y a soportar todos los gastos que tal conservación y mantenimiento impliquen, incluidas las reparaciones ordinarias o extraordinarias del bien, así como a soportar el riesgo de su pérdida, total o parcial. Ni aquellos gastos ni este riesgo podrá el arrendatario repercutirlos al arrendador, ni le dispensarán, de producirse, de la obligación de satisfacer las cuotas arrendaticias previstas en el contrato.

e) Terminado el plazo del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a devolver al arrendador la plena e inmediata posesión del bien, salvo que ejercitase la opción de compra que, en su caso, existiera».

Por su parte, el artículo 576-3 señala: «1. El arrendatario quedará subrogado en los derechos del arrendador como adquirente del bien frente al proveedor.

2. El arrendatario ejercitará estos derechos directamente frente al proveedor, en lo que se refiere a la efectiva entrega del bien arrendado conforme a las estipulaciones del contrato y libre de derechos y pretensiones de terceros. No obstante, si el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones conforme al contrato de compraventa antecedente fuese tal que obligase al arrendatario a resolver dicha compraventa, este deberá contar para ello con el consentimiento del arrendador.».

<sup>38</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010). El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después, 10-11. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf). Señala también este autor: «Lo que no significa que en la relación generada por el leasing no irrumpen los efectos del contrato de la financiera con el proveedor» (...) No hay en modo alguno complejidad o combinación de prestaciones propias de diferentes contratos. Y solo cuando en un contrato se produce la mezcla de prestaciones debidas por las mismas partes procede hablar de contratos complejos o mixtos», con referencia a DÍEZ PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, 361 y sigs., y en el mismo sentido «Mixed contracts». (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Múnich, 2009, II-1.107 (...) Ahora bien, la complejidad de la operación — que no del contrato- no deja sin embargo de ser altamente significativa desde el punto de vista jurídico. Sirve por lo pronto para diferenciar el leasing financiero del operativo. Pero mucho más que eso, porque, en conjunción con todos los demás elementos del contrato de leasing, nos descubre su verdadera función económica a cuyo servicio se ponen las estructuras contractuales de la operación en su conjunto».

<sup>39</sup> De la prohibición de pacto comisorio es manifestación el artículo 1859 del Código Civil que prohíbe al acreedor apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, o disponer de ellas.

<sup>40</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de febrero de 2017 recoge los presupuestos de aplicación de la prohibición de pacto comisorio en un caso en el que se analiza la validez del compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. A este respecto señala: «El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.<sup>a</sup>, ley 41 del Tít. V y 12 del Tít. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición. Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura: En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 mayo)». Y entiende que esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, «en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)».

<sup>41</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) considera que el régimen de resolución del contrato de leasing (recuperación del bien por la entidad de leasing sin tener que devolver ninguna parte de las cuotas ya percibidas) aplicado a inmuebles vulnera los más elementales principios de justicia material y da lugar a un enriquecimiento injusto para el arrendador financiero en perjuicio del propio arrendatario financiero y de cualesquiera terceros que puedan ostentar algún interés legítimo en la consistencia de su patrimonio. El leasing inmobiliario como garantía real anómala, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 247.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, M.C. (2001). El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs. Esta autora se refiere al procedimiento previsto en la LVPBM para el caso de que el usuario incumpla su obligación de pago de las cuotas previstas, siempre que el contrato esté inscrito en el RBM o conste en documentos del tipo de los descritos en los números 4 y 5 del artículo 517 LEC, esto es, en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario (disposición adicional primera.3 LVPBM). De acuerdo con DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) este procedimiento de corte interdicial que se dirige a recuperar la cosa, al prescindir de la subasta como medio para obtener el pago de lo debido con el valor de realización del bien, hace que parezca que la propiedad sobre la cosa por la empresa de *leasing* no se configure como función de garantía del pago. Sin embargo, no debe ser ésta la conclusión, sino, al contrario, la de sostener la inadecuación del procedimiento dada la verdadera función de garantía que cumple el dominio según se deduce de la articulación de los distintos elementos configuradores de la compleja operación de leasing. Por ello, este autor entiende que no le falta razón a la doctrina que sostiene que con el procedimiento de referencia se legitima el pacto comisorio. En su opinión, «la diferencia de trato sin embargo se recorta e incluso desaparece si, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de abril del 2001) el procedimiento indicado se considera dirigido a la recuperación de la cosa por lo que no puede ejercitarse si, previa o simultáneamente, no se ejercita la verdadera acción resolutoria del contrato. Y, por supuesto, al margen quedan las pretensiones dirigidas propiamente al pago, tanto de las cuotas debidas por el usuario como de la indemnización correspon-

diente al incumplimiento. Es razonable sostener que la acción cuasi-interdictal indicada antes no ha de convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado al combinarse con la acción resolutoria. Un criterio satisfactorio en este sentido consiste en que no debe aceptarse que el incumplimiento del contrato resulte ventajoso para la financiera. Así lo señaló acertadamente la sentencia de 12 de junio de 1998». El contrato... *opus cit.* 27 y 28.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) también considera que la resolución del contrato por incumplimiento no debería dar lugar a un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero y de los terceros interesados en su patrimonio; y, además, que el crédito del arrendador financiero no debería beneficiarse de una preferencia crediticia superior a la de un acreedor hipotecario, El leasing inmobiliario..., *opus cit.* 248.

<sup>44</sup> La STS de 15 de abril de 2010 [RJ 2010, 3536] recuerda otras sentencias referidas a la figura del leasing inmobiliario, leasing de retorno o *lease-back*, y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente de 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5082] y 2 de febrero de 2006 [RJ 2006, 494].

En relación con la posibilidad de que en el fondo de la operación pueda alojarse el pacto comisorio señala que es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de leasing o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimación del arrendador para formular tercería de dominio, con la posible aplicación de la LRU (Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio. Entre dichos elementos, señala: [...] 7) El equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien objeto del mismo «requisito subrayado por las SSTs de 16 de mayo de 2005 y 10 de febrero de 2005», y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real de bien «cuya falta es especialmente significativa cuando existe una situación de dificultad económica de la empresa arrendataria», unido al carácter homogéneo o progresivo de la amortización (art. 115.4 TR Ley del Impuesto sobre Sociedades ) como elemento especialmente demostrativo del mantenimiento de la finalidad económico-social propia del arrendamiento financiero de facilitar mediante un especial régimen de uso de determinado bien o bienes de carácter instrumental, del que este ha querido desprenderse con anterioridad, las actividades productivas del arrendatario. 8) El equilibrio de las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares, la posible situación de dificultad de la empresa concesionaria y, según algunas posiciones doctrinales, el equilibrio, en caso de incumplimiento, entre las prestaciones de ambas partes, en proporción a los perjuicios de carácter financiero que supone para el concedente la frustración del contrato por incumplimiento y, una vez más, en consideración al carácter de bienes muebles e inmuebles del objeto del contrato y la peculiar naturaleza de cada uno de ellos en cuanto a su posible depreciación.

<sup>45</sup> La resolución de 28 de enero de 2020 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el pacto comisorio en un contrato de préstamo con opción de compra señala: «El pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia, que ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la

prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores. También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. Las más recientes aportaciones doctrinales sobre la materia vienen a poner de relieve que la vigencia de la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento es innegable, extendiéndose dicha prohibición tanto a fórmulas típicas como atípicas (entre las cuales se encuentra la opción de compra en garantía). Y no obvian que todos los procedimientos legales de ejecución tienen, como objetivo común, obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes en beneficio tanto del acreedor como el deudor; y que una de las finalidades perseguidas con la prohibición del pacto comisorio es proteger no solo los intereses del deudor (evitando que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al importe de la deuda), sino también proteger los intereses de los demás acreedores del deudor. Razón por la que se considera que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello podría admitirse tal pacto 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, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión».

<sup>46</sup> Para el desarrollo del contenido del contrato nos remitimos a DE LA CUESTA RUTE, J.M.: El contrato..., *opus cit.* 21 y sigs.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *opus cit.* 1298.

<sup>48</sup> En contra de la calificación del arrendamiento financiero como derecho real se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 439/2016, 29 de junio de 2016 dictada en materia de concurso al señalar: «Se ha destacado el componente arrendaticio en la relación entre la entidad financiera y el titular del derecho a usar el bien mueble, de tal forma, que el arrendatario financiero del bien no adquiere un derecho real sobre él (a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tal categoría de derechos), sino el derecho a usar la cosa ajena, obligándose el arrendador a mantenerle en el uso pacífico de la misma. El dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario».

<sup>49</sup> En este sentido la DGRN de 18 de marzo de 2014 señala: «Por tanto, la relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento, ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va insito una facultad potestativa de adquisición.» La RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 refiriéndose a esta resolución señala: «No puede embargarse aisladamente una de las relaciones jurídicas que comprende el contrato, porque ambas van indisolublemente unidas. Si se ejecutase el embargo de solo la opción, se desconfiguraría el arrendamiento financiero, dando cabida a un tercero que ostentaría un derecho independiente del cumplimiento de las obligaciones, las del arrendamiento, que lo justifican y permiten su ejecución, aparte de que pudiendo ser el valor residual ínfimo, tal y como se ha dicho, se produciría un más que probable enriquecimiento injusto del adjudicatario, ya que el importe de las cuotas constituye parte del valor final del bien que se amortiza conforme se van satisfaciendo».

Cabe señalar que sido más oportuno que las resoluciones se refiriesen al embargo aislado de «derechos» en lugar de embargo aislado de «relaciones jurídicas» por cuanto que la relación jurídica entre el arrendador financiero y el usuario es única. La opción de compra es una facultad que si se ejercita da lugar al nacimiento de un nuevo contrato (una nueva relación jurídica) distinto del *leasing*.

<sup>50</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M., El contrato..., *opus cit.* 21. Por su parte REVERTE NAVARRO, A. (2010) entiende que si bien para la validez del *leasing* basta la concurrencia de los elementos esenciales del contrato consensual. No precisa, por tanto, forma determinada. Sin embargo, la complejidad de sus caracteres y efectos propugna la formalidad escrita, como requisito «ad solemnitatem», no «ad probationem», siguiendo el sentido de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil: El contrato de *leasing*, *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXV, núm. 1-2-3-4, 85.

<sup>51</sup> El apartado 2 del artículo 517 LEC señala: «Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...]

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos».

<sup>52</sup> Así lo señala DE LA CUESTA RUTE, «El contrato..., *opus cit.* 21.

<sup>53</sup> En igual sentido, STS de 28 de julio de 2011 que más desarrolladamente señala: «El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente. Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero —regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito— que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida del carácter de esencialidad —apartado 1 de la disposición adicional primera—. A la vez, dicha disposición adicional —apartado 2— faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, si es que aquel consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinales cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, la misma norma —apartado 3— permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles. De otro lado, el artículo 56 de la Ley 22/2003, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución. En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica» y STS de 27 de septiembre de 2011. No recoge esta tesis la STS de 29 de junio de 2016.

<sup>54</sup> Las reglas que para la recuperación del bien cedido en arrendamiento establece el apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM son las siguientes:

a) El arrendador, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago al arrendatario financiero, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al

arrendatario de que, en el supuesto de no atender el pago de la obligación, se procederá a la recuperación de los bienes en la forma establecida en la presente disposición.

b) El arrendatario, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al arrendador financiero o a la persona que este hubiera designado en el requerimiento.

c) Cuando el deudor no pague la cantidad exigida ni entregue los bienes al arrendador financiero, este podrá reclamar del tribunal competente la inmediata recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, mediante el ejercicio de las acciones previstas en el número 11.º del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) El Juez ordenará la inmediata entrega del bien al arrendador financiero en el lugar indicado en el contrato. Todo ello, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear otras pretensiones relativas al contrato de arrendamiento financiero en el proceso declarativo que corresponda.

La interposición de recurso contra la resolución judicial no suspenderá, en ningún caso, la recuperación y entrega del bien.

<sup>55</sup> Así lo hace notar DE LA CUESTA RUTE, J.M., El contrato, *opus cit.* 20. Señala el párrafo 4 del artículo 24 ORBM: En caso de ejecución forzosa contra bienes muebles, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el momento en que conste en autos, por certificación del registrador, que dichos bienes figuran inscritos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro.

<sup>56</sup> El Centro Directivo recuerda que la naturaleza del derecho de opción de compra, aisladamente considerada, es discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para una parte de la doctrina y jurisprudencia se trata de un derecho personal porque no otorga un poder directo sobre la cosa — SSTS de 9 de octubre de 1987, 6 de noviembre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000 entre otras—, y para otra es un derecho real —SSTS de 10 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1991—. También la DGRN ha considerado el derecho de opción como derecho real inscribible en la resolución 7 de diciembre de 1978 y como derecho personal en la resolución de 7 de septiembre de 1982.

<sup>57</sup> En el contrato de arrendamiento financiero inscrito en el Registro de la propiedad en el que se estipulaba que «el arrendatario financiero no podrá, sin el previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero, ceder, vender, traspasar o aportar, total o parcialmente, los derechos que a su favor dimanen del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, aunque se tratase de sucesor o continuador de su negocio».

<sup>58</sup> En esta línea DE LA CUESTA RUTE, J.M., para quien; «a partir de la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, que es un registro jurídico, y visto lo que en él se dispone sobre la inscripción del *leasing* y de la opción de compra, debe concluirse la semejanza entre el derecho de opción en nuestro caso y el derecho de opción inscrito en el Registro de la Propiedad. La aplicación, pues, a nuestro caso por analogía de lo dispuesto en el art.14 del Reglamento Hipotecario parece más que justificada», «El contrato, *opus cit.*, 23.

<sup>59</sup> La Ley Concursal hacía referencia expresa al *leasing* en dos preceptos: el número 1 del artículo 56, y el apartado 4.º del número 1 del artículo 90, ambos pensados para el concurso del usuario de *leasing*, que en la práctica es el supuesto más frecuente. No se previó ni, por tanto, se reguló, el concurso de la entidad de arrendamiento financiero, ni el del fabricante o proveedor del bien (vendedor). El artículo 56 LC se ubicaba en la Sección 2.ª (De los efectos sobre las acciones individuales), del Capítulo II (De los efectos sobre los acreedores), del Título III (De los efectos de la declaración de concurso), y el artículo 90 dentro de la Sección 3.ª (De la clasificación de los créditos), Capítulo III (De la determinación de la masa pasiva), del Título IV (Del

informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso).

<sup>60</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) El contrato..., *opus cit.* 30. De acuerdo con los números 2 y 3 del artículo 239 TRLCCon, «2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal. 3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente».

<sup>61</sup> Así lo señaló, vigente la Ley Concursal, la SAP Valencia, Sección 9.ª, de 27 de noviembre de 2013 (AC 2014, 166).

<sup>62</sup> De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1124 del Código Civil. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

<sup>63</sup> De acuerdo con el artículo 517.2 de la LEC, «Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...]

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes, 5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos».

<sup>64</sup> AZOFRA VEGAS, F. (2020) considera que la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero a la que se refiere el artículo 150.3 TRLCCon es la prevista en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM que, tras establecer la posibilidad de inscribir en el RVPBM los contratos de arrendamiento financiero que reúnan las características señaladas en el artículo 1, faculta al arrendador para, en caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero que conste en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.º y 5.º del apartado segundo del artículo 517 LEC o que se haya inscrito en el RVPBM y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, para recuperar el bien conforme a una serie de reglas. De acuerdo con este autor, «la acción se ejercita frente a cualquier incumplimiento del arrendatario y la reclamación dependerá de lo que hayan pactado las partes, con lo que puede incluir únicamente lo impagado, el vencimiento anticipado de las cuotas y también el ejercicio forzoso por el arrendatario de la opción de compra residual. La acción se conduce por un procedimiento similar al de la acción de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos del apartado anterior (art. 150.2 TRLCCon) con mínimas diferencias», «Art. 150» en Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, Vol I, J.I. Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E.M. Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 984.

<sup>65</sup> Recordemos que el núm. 2 de la disposición adicional primera de la LVPBM faculta al arrendador financiero para recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por dicha Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y señala que únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de arrendamiento financiero que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.º y 5.º del apartado segundo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>66</sup> Vid. MARTÍNEZ ROSADO, J. (2006). El leasing financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *RDCP*, núm. 2, 2005, 278 y 284, y SANJUAN y MUÑOZ, E. (2006). El arrendamiento financiero como crédito en el concurso, *RDCP*,

núm. 4., 137 y 149, se refieren a la opción de inicio o de continuación de la acción de recuperación de bienes no afectos.

<sup>67</sup> Para un análisis de los artículos 145 a 149 TRLCon nos remitimos a AZOFRA VEGAS, F. (2020). «Arts. 145 a 149» en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), Enrique Sanjuan y Muñoz (dir.), Eva María Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 2020, 963 y sigs.

<sup>68</sup> Esta opción ha sido muy empleada, por su utilidad, en los concursos de personas físicas para evitar la pérdida de la vivienda habitual gravada con hipoteca.

<sup>69</sup> El núm. 1 del artículo 430 TRLCon establece que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

<sup>70</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I (2012) considera, sin embargo, que se mantiene la fase extrajudicial de la acción de recuperación si bien se desarrollará, en su caso, ante el juez del concurso. «Tratamiento del leasing financiero en el concurso del arrendatario». Anuario de derecho concursal, núm. 26, 100.

<sup>71</sup> En materia de resolución contractual del *leasing* el Tribunal Supremo tiene declarado que el artículo 1255 del Código Civil permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 del Código Civil tengan o no trascendencia resolutoria (STS de 30 de abril de 2010 [RJ 2010, 4360]). Y que lo que en principio puede calificarse como obligación accesoria puede constituirse en obligación esencial del contrato si las partes lo configuran como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de una cláusula penal. (STS de 15 de enero de 2012 [RJ 2013, 19]). Dicha condición resolutoria expresa tiene la cobertura legal del artículo 1114 del Código Civil, en virtud de la cual las partes introducen un acontecimiento cuyo no nacimiento genera la resolución del contrato, al constituirlo en una condición de la que depende la extinción de los pactos celebrados (STS de 12 noviembre de 2014 [RJ 2014, 5697]).

<sup>72</sup> El artículo 56 (Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas), tras la modificación introducida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, señalaba en su número 1: «Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: [...]

c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.».

<sup>73</sup> El artículo 62.1 establecía: «La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso».

<sup>74</sup> *Vid.* al respecto CAMPUZANO, A.B./SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2013). Los contratos financieros y el concurso de acreedores: leasing y seguro en *Los mercados*

*financieros*, (dirs. Conlledo F. y Palomo L.R. (dir.), Tirant lo Blanch, 2013, 139. Y la SAP Salamanca de 20 de enero de 2014 basada en la reforma introducida por la Ley 38/2011. Sentencia luego anulada por la STS de 2 de noviembre de 2016 que confirma que dicha reforma no supone cambio en la doctrina jurisprudencial.

<sup>75</sup> El artículo 61.1 LC señalaba: «1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso».

<sup>76</sup> *Vid.*, entre otras, SSTS de 12 de abril de 2013 [RJ 2013, 4933], 11 de julio de 2013 [RJ 2013, 5198], 11 de febrero de 2014 [RJ 2014, 1087], 24 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1756], 2 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5116] y 12 de noviembre de 2014 [RJ 2014, 5905], 29 de junio de 2016 y 2 de noviembre de 2016.

<sup>77</sup> La Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadió un inciso final en el párrafo segundo del artículo 61.2 LC que parecía corroborar la consideración del leasing con obligaciones recíprocas para ambas partes. Ese inciso señalaba: No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado.

<sup>78</sup> Señala también la STS de 29 de mayo de 2016: La cuestión ha sido tratada por la sala en las sentencias núm. 34/2013, de 12 de febrero, 44/2013, de 19 de febrero, 492/2013, de 27 de junio, 523/2013 de 5 de septiembre, 33/2014, de 11 de febrero, 145/2014, de 25 de marzo, 652/2014, de 12 de noviembre, y 494/2015, de 12 de septiembre. En estas sentencias hemos afirmado que la Ley Concursal no define qué debe entenderse por obligaciones recíprocas. Tampoco lo hace el Código Civil. Este se limita a regular el régimen de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas en el último inciso del artículo 1100, a prever que «la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados» a la hora de establecer los efectos de la obligación condicional de dar en el artículo 1120; a establecer que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» en el artículo 1124; y que «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» al regular la interpretación de los contratos, en el artículo 1289. Con base en esta regulación, esta sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender de la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Dificilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

<sup>79</sup> En este sentido, entre otras, SAP Alicante, Sección 8.ª, de 8 de septiembre de 2011 [JUR 2012, 46174], SAP Valencia, Sección 9.ª, de 23 de enero de 2012 [AC 2013, 654], SAP Vizcaya, Sección 4.ª, de 20 de mayo de 2014 [JUR 2014, 23479]. Y en la doctrina, MONTSERRAT VALERO, A/TORRE DA SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J/LAGO MONTERO, J.M. (2014). «Los contratos ante el concurso de acreedores (2): concretas figuras contractuales». En AAVV (coords. M. Yzquierdo Toslada, J.M. Almudí Cid, y M. A. Martínez Lago). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Aranzadi, 249, y GALICIA AIZPURÚA, G. (2016). *Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso. Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 144.

<sup>80</sup> Entre otras, SAP Zaragoza, Sección 5.ª, de 13 de mayo de 2010 [AC 2010,1489], SAP Burgos, Sección 3.ª, de 18 de diciembre de 2012 [JUR 2013, 40445], y SAP Pon-

tevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2012 [AC 2013, 580]. Y en la doctrina, VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2016). La paralización de las «acciones de recuperación» asimiladas, en AAVV. (dirs. A. Rojo, J.C. Saénz García de Albizu, A.B. Campuzano y R. Lara). *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Aranzadi, 10 y sigs., MARÍN LÓPEZ, M., 567. Así lo recoge AZOFRA VEGAS, F., *opus cit.* 485.

<sup>81</sup> La STS de 29 de junio de 2016 señalará también «Pese a que, como se ha expuesto, del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la finalidad práctica perseguida por la arrendataria suele centrarse en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que le supone acudir a tal contrato como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. La primacía del interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual sobre el de la utilización por el tiempo pactado permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil. Por ello, para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a generalizaciones abstractas, que no tengan en cuenta el concreto régimen contractual establecido en el contrato. Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad contractual, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios con los únicos límites fijados en el artículo 1255 del Código Civil. [...] Para aplicar el artículo 61 LC, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso, entendiendo que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes ha cumplido su prestación antes de la declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal, de modo que durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las relaciones que por su estructura original no eran recíprocas».

<sup>82</sup> Para AZOFRA VEGAS, F., incluso si hay que mantener la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del carácter de contrato con prestaciones a cargo solo del arrendatario financiero en la mayor parte de los contratos de *leasing*, la contundencia del artículo 150 TRLCon hace que parezca claro que el arrendador financiero puede ejercitar las acciones de recuperación, si bien con sujeción a la suspensión temporal de los artículos 145 a 149 TRLCon, cuando los bienes cedidos sean necesarios para la actividad, en caso de incumplimiento del arrendatario. «De otro modo, el artículo 150.3.º TRLCon quedaría casi completamente privado de significado», *opus cit.*, 986.

<sup>83</sup> La previsión del artículo 155.2 LC se contiene en el actual el artículo 430.2TRLCon.

<sup>84</sup> La entidad de arrendamiento financiero presentó demanda de incidente concursal solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero mobiliario concertado con la sociedad concursada por falta de pago de las cuotas mensuales, y la condena a la concursada a la inmediata restitución a la arrendadora financiera de los equipos objeto del contrato, así como el reconocimiento de una serie de créditos a su favor, cuya calificación dependía en algún caso de la efectiva restitución de los equipos. El Juzgado Mercantil dictó sentencia estimando la demanda en lo relativo a la resolución del contrato y la restitución de los bienes objeto de este, y la desestimó en lo relativo al reconocimiento y calificación de créditos, puesto que la lista de acreedores no había sido impugnada en su día, por lo que debía mantenerse la calificación contenida en la misma. La concursada apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso considerando procedente la resolución del contrato con base en el artículo 62 de la Ley Concursal, entendiendo aplicable los efectos previstos en el apartado 4.º de dicho precepto legal respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento y de las ya vencidas. La concursada interpuso recurso de casación contra esta sentencia que el Tribunal Supremo estimó.

<sup>85</sup> El número 2 del artículo 165 TRLCon dispone: «Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior».

<sup>86</sup> El anterior artículo 61.2 párrafo segundo LC no recogía de modo expreso la posibilidad de instar la resolución en interés del concurso no existiendo causa para ello. No obstante, a igual conclusión se llegaba por la remisión que realizaba el precepto al párrafo primero. Este se refería a contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, lo que no parecía exigir un incumplimiento. De otra parte, el párrafo primero del artículo 61.2 LC se refería a «los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte», ahora, con el artículo 165 TRLCon se amplían los casos de resolución. *Vid.* al respecto el OTERO COBOS, M.T. (2020), Comentario al artículo 165 TRLCon. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol I, Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), Enrique Sanjuan y Muñoz (dir.), Eva María Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 1073 y sigs.

<sup>87</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) El contrato, *opus cit.*, 13.

<sup>88</sup> Señalan que con ello se olvida que el leasing no representa ninguna figura de garantía real PACHECO CANETE, M. (2005). Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal, *RDM*, p.109, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2004). En Sánchez-Calero Guilarte, J. y Guilarte Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Legislación Concursal*, T.II, Lex Nova, 1626. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., considera que contrariamente a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal «planteamientos realistas que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos y perturbar el mercado del crédito [...] no impidan, sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso», se menoscaba la naturaleza del *leasing* sin aportar una solución más beneficiosa a los intereses del concurso, *opus cit.* 1324.

<sup>89</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2010). Artículo 90. *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo I. 2.ª ed.* (dir. F. Cordón Moreno), Aranzadi, 1031.

<sup>90</sup> *Vid.* al respecto ALONSO LEDESMA, C. (2020), que considera que el arrendador financiero ostenta una doble condición: la de propietario del bien y la de acreedor con garantía sobre dicho bien, que, frente al usuario arrendatario que incumple el contrato, le permite optar por resolver dicho contrato y recuperar el bien cuando finalice la paralización de la acción o exigir su cumplimiento y reclamar las cuotas pendientes, incluida la correspondiente al valor residual, dado que su crédito es privilegiado: «Artículo 270» en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol II, J.I Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E. M. Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 536. HERBOSA MARTÍNEZ, I. señala que, en este último caso, ejecutará su crédito sobre un bien que ya no es suyo sino del arrendatario, dado que la propiedad se habrá transferido a este por el previo ejercicio de la opción de compra, y que se ha integrado en la masa activa del concurso, *opus cit.* 67.

<sup>91</sup> GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 90. En Rojo, A./Beltrán, E.M., (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, T. 1, 1624.

<sup>92</sup> ALONSO LEDESMA, C., *opus cit.* 536, con cita de PARRA LUCÁN, M.A. (2005) La función de garantía del leasing financiero mobiliario. *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2226 y 2227 y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). El arrendamiento financiero. En Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, T. II, 564.

<sup>93</sup> ALONSO LEDESMA, C., señala que la modificación de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 9/2015, que sustituyó la expresión «los créditos por cuotas de arrendamiento financiero» por «los créditos por contratos de arrendamiento financiero» podría hacer pensar que el privilegio se extiende a los intereses moratorios, indemnizaciones de daños y perjuicios, cláusulas penales etc., que tradicionalmente se entendía que quedaban fuera, *opus cit.* 537.

*(Trabajo recibido el 24 de enero de 2021 y aceptado  
para su publicación el 4 de abril de 2022)*

# Análisis de la normativa sectorial de arrendamientos de vivienda de uso turístico\*

## *Analysis of the sectorial normative for the rental of housing for tourist use*

por

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil  
Universidad de Vigo*

*RESUMEN:* En el presente trabajo se pretende realizar un análisis de una modalidad de alojamiento turístico que consiste en el arrendamiento vacacional de las viviendas habituales o partes de las mismas por parte de sus propietarios. El número creciente de turistas que, por diversas razones eligen esta opción, así como su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, ha obligado a los distintos legisladores autonómicos a su regulación, en virtud de la competencia asumida en conformidad con el artículo 148.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución española. Se procede al estudio comparado de la normativa territorial y a un juicio crítico de la misma, poniendo de relieve la problemática legal que supone la sobredimensión legislativa sobre esta materia, así como la heterogeneidad del

---

\* Estudio realizado en el marco del grupo de investigación consolidado «Patrimonio cultural intangible en el entorno terrestre y marino del Área Atlántica» (acrónimo ATLANTICCULTURESCAPE), financiado por European Territorial Cooperation (INTERREG).

contenido de las normas que provoca que, en función del territorio en que se ubique, su reglamentación difiera de forma notable. Esta circunstancia ha dado lugar a la existencia de diferencias significativas en los distintos aspectos como la denominación, los requisitos, la capacidad y la configuración de las viviendas, el procedimiento administrativo para el inicio de la actividad, su inscripción en el correspondiente Registro..., causando una innecesaria confusión e inseguridad jurídica que podría solventarse mediante la promulgación de una Ley de bases que estableciese los principios mínimos exigidos.

*ABSTRACT: In this paper, the aim is to carry out an analysis of a type of tourist accommodation that consists of the vacation rental of the usual dwellings or parts of them by their owners. The growing number of tourists who, for various reasons, choose this option, as well as its exclusion from the Urban Leases Law 29/1994, of November 24, has forced the different regional legislators to regulate it, by virtue of the assumed competence in accordance with article 148.1.18.<sup>a</sup> of the Constitution. We proceed to the comparative study of the territorial regulations and a critical judgment of them, highlighting the legal problems posed by the legislative oversamension on this matter, as well as the heterogeneity of the content of the rules that causes that, depending on the territory in which it is located, its regulation differs significantly. This circumstance has given rise to the existence of significant differences in the different aspects such as the denomination, the requirements, capacity and configuration of the dwellings, the administrative procedure for the start of the activity, its registration in the Register... causing unnecessary confusion and legal uncertainty that could be solved by enactment of a Basic Law that establishes the minimum principles required.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento. Turismo. Legislación. Vivienda. Propietario.

*KEY WORDS:* Leasing. Tourism. Legislation. House. Owner.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—III. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO O CON FINES TURÍSTICOS: 1. CONTEXTO LEGAL. 2. DENOMINACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN. 3. DURACIÓN DE LA ESTANCIA Y TIPO DE CESIÓN DE LA VIVIENDA. 4. CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y REQUISITOS FÍSICOS DE LOS ALOJAMIENTOS:

A) Andalucía. B) Aragón. C) Asturias. D) Baleares. E) Canarias. F) Cantabria. G) Castilla-La Mancha. H) Castilla y León. I) Cataluña. J) Galicia. K) La Rioja. L) Madrid. M) Murcia. N) Navarra. O) País Vasco. 5. PROCEDIMIENTO DE INICIO DE LA ACTIVIDAD Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS Y DE LOS USUARIOS: A) Andalucía. B) Aragón. C) Asturias. D) Baleares. E) Canarias. F) Cantabria. G) Castilla y León. H) Comunidad Valenciana. I) Galicia. J) Madrid. K) Murcia. M) Navarra. N) País Vasco. 6. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO. 7. RÉGIMEN SANCIONADOR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El turismo es una causa importante de la movilidad humana. Se encuentra en el centro de la vida social y cultural<sup>1</sup> y de una sociedad en la que el desplazamiento turístico se ha convertido en un «mecanismo de los que depende la realización personal y reconocimiento social»<sup>2</sup>. Constituye también una herramienta para el desarrollo regional y socioeconómico y el impulso de zonas urbanas<sup>3</sup>.

Tradicionalmente la movilidad turística se gestionaba a través de la intervención de una empresa turística y el cliente. Si bien es cierto que las familias para obtener una fuente de ingresos han alquilado sus viviendas o partes de ellas desde que el turismo se ha convertido en un fenómeno global, es preciso señalar que en los últimos años esta actividad ha asumido un gran protagonismo. La grave crisis económica mundial ha propiciado que las personas busquen nuevas fuentes de ingresos, desconocidas hasta ese momento, encuadradas en lo que se ha denominado economía colaborativa, que puede definirse como un intercambio de bienes y servicios de igual a igual. En este sentido, el desarrollo de nuevas tecnologías<sup>4</sup> han transformado las prácticas turísticas. Se han integrado en esta industria plataformas *peer to peer* (p2p), como Airbnb, Booking, Niumba etc..., que han tenido una incidencia significativa en la expansión del turismo colaborativo, fundamentalmente en el ámbito del transporte y del alojamiento<sup>5</sup>. Se ha permitido así la generalización de la vivienda de uso turístico (VUT).

Como se expondrá, consiste en que los propietarios de bienes inmuebles (viviendas unifamiliares o pisos) puedan arrendarlas por cortos periodos obteniendo unos ingresos mayores que si formalizasen un contrato de arrendamiento conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre (en adelante LAU)<sup>6</sup>. No obstante, este tipo de transformación en el sector del alojamiento ha sido criticado dado que, por un lado, es una modalidad de alojamiento que, en numerosas ocasiones, opera al margen del control administrativo y fiscal y, por otra, actúa como competencia

desleal hacia el sector hotelero y demás establecimientos turísticos «legales»<sup>7</sup>. Desde un punto de vista jurídico, su exclusión de la LAU ha provocado que deba ser regulado mediante una legislación específica, que ha sido aprobada en los últimos años y que analizaremos en las líneas siguientes.

## II. MARCO NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS DE USO TURÍSTICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La citada LAU ha sido modificada por diversas normas, fundamentalmente, por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas<sup>8</sup> en cuyo preámbulo se pone de manifiesto la problemática derivada del aumento significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, lo que genera situaciones de intrusismo y competencia desleal contrarios a la calidad de los destinos turísticos. Este hecho propició que fuesen excluidos de la norma civil estatal —hasta ese momento eran regulados en el título III de la LAU, siendo asimilados a los arrendamientos de temporada<sup>9</sup>—, para quedar sujetos a la normativa específica de cada comunidad autónoma, como hemos indicado, siendo solo de aplicación la citada norma en defecto de legislación autonómica<sup>10</sup>. Este posicionamiento ha sido reforzado tras la promulgación del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que recoge en el artículo 5 los arrendamientos excluidos de la misma, disponiendo en el apartado e, lo siguiente:

*«La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».*

La nueva redacción del mencionado apartado soslayó, a nuestro entender, la problemática que generaba la aplicación del contenido del citado precepto conforme a la Ley 4/2013<sup>11</sup>. La interpretación doctrinal sobre la anterior redacción defendía que si esta modalidad de alquiler se comercializaba o promocionaba en canales de oferta turística, debía quedar sujeta a la correspondiente legislación autonómica. Si por el contrario el contrato se formalizaba de forma directa entre particulares, sin la intervención de una empresa intermediaria, debía aplicarse la LAU porque no se consideraba un arrendamiento de uso turístico<sup>12</sup>, circunstancia que había sido criticada por las dudas que generaba<sup>13</sup>. Pese a ello, la mayoría de las normas autonómicas optaron por considerar que cualquier arrendamiento de corta duración, con independencia de la forma

de comercialización, debía ser regulado por la normativa territorial de cada autonomía<sup>14</sup>. Actualmente, la modificación legislativa del año 2019 ha propiciado que toda cesión temporal del uso de una vivienda con fines turísticos sea incluido en el ámbito, si existe, de la norma sectorial correspondiente<sup>15</sup>, solo procediendo la aplicación subsidiaria de la LAU en caso contrario.

Conforme a la distribución competencial establecida en los artículos 148 y 149 de la Constitución española, las comunidades autónomas, en virtud del artículo 148.1.18 del citado texto legal pueden asumir —y han asumido en su totalidad—, la competencia en la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial<sup>16</sup>. Esta circunstancia ha propiciado la existencia de una profusa regulación sobre esta materia<sup>17</sup>. En relación a las viviendas de uso turístico, se debe señalar que en los últimos años se ha procedido a la aprobación por todas las autonomías, con la excepción de Extremadura<sup>18</sup>, de una normativa específica sobre las mismas, que ha dado lugar a una sobredimensionada legislación, produciendo una reglamentación diferente de esta modalidad de arrendamiento en función del territorio en el que esté ubicado el alojamiento turístico<sup>19</sup>. De esta forma, los requisitos que deben cumplir estas viviendas, así como los trámites para el inicio de la actividad, entre otros aspectos, difieren notablemente en virtud de la norma territorial que deba ser aplicada.

Acerca de este hecho, creemos necesario realizar las siguientes puntualizaciones. Consideramos que era necesario la promulgación de una legislación *ad hoc* para los arrendamientos de viviendas de uso turístico por el incremento de esta modalidad alojativa, así como por motivos de calidad que proporcionase a los usuarios una información veraz sobre el servicio ofertado y, evitar, que su clandestinidad pudiese perjudicar a los clientes<sup>20</sup>. Asimismo, como hemos indicado, no se pueden obviar los efectos fiscales de esta modalidad que, al no estar regulada, podría suponer que los ingresos obtenidos no se declarasen, con el evidente perjuicio para la Hacienda Pública. Otro argumento a favor de su regulación era el intento de evitar la competencia desleal con los demás establecimientos que deben cumplir sus obligaciones tributarias y administrativas en el desarrollo del sector turístico. No obstante, no podemos dejar de poner de relieve el problema existente en nuestro ordenamiento jurídico por el desigual tratamiento legal otorgado por cada comunidad autónoma pareciendo que, en ocasiones, se ha legislado siguiendo criterios políticos o económicos, más que normativos. Compartimos el posicionamiento doctrinal que considera necesario un marco homogéneo de su tratamiento jurídico, habiéndose desaprovechado la oportunidad de realizarse mediante el RDL 7/2019<sup>21</sup>.

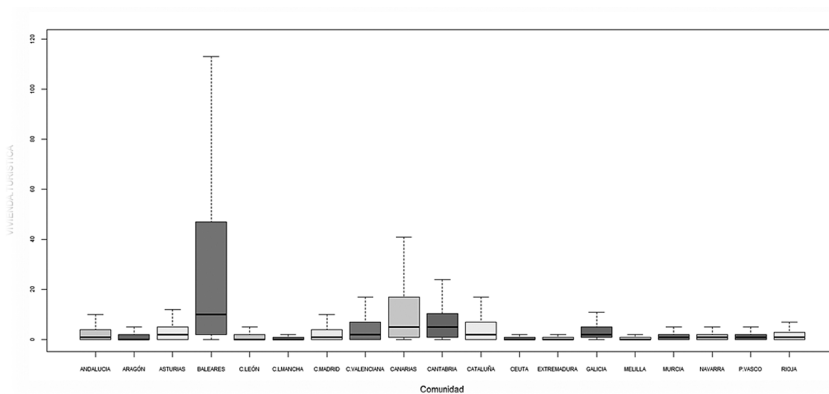
En esta línea, se debe señalar que pese a la importancia que la existencia de este tipo de alojamiento está causando, la literatura existente acerca de un tratamiento global y comparativo de las distintas normativas autonómicas es escaso, mereciendo a nuestro entender, un estudio que permita, en primer lugar,

conocer las características de esta modalidad de alojamiento turístico y por otra, comparar el marco normativo de la legislación del arrendamiento turístico en el ordenamiento jurídico español, que es la finalidad de esta memoria.

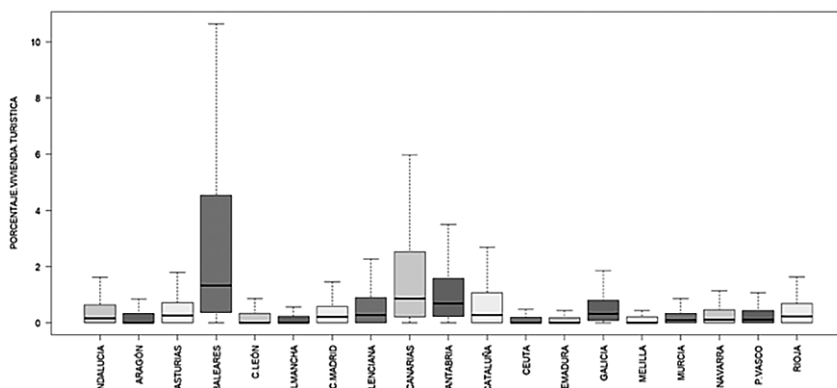
Por último, debemos señalar que, actualmente, los propietarios pueden arrendar su vivienda con usos turísticos conforme a lo que disponga la normativa autonómica. No obstante, la LAU pese a prever el problema que podría surgir en las edificaciones sometidas a la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, caracterizadas por la existencia de elementos privativos y comunes, y las molestias que esta modalidad de arrendamiento podría ocasionar a los vecinos, ha determinado, en su artículo 17.12 que su limitación requerirá el voto favorable de tres quintas partes del total de propietarios, que a su vez represente las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, se requerirá esta mayoría para «*el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, sin que puedan tener efectos retroactivos*». En ambos casos, la eficacia de estos acuerdos será irretroactiva.

### III. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO O CON FINES TURÍSTICOS

Previo al análisis de la legislación autonómica, en el siguiente gráfico se pone de manifiesto el número de viviendas turísticas por cada comunidad autónoma. Como se puede observar, Baleares es la que presenta una diferencia significativa respecto a las demás; las siguientes en el orden, a una considerable distancia, son Canarias y Cantabria. Por el contrario, los valores más bajos corresponden a Ceuta y Melilla.



En consonancia, al analizar el porcentaje de vivienda turística sobre el total de viviendas en cada sección censal en cada una de las comunidades autónomas, se observan similares resultados presentado, nuevamente, el mayor porcentaje Baleares, seguida de Canarias y Cantabria. En el caso opuesto se encuentra Melilla.



## 1. CONTEXTO LEGAL

La primera cuestión que surge tras el estudio de las diferentes normativas es la referente a la inclusión o no, en una misma norma jurídica, de la regulación de las viviendas de uso turístico y de los apartamentos turísticos. A nuestro entender, la diferencia entre ambos es clara, por cuanto estos últimos deben ubicarse en un edificio completo, o al menos que una parte esté individualizada con entrada y salida independientes<sup>22</sup>. Además, deben incluir no solo alojamiento, sino también la prestación de distintos servicios, como conserjería, restauración, vigilancia... Sin embargo, respecto a las viviendas de uso turístico solo es necesaria la facultad de disposición sobre un piso o apartamento en un edificio o una casa unifamiliar para su arrendamiento por cortos periodos de tiempo. Respecto a su diferenciación, alguna posición doctrinal parece considerar que lo más adecuado sería haberlas catalogado como un tipo de apartamento turístico para evitar así el intrusismo o competencia desleal, puesto de manifiesto por el sector hotelero<sup>23</sup>. En este sentido ha procedido la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura porque, como hemos comentado, no incluye la vivienda de uso turístico como alojamiento turístico extrahotelero, por lo que queda incluida en la categoría de apartamento turístico<sup>24</sup>.

En todo caso, proceden a regular en una única normativa ambos arrendamientos; el Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha, el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña, el Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consejo, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunidad Valenciana, el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico de Galicia, el Decreto 40/2018, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo de turismo de La Rioja, el Decreto 29/2019, de abril del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en la Comunidad de Madrid y la Ley Foral 19/2020, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo de Navarra, así como el Decreto 230/2011, de 26 de octubre, de apartamentos turísticos.

Por el contrario, otras autonomías han decidido aprobar normas que regulen exclusivamente las viviendas de uso turístico; así, el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, sobre viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de arrendamientos de apartamentos turísticos de Andalucía, el Decreto 8/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico, el Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico de Cantabria, el Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León, la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de Baleares, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias, el Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia y el Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico del País Vasco.

## 2. DENOMINACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN

Por otro lado, en la profusa regulación autonómica se utilizan distintos términos para hacer referencia a esta modalidad de arrendamiento. La denominación más habitual es vivienda de uso turístico; así proceden el artículo 1 del decreto de Asturias<sup>25</sup>, el artículo 2 del decreto de Aragón, el

artículo 1 del decreto de Cantabria, el artículo 1 del decreto de Castilla-La Mancha, el artículo 4 del decreto de Castilla y León, el artículo 221 del decreto de Cataluña, el artículo 5 del decreto de Galicia<sup>26</sup>, el artículo 18 del decreto de La Rioja, el artículo 2 del decreto de Madrid, el artículo 1 del decreto de Murcia y el artículo 1 del decreto del País Vasco. En otros casos, se denominan viviendas con fines turísticos; en concreto, el artículo 1 del decreto de Andalucía y el artículo 47 del decreto de la Comunidad Valenciana. En otro sentido, en el artículo 5 del decreto de Canarias se designan como viviendas vacacionales, estancias turísticas en viviendas de uso residencial en el artículo 49 de la ley de Baleares y viviendas turísticas en el artículo 16 de la ley foral de Navarra y 22.2 del decreto foral.

Centrándonos, por tanto, en las viviendas con fines turísticos o de uso turístico, debemos señalar que la totalidad de las legislaciones determinan que tendrán la consideración de tales aquellas que se encuentren ubicadas en inmuebles residenciales o suelo de uso residencial, con la particularidad recogida en el artículo 5.6 del decreto de Galicia, que establece que si la normativa urbanística lo permite, las viviendas de uso turístico podrán estar situadas en suelos de uso distinto al residencial. De forma genérica, pueden ser definidas como aquellas viviendas amuebladas y equipadas para su utilización de forma inmediata, que son cedidas de forma temporal, habitual y lucrativa por su titular dominical a terceros, produciéndose su comercialización o promoción mediante canales de oferta turística o de cualquier otra forma.

La totalidad de las normativas autonómicas consideran requisitos fundamentales su ofrecimiento mediante contraprestación y cuyo fin habitual sea el turístico, excluyéndose las destinadas a uso de vivienda habitual. En relación a lo que se entiende por habitualidad, se observa cierta discrepancia entre las distintas normas. Por ejemplo, el artículo 2.c del decreto canario dispone que se hará de forma habitual cuando la cesión de la vivienda se produzca «dentro del periodo de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones». El artículo 4.c del decreto de Castilla y León considera que existe habitualidad si se facilita el alojamiento «en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes». El artículo 3.d del decreto de Asturias indica que este requisito se cumplirá cuando se preste el servicio al menos una vez al año. El artículo 5.2 del decreto de Galicia establece que se produce cesión reiterada cuando la vivienda se ceda dos o más veces dentro del período de un año. El artículo 2.4 del decreto de Murcia entiende que hay habitualidad cuando el alojamiento se contrate en dos o más ocasiones dentro del mismo año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones. El artículo 2.d del decreto de Castilla-La Mancha determina que se tiene lugar este requisito cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones por anualidad.

Por otro lado, determinadas autonomías no son demasiado explícitas, hecho que nos parece criticable por la inseguridad jurídica que provoca, porque condicionan la habitualidad y la finalidad turística a los supuestos en los que la comercialización o promoción se realiza a través de canales de oferta turística. En este sentido se manifiestan el artículo 3.2 del decreto de Andalucía, el artículo 1.2 del decreto de Cantabria, el artículo 66.1 del decreto de La Rioja, el artículo 2.4 del decreto de Murcia y el artículo 2.3 del decreto del País Vasco. En particular, el artículo 2.3 del decreto de Madrid expresa que se realizará de forma habitual cuando el interesado la publicite por cualquier medio y presente la preceptiva declaración responsable. El artículo 47.2 2 del decreto de la Comunidad Valenciana presume la habitualidad cuando se produzcan alguna de las siguientes circunstancias respecto del inmueble: su cesión para su uso turístico por empresas gestoras de viviendas turísticas, su puesta a disposición de los usuarios por parte de los propietarios, con independencia de cuál sea el período de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera, cuando se utilicen canales de comercialización turística.

En relación al modo en que debe publicitarse esta modalidad de arrendamiento, se aprecian también diferencias notables. Puede afirmarse que, por un lado, determinadas normas solo permiten su comercialización o promoción en canales de oferta turística; así, el artículo 3 del decreto andaluz, el artículo 3.b del decreto asturiano, el artículo 2 del decreto aragonés, el artículo 2.c del decreto cántabro, el artículo 2.c del decreto castellano manchego, el artículo 66.1 del decreto riojano y el artículo 2.3 del decreto vasco. En otras es posible que dicha publicidad se realice de cualquier otro modo, en consonancia con la modificación operada por el RDL del 2019 y que, a nuestro entender, se debería haber procedido a su inclusión en toda la normativa sectorial, modificando aquellas que se habían aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del citado texto legal. En cualquier caso, actualmente este hecho se encuentra recogido en el artículo 2 del decreto aragonés, el artículo 50.1 de la ley balear, el artículo 2 del decreto canario, el artículo 2.d del decreto castellano leonés, el artículo 221.1 del decreto catalán, el artículo 5.1 del decreto gallego, el artículo 2.2 del decreto madrileño, el artículo 5.4. del decreto murciano, el artículo 12.6 de la ley navarra y el artículo 47.2 del decreto valenciano.

Otra cuestión que presenta disonancia en las regulaciones autonómicas es la referente a la consideración sobre cuáles son los canales de promoción o comercialización turística. Un número importante no hace mención a los mismos. Por el contrario, otras proceden a su descripción detallada, pudiendo afirmar que vinculan este hecho a la profesionalidad. En este sentido, se expresan el artículo 2.3 del decreto del País Vasco que enumera las siguientes: agencias de viajes, centrales de reserva, otras empresas de mediación y

organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación a través de internet u otras nuevas tecnologías de información y comunicación, que faciliten su contratación o reserva, o permitan el enlace o inserción de contenidos por medios telemáticos, agencias o empresas intermediarias del mercado inmobiliario, empresas que inserten publicidad de viviendas para uso turístico en medios de comunicación social, cualquiera que sea su tipología o soporte. El artículo 47.2 del decreto de la Comunidad Valenciana determina que tendrán esta consideración cuando se realice a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido internet u otros sistemas de nuevas tecnologías. El artículo 2.3 del decreto de Murcia considera como tales «*las agencias de viaje, las centrales de reservas, las empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos internet y cualesquiera otros canales de intermediación a través de las nuevas tecnologías, los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento, páginas webs de promoción, publicidad, reserva o alquiler, así como cualquier forma de ofrecer o publicitar la vivienda*». En el artículo 2.3 b) del decreto de Aragón se recogen los siguientes: las agencias de viajes, las centrales de reserva, otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales, la inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas. No se puede obviar que la redacción otorgada por este último precepto induce a dudas interpretativas, sobre todo en relación al último párrafo<sup>27</sup>. Por último, el artículo 3.3 del decreto de Andalucía declara como tales, las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento.

### 3. DURACIÓN DE LA ESTANCIA Y TIPO DE CESIÓN DE LA VIVIENDA

Un aspecto significativo dada la idiosincrasia de este tipo de alojamientos es, en nuestra consideración, la determinación de su duración, para evitar su posible confusión con los restantes contratos de arrendamientos de vivienda habitual o local comercial. Nos parece criticable, por tanto, el silencio que sobre este aspecto mantienen determinadas normas autonómicas como las de Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia y País Vasco. Se debe señalar que el decreto madrileño, en su artículo 17.3, establecía que la duración de la estancia no podría ser inferior a cinco días. Esta restricción ha sido anulada por la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016 por considerar que no existen exigencias ni de necesidad ni de proporcionalidad respecto a los dos objetivos que se pretendían con dicha restricción: la protección de los consumidores y la lucha contra la opacidad fiscal.

En las restantes, los periodos de duración establecidos son heterogéneos. En aquellas que se establece expresamente el plazo máximo, este difiere: Andalucía excluye en su artículo 1.2 b como viviendas con fines turísticos las contratadas por tiempo superior a dos meses computados de forma continuada por una misma persona usuaria, el artículo 2.c del decreto de Aragón dispone que deberá ser de un mes o inferior, el artículo 2 del decreto de Castilla y León indica que no podrán superar los dos meses seguidos por cada usuario, el artículo 221 1.2 del decreto de Cataluña señala que será igual o inferior a treinta y un días mientras que el plazo establecido en el artículo 4.2 del decreto de Galicia no podrá ser superior a treinta días<sup>28</sup>, el artículo 50.13 de la ley de Baleares declara que la estancia no podrá superar el mes, determinando los artículos 66 del decreto de La Rioja y 2 del decreto de Navarra<sup>29</sup> que deberá ser igual o inferior a tres meses. En otras normas autonómicas se hace una remisión genérica: *«toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo, que no implique cambio de residencia por parte de la persona usuaria»*; así se expresan el artículo 3.a decreto de Asturias (tanto para la vivienda vacacional como la de uso turístico), el artículo 2.d decreto de Canarias y el artículo 2 decreto de Cantabria. Por otro lado, es poco explícito el decreto de la Comunidad Valenciana porque, en su artículo 47.2.b, solo exige que se presten servicios propios de la industria hotelera, con independencia del periodo de tiempo contratado.

Otra circunstancia relevante es la referida a si es posible la cesión por habitaciones de la vivienda o debe ser cedida en su totalidad. En este sentido, tampoco existe una postura uniforme porque cada territorio ha legislado sobre esta cuestión de manera diferente, aspecto que incide en este desbarajuste normativo. De esta forma, algunas normativas no establecen nada al respecto, como la navarra. La mayor parte exigen que se debe arrendar la totalidad de la vivienda; así se manifiestan Aragón, artículo 1.2, Cataluña, artículo 221 1.3, Comunidad Valenciana, artículo 47, Madrid, artículo 2.2. Se debe mencionar que dos normas que permitían la cesión por estancias han sido anuladas por la autoridad judicial. En concreto, el artículo 3.2. del decreto de Castilla y León ha sido declarado nulo por la STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 2018 porque como razona la Sala *«(...) siempre en relación con la protección del consumidor o usuario del arrendamiento turístico, no se aprecian razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, por lo que no se estima que este límite al desarrollo de la actividad esté justificado (...)»*. En la misma línea de entendimiento se pronuncia la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017 cuando considera que la exigencia dispuesta en el artículo 12.1 del decreto canario no está justificada porque vulnera la libre oferta de servicios. *«(...) La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un*

producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia».

Esta postura es defendida por cierta doctrina al indicar que esta limitación atenta contra la propiedad privada y el uso de las facultades que la titularidad dominical otorga a los propietarios<sup>30</sup>. Quizás, esta ha sido la razón por la que el decreto de Galicia en su artículo 5.1 declare que la cesión de la vivienda ha de ser completa, pero la Instrucción interpretativa 1/2017, de 9 de mayo, para la aplicación del Decreto 12/2017, de 26 de enero, ha aclarado que no supone la prohibición de la cesión por habitaciones, sino que únicamente determina su exclusión de la norma turística y su sujeción, en su caso, a la normativa civil. En el mismo sentido parece interpretarse el artículo 12.c del decreto de Castilla-La Mancha, que dispone que se excluye la cesión por estancias pero no su prohibición, por lo que también se remitiría a la legislación civil<sup>31</sup>. Por otro lado, la ley balear determina en su artículo 49<sup>32</sup> que solo pueden arrendarse viviendas turísticas en su totalidad, regulándose por otra normativa el arrendamiento por habitaciones. No obstante, aclara que es posible alquilar las viviendas habituales por un plazo máximo de sesenta días al año, permitiéndose en este caso, su cesión por habitaciones siempre que no superen las plazas determinadas por la célula de habitabilidad. Por último, el artículo 66.3 del decreto de La Rioja exige que el alojamiento comprenda la unidad completa. En el caso que la cesión sea por habitaciones se someterá al régimen aplicable a las pensiones y requerirá la comunicación de inicio de actividad como tal.

Únicamente permiten tanto la cesión completa como por habitaciones; Andalucía, artículo 5.1, Cantabria, artículo 3.b —exigiendo ambas que el titular tenga su residencia en la vivienda—, Asturias<sup>33</sup>, artículo 12.1 —sin necesidad de que el propietario resida en la misma—, Murcia, artículo 2.2, y País Vasco, artículos 1.2 y 1.3.

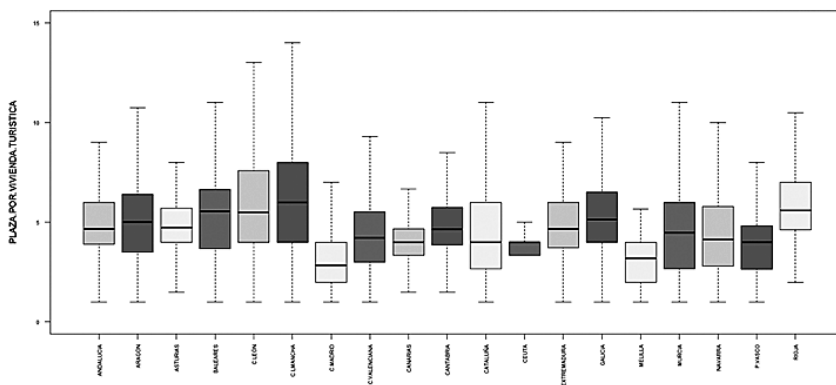
#### 4. CONFIGURACIÓN, CAPACIDAD Y REQUISITOS FÍSICOS DE LOS ALOJAMIENTOS

Como cualquier otra vivienda, es necesario que cumpla los requisitos de habitabilidad y seguridad establecidos por la legislación vigente<sup>34</sup>. Asimismo, deberá disponer de licencia de ocupación y mantenerse en un adecuado estado de conservación, cumpliendo con la normativa de accesibilidad<sup>35</sup> y supresión de barreras arquitectónicas<sup>36</sup>, por una cuestión de seguridad y protección del consumidor y usuario.

Respecto a la configuración, la capacidad y los requisitos mínimos exigidos de las viviendas debemos indicar que se aprecian importantes diferencias entre las normas autonómicas. No obstante, todas ellas determinan que deben estar amuebladas, perfectamente limpias y contar con los enseres

necesarios (cubertería, menaje, etc...) para su uso inmediato. El estudio detallado de las distintas normas permite observar el diferente grado de regulación de los diferentes aspectos, ahondando en la heterogeneidad legislativa territorial sobre esta materia. En algunos casos, nos parece que el grado de exigencia es desproporcionado e innecesario<sup>37</sup>; por ejemplo, en el caso de las legislaciones de Asturias, Castilla y León y Galicia en claro contraste con las de La Rioja, Navarra y Madrid. Procedemos a continuación a su exposición por cada autonomía, para su mejor comprensión.

En el siguiente gráfico, se muestra la oferta de plazas por vivienda turística entre las diferentes comunidades autónomas. Como se pone de relieve, la autonomía que más plazas ofrece por vivienda turística es Castilla-La Mancha, seguida de La Rioja y Baleares. En el extremo, opuesto se encuentra la Comunidad de Madrid y Melilla.



### A) Andalucía

La capacidad máxima de estos alojamientos no podrá ser superior a quince plazas cuando la cesión de la vivienda sea completa y si lo es por habitaciones, el límite será de seis plazas sin que, en ninguno de los casos, se pueda exceder de cuatro plazas por habitación, conforme al artículo 5.1. La norma andaluza indica en el artículo 6 que las habitaciones deben tener ventilación directa al exterior y oscurecimiento de ventanas, refrigeración de las habitaciones y otras estancias durante los meses de mayo a septiembre. Si la ocupación se produce entre los meses de octubre a abril, deberán contar con calefacción. Otros requisitos exigidos son que se disponga de botiquín de primeros auxilios, información turística en soporte físico o electrónico de la zona, sitios de ocio o restauración, comercios, servicios médicos, apar-

camientos, medios de transporte urbano, plano de la localidad y guía de espectáculos, información de las normas internas de funcionamiento de las instalaciones, equipos de la vivienda, de la admisión de mascotas y de las restricciones, en su caso, para personas fumadoras.

### *B) Aragón*

En el artículo 8 del decreto de Aragón se establece que la capacidad máxima alojativa se determinará por la aplicación de los siguientes parámetros: 1 persona por habitación >6 m<sup>2</sup>, 2 personas por habitación >10 m<sup>2</sup> y 3 personas por habitación >14 m<sup>2</sup>. Por otro lado, el artículo 9 solo exige que las viviendas se encuentren en condiciones de ser utilizadas por los clientes en el momento de ser ocupadas, debiendo ser puestas a su disposición en las debidas condiciones de limpieza e higiene, con todo el mobiliario, cubertería, menaje, lencería y equipamientos inherentes a las mismas. Asimismo, se deberá garantizar el suministro permanente y adecuado de agua fría y caliente, de las fuentes de energía necesarias para el uso de la vivienda, así como el correcto funcionamiento de la calefacción automática, durante todo el periodo de estancia de los clientes en las viviendas. En relación a la atención y consultas que puedan plantear los usuarios, el artículo 10 determina que se les deberá facilitar un número de teléfono para atender y resolverlas de manera inmediata, así como las incidencias que puedan surgir sobre el uso de las mismas, debiendo garantizar un servicio urgente de asistencia y mantenimiento de las viviendas. Es preceptivo que el teléfono de contacto y el servicio de asistencia y mantenimiento sean anunciados, al menos en los idiomas castellano e inglés, de forma visible en el interior de la vivienda de uso turístico.

### *C) Asturias*

Especialmente detallada es la regulación en la normativa de Asturias, hecho que nos parece excesivo por regular aspectos que no se exigen en los demás establecimientos turísticos. Como hemos comentado con anterioridad, el decreto de esta autonomía diferencia entre las viviendas vacacionales y las viviendas de uso turístico. El artículo 10 de la citada norma señala que la capacidad máxima de las viviendas vacacionales será de 14 plazas, pudiendo distribuirse en un máximo de 7 habitaciones. Respecto de las viviendas de uso turístico, la redacción es algo más ambigua al establecer que el artículo 13.f que «*las dimensiones mínimas, elementos de equipamientos y cómputo de los metros cuadrados útiles de la vivienda, así como su ocupación,*

*de acuerdo con el número de dormitorios dobles o individuales con los que cuenta, deberán estar en concordancia con lo requerido en la normativa en la que se regulan las condiciones de habitabilidad y seguridad de las viviendas, quedando prohibido a los explotadores alojar un mayor número de personas de las que correspondan a la capacidad establecida por el número de dormitorios y ocupación, según los datos incluidos en la declaración responsable».*

En el mismo sentido, los requisitos exigidos en ambas difieren; respecto de las primeras, el artículo 5 establece que deberán disponer de suministro de agua potable, caliente y fría, y de energía eléctrica garantizada durante las 24 horas del día, con puntos y tomas de luz en todas las habitaciones y zonas de uso común, sistema efectivo de evacuación de aguas residuales, servicio público o privado de recogida de basuras autorizado por el Ayuntamiento. Si la recogida no se efectuara diariamente, la basura nunca estará expuesta en lugares visibles, calefacción, botiquín de primeros auxilios, un extintor, al menos, por planta, instalado en un lugar visible y de fácil acceso, teléfono para uso de los clientes y acceso señalizado. El camino debe ser de acceso practicable para toda clase de turismos hasta el entorno inmediato de la vivienda.

Esta normativa, incluso, regula los requisitos que deben cumplir las distintas dependencias. Así, el artículo 6 indica que los dormitorios deberán disponer de iluminación natural y de ventilación directa al exterior o a patios no cubiertos, siendo su superficie mínima de 10 metros cuadrados para habitaciones dobles y de 6 metros cuadrados para las individuales. En aquellas habitaciones dobles que superen en 3 metros la superficie mínima exigida podrá instalarse una plaza supletoria. El mobiliario mínimo estará formado por camas con una anchura mínima de 0,8 y 1,35 metros, según sean individuales o dobles, mesillas de noche, silla o butaca por ocupante previsto, armario ropero, empotrado o no, con perchas adecuadas y puntos de luz con interruptor al lado de la cama. Las camas habrán de estar dotadas de somier, colchón, almohada y ropa de cama, todo ello en perfectas condiciones de higiene y de calidad aceptable. Se pondrá a disposición de la clientela lencería suficiente para poder realizar los cambios cuando resulte preciso, garantizando un mínimo de dos juegos completos de ropa de cama por semana de estancia. Las ventanas estarán dotadas de contraventanas, persianas, cortinas o cualquier otro sistema efectivo de oscurecimiento que impida el paso de la luz a voluntad de la clientela.

Respecto a los servicios higiénicos, el artículo 7 declara que tendrán que disponer de ventilación suficiente, directa o inducida. Estarán equipados con lavabo, bañera o, al menos, plato de ducha, inodoro, espejo, y toma de corriente en un lugar adecuado para su utilización por la clientela, toallero y repisa para los objetos de tocador. Dispondrán, asimismo, de la lencería de baño suficiente para poder realizar los cambios cuando

resulte preciso, garantizando un mínimo de dos juegos completos por persona y semana de estancia. Si la capacidad de la vivienda no excede de seis plazas podrá tener un único cuarto de baño, exigiéndose, al menos dos, cuando la supere. Por otro lado, el alojamiento deberá contar con un salón adecuado a la capacidad máxima del establecimiento, a razón de un metro cuadrado por plaza, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 8 metros. Deberá estar debidamente equipado y con el mobiliario en buen estado de uso y conservación, como señala el artículo 8. Por último, la cocina tendrá siempre ventilación directa, estará equipada con fregadero, cocina con dos fuegos, horno, frigorífico y una despensa, que podrá ser sustituida por armarios o anaqueles suficientes para los víveres y utensilios, contando, asimismo, con vajilla, cristalería, cubertería, menaje y batería de cocina, todo ello en proporción a la capacidad máxima de la vivienda. Contará, asimismo, con lavadora y plancha, según lo establecido por el artículo 9.

En otro orden, las viviendas de uso turístico deberán estar suficientemente amuebladas y dotadas de los electrodomésticos y enseres necesarios para su ocupación inmediata, con todo el mobiliario, cubertería, menaje, lencería y equipamientos inherentes a las mismas, acorde al número de plazas de que dispongan, y en perfecto estado de mantenimiento, limpieza e higiene. Se garantizará la reposición de los enseres necesarios en su caso. Asimismo, deberán contar con suministro permanente y adecuado de agua fría y caliente sanitaria, y de energía eléctrica y calefacción capaz de alcanzar y mantener una temperatura ambiental adecuada, así como de un extintor e iluminación de emergencia. Las habitaciones tendrán ventilación directa al exterior o a patios no cubiertos y algún sistema de oscurecimiento de las ventanas. El número de baños debe ser proporcional a los usuarios alojados. Cuando no exceda de seis plazas podrá tener un único cuarto de baño, exigiéndose, al menos dos, cuando se supere este número, como se recoge en el artículo 13.

#### *D) Baleares*

El artículo 52 de la ley de Baleares determina que las viviendas deberán disponer, al menos, de un cuarto de baño por cada cuatro plazas. En los casos de plazas que excedan el número de cuatro o de múltiplos de cuatro se exigirá un nuevo cuarto de baño. La ocupación en la normativa de Baleares estará condicionada al número máximo de plazas que permita la cédula de habitabilidad o el título de habitualidad, como declara el citado precepto. Por otro lado, el artículo 51 de la citada norma específica que será preceptiva la limpieza periódica de la vivienda, antes de la entrada

de nuevos clientes o durante la estancia de estos, el suministro de ropa de cama, lencería, menaje de la casa en general y reposición de estos, así como el mantenimiento de las instalaciones. Además, se deberá posibilitar la asistencia telefónica al turista o usuario durante las veinticuatro horas. Este número y servicio también tendrá que estar a disposición de la comunidad de propietarios a fin de poder comunicar incidencias graves que se puedan producir y que le afecten.

### *E) Canarias*

El artículo 9 del decreto de Canarias determina que tanto el diseño como las dimensiones de la vivienda serán tales que admitan una adecuada dotación de muebles, facilitando, junto con sus instalaciones y equipos las actividades de descanso y vestuario, aseo, manutención, estar, almacenaje y acceso a los servicios de telecomunicaciones, en su caso. Las dimensiones mínimas, elementos de equipamientos y cómputo de los metros cuadrados útiles del programa de la vivienda, así como su ocupación, de acuerdo con el número de dormitorios dobles o individuales con los que cuenta, deberán estar en concordancia con la normativa vigente. El artículo 10 de la mencionada norma exige que, como equipamiento general, se incluya el cierre interior de seguridad en puertas de acceso y botiquín de primeros auxilios. Por otro lado, incide con especial detalle en los requisitos que deben cumplir cada una de las estancias. Así, en cada dormitorio con los que cuente debe existir iluminación para la lectura junto a cada cama, un sistema efectivo de oscurecimiento, perchas de material no deformable y estilo homogéneo adecuadas al número de personas usuarias, camas dobles o individuales con las siguientes dimensiones mínimas: individuales: 0,90 m x 1,90 m, dobles: 1,35 m x 1,90 m., equipamiento mínimo y ropa de cama suficiente por persona usuaria: protector de colchón, sábanas o similar, manta, almohada, cubrecama; en el supuesto en que la contratación fuese superior a una semana, se dotará de otro juego de cama por persona usuaria para cada semana o fracción.

Respecto al baño, deberá contar con espejo, secador, porta-rollos para papel higiénico, alfombrilla, soporte, con capacidad suficiente, para colocar objetos de aseo en caso de no contar con encimera o similar, toalleros, perchas o colgadores con capacidad suficiente, sistema que impida la salida de agua en la bañera o plato de ducha, toallas de baño y toallas de mano por cada persona usuaria. Cuando la estancia fuese superior a una semana, se dotará de otro juego de toallas por persona usuaria para cada semana o fracción. Por último, la cocina deberá tener horno o microondas, cafetera, vajilla, cubertería y cristalería en número adecuado a

la capacidad de las personas usuarias, menaje y lencería suficiente para la manipulación y consumo de alimentos, utensilios de limpieza, plancha y tabla de planchar.

*F) Cantabria*

La normativa de Cantabria no hace referencia a la capacidad y configuración del alojamiento, circunstancia que nos parece criticable porque no obliga a los propietarios a informar sobre estos aspectos, lo que sin duda opera en detrimento de los usuarios. Respecto a los requisitos exigidos, son regulados en los decretos del 2012 y 2019. El artículo 30.2.e) del primer texto obliga a las empresas turísticas a prestar los servicios en los términos pactados, debiendo mantener la vivienda en perfectas condiciones de limpieza e higiene en el apartado g y reiterado en el artículo 37. En el artículo 32 se determina que el hospedaje comprenderá el uso de la unidad de alojamiento y de los servicios comunes a todo el establecimiento, así como de los servicios complementarios que pudieran ofertarse a los clientes. La utilización de los servicios comunes no podrá llevar aparejado suplemento alguno de precio, pero sí los complementarios. Respecto a los primeros se consideran como tales, las piscinas al aire libre y demás espacios deportivos y las hamacas, toldos, sillas, columpios y mobiliario propio de piscinas, playas o jardines. Se establece en el artículo 35 la obligación de prestar el servicio gratuito de custodia de dinero y objetos de valor; a tal efecto, serán entregados por los huéspedes en la recepción. Los establecimientos confeccionarán un recibo en el que conste claramente el dinero y objetos de valor depositados por el cliente.

Por último, el artículo 5 del decreto de 2019 dispone que deberá existir un extintor en cada planta, recogiendo en su artículo 6 las obligaciones de los propietarios que, a nuestro entender, pueden considerarse más requisitos formales que relativos a las propias condiciones de la vivienda. No obstante, cabe destacar que deben comunicar a los clientes las normas de utilización, así como la temporada de funcionamiento de la vivienda, con expresa mención a las fechas de apertura y cierre y las formas de pago aceptadas, mantener actualizada la página web, en el supuesto que la vivienda dispusiese de la misma, contestando las peticiones de información recibidas a través de este instrumento de comunicación, exhibir los precios de los servicios ofertados en lugar claramente visible y de fácil lectura para el público, con el debido detalle del precio final que será aplicable al usuario, haciendo constar separadamente y con suficiente claridad cada uno de los servicios y conceptos de tal forma que posibilite que el usuario tome una decisión antes de la contratación de un servicio turístico.

*G) Castilla-La Mancha*

El artículo 16, apartados 2 y 3 del decreto de Castilla La Mancha declara que las viviendas de uso turístico tendrán como mínimo un salón-comedor, cocina, dormitorio y cuarto de baño. Su capacidad se determinará por el número de camas existentes en los dormitorios y por el de plazas convertibles disponibles en el salón-comedor y en los dormitorios, teniendo en cuenta lo siguiente: en ningún caso se permitirá la instalación de más de 2 plazas en el salón-comedor y 4 plazas en los dormitorios, de las cuales 2 deberán ser camas ni tampoco la capacidad de la vivienda de uso turístico podrá ser superior a la capacidad máxima establecida en la licencia de primera ocupación o documento análogo, o en caso de que esta no lo estableciera, a un máximo de 12 plazas, siendo a partir de esa cantidad regulado por el régimen jurídico de alojamiento hotelero o extrahotelero que le fuera de aplicación en base a las instalaciones y servicios del inmueble.

Asimismo, se determinan los requisitos y condiciones de las distintas dependencias recogidas en el artículo 16.1. Son los siguientes: disponer de ventilación directa al exterior o a patios, con persianas o con algún sistema de oscurecimiento similar en las ventanas, estar amuebladas y dotadas de todos los aparatos y enseres necesarios para su uso inmediato y acorde al número de plazas de ocupación, disponer de calefacción y aire acondicionado en los dormitorios y salón y de botiquín de primeros auxilios. Se debe proceder a la limpieza de la vivienda a la entrada y salida de nuevos clientes, así como disponer de ropa de cama, lencería, menaje de casa en general, en función a la ocupación máxima de la vivienda, y un juego de reposición. También deberán tener tabla y plancha de la ropa, debiendo estar todos ellos en perfecto estado de mantenimiento, limpieza e higiene. Es preceptivo poner a disposición de los usuarios un número de teléfono para atender y resolver dudas e incidencias relativas a la vivienda de modo inmediato en un lugar visible, así como las instrucciones de funcionamiento de los electrodomésticos u otros dispositivos que lo requieran para su correcta utilización. Por último, deberá contar con conexión a Internet Wifi y determinar las normas internas relativas al uso de las instalaciones y dependencias de la vivienda, así como la admisión o no de mascotas en la vivienda, restricciones para personas fumadoras y las zonas de uso restringido.

*H) Castilla y León*

Dada la minuciosidad y grado de detalle con el que se regulan todos los aspectos que deben cumplir las viviendas de uso turístico en la normativa de esta comunidad autónoma, nos remitimos a lo expuesto respecto a la

legislación de Asturias. El artículo 5 del decreto de Castilla y León establece que las plazas de cada alojamiento se determinarán en función del número de camas existentes en los dormitorios, incluidas las posibles literas, y por el de camas convertibles o muebles-cama instaladas en el salón-comedor, incluidas las camas supletorias. Las camas dobles se computarán como dos plazas y las cunas no computarán como tales. Por otro lado, el artículo 7 de la citada norma dispone que deberán contar, como mínimo, con las siguientes dependencias: dormitorio, salón-comedor, cocina y cuarto de baño o aseo, salvo las viviendas de uso turístico de tipo estudio, en las que el dormitorio, salón-comedor y cocina ocuparán un espacio común.

Respecto a los requisitos que deben cumplir los dormitorios<sup>38</sup>, el artículo 8 determina que deberán disponer de una zona de ventilación directa al exterior o patio de luces no cubierto y con algún sistema de oscurecimiento que impida el paso de la luz exterior y se regule a voluntad del turista. El equipamiento mínimo de los mismos será el siguiente: una cama individual de dimensiones mínimas de 0,80 x 1,90 cm o una cama doble de dimensiones mínimas de 1,35 x 1,90 cm, una mesilla de noche separada o incorporada a la cabecera de la cama o camas, un armario ropero, empotrado o no, con perchas suficientes, lencería para cambio de sábanas. Respecto de los aseos, el artículo 9 indica que contarán con lavabo, inodoro, ducha o bañera, punto de luz, espejo, soporte para el papel higiénico, y jabón. Las bañeras y las duchas dispondrán de un sistema antideslizante. Deberán tener ventilación directa o forzada que permita la suficiente renovación del aire. Tendrá que existir al menos un salón-comedor o un comedor, conforme al artículo 10, cuyas dimensiones deberán estar adaptadas a la capacidad máxima del establecimiento. Será necesario que estén dotados de mobiliario idóneo y suficiente para el uso al que se destinan y estarán equipados, como mínimo, con mesa de comedor, sillas y sofás o sillones. Se debe garantizar que estén adecuadamente iluminados y ventilados, debiendo contar con algún sistema de oscurecimiento que impida el paso de la luz exterior y se regule a voluntad del turista.

Por último, la cocina como indica el artículo 11, deberá contar con el siguiente equipamiento: frigorífico, cocina convencional, microondas, campana extractora de humos, lavadora, fregadero, armarios, cubo de basura, y elementos de menaje (cubtería, vajilla, cristalería, batería de cocina), suficiente en relación con la capacidad en plazas de la vivienda de uso turístico, debiendo contar, además con las instrucciones de funcionamiento de los electrodomésticos, debiendo tener siempre ventilación directa. Respecto a los servicios comunes, recogidos en el artículo 12, se exige el suministro permanente de agua caliente y fría apta para el consumo humano, suministro eléctrico adecuado y suficiente, calefacción, suministro de combustible necesario, en su caso, para procurar el correcto funcionamiento de todos los

servicios, botiquín de primeros auxilios, limpieza y cambio de ropa de cama y baño a la entrada de nuevos clientes, conservación y reparación de las instalaciones y equipamiento, cunas, cuando sean requeridas por el turista.

### *I) Cataluña*

El artículo 221 2.1 del decreto de Cataluña determina que las viviendas no podrán estar ocupadas con más plazas de las indicadas en la cédula de habitabilidad y, en cualquier caso, su capacidad máxima no puede exceder de 15 plazas. Por otro lado, el apartado 2 del citado precepto indica que las viviendas deben estar suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos y utensilios necesarios para ser ocupados inmediatamente, con la finalidad de prestar un servicio de alojamiento correcto en relación con la totalidad de plazas de que dispongan, todo en perfecto estado de higiene. El propietario del alojamiento o la persona gestora en quien delegue, deberá facilitar a las personas usuarias y vecinos el teléfono para atender y resolver de manera inmediata consultas e incidencias relativas a la actividad de vivienda de uso turístico, así como garantizar un servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda. Se exige, además, que se haga entrega a los usuarios un documento que recoja las normas de convivencia acordadas por la comunidad de propietarios donde se integra la vivienda, si lo hay. Este documento deberá estar redactado, como mínimo, en los siguientes idiomas: catalán, castellano, inglés y francés. En el supuesto de que el usuario atentase contra las reglas básicas de la convivencia o incumpla ordenanzas municipales dictadas a ese efecto, la persona titular de la propiedad, o la persona gestora de la vivienda de uso turístico, deberá requerir al cesionario para que abandone la vivienda inmediatamente. Por último, las viviendas de uso turístico deberán exhibir en un lugar visible y fácilmente localizable para las personas usuarias la comunicación del Número de Inscripción del Registro de Turismo de Cataluña (NIRTC), su capacidad máxima y el teléfono del servicio de asistencia y mantenimiento. Aquellos que todavía no dispongan del NIRTC, transitoriamente, suplirán su exhibición con la comunicación del número provisional.

### *J) Galicia*

Al igual que las legislaciones de Asturias y Castilla y León, consideramos que el legislador se ha excedido en la exigencia de los requisitos que deben cumplir este tipo de alojamiento. El artículo 14.1 del decreto de Galicia señala que los apartamentos y viviendas turísticas deberán contar, como mínimo, con las siguientes dependencias: dormitorio, sala de estar-comedor,

cocina y cuarto de baño, excepto los apartamentos turísticos tipo estudio, en los que el dormitorio está integrado en el salón-comedor y la cocina podrá formar una pieza única junto con el salón-comedor-dormitorio. El artículo 23 de la mencionada norma establece que la capacidad de la vivienda turística no podrá superar las 10 plazas; se determinará por el número de camas existentes en los dormitorios y por el de plazas convertibles disponibles en la sala de estar-comedor y en los dormitorios. La superficie mínima requerida será de 6 metros cuadrados en dormitorios de una plaza y de 10 metros cuadrados en los de dos plazas. Además, indica que para que la sala de estar-comedor o dormitorios puedan disponer de plazas convertibles deberán superar para cada una un 25% de la superficie mínima exigida en el decreto. En ningún caso se permitirá la instalación de más de 2 plazas en la sala de estar-comedor y 4 plazas en los dormitorios, de las cuales dos deberán ser camas. Si la capacidad del establecimiento excede de 6 plazas, deberá disponer, por lo menos, de 2 baños dotados de plato de ducha o bañera, inodoro y lavabo, cada uno de ellos.

Asimismo, el artículo 14.2 del decreto dispone que la vivienda deberá entregarse en perfectas condiciones de uso. Las instalaciones, mobiliario, elementos decorativos, aparatos y ajuar serán, en todo momento, de calidad acorde con la categoría del establecimiento y se mantendrán en las debidas condiciones de conservación y limpieza. Los alojamientos deberán disponer de agua potable de consumo humano, así como de tratamiento y evacuación de aguas residuales, en los términos establecidos en la correspondiente normativa sectorial. Asimismo, deberán cumplir con las siguientes exigencias: la altura mínima de las habitaciones y del resto de dependencias de uso general será la establecida en la legislación vigente.

Por otro lado, los dormitorios, el salón-comedor y la cocina deberán disponer, en todo caso, de ventilación directa al exterior. Los cuartos de baño podrán tener ventilación directa o forzada. En el caso de que la cocina esté integrada en el salón-comedor, la ventilación directa será común a toda la estancia. Los dormitorios tendrán un mobiliario mínimo integrado por camas individuales (con una anchura mínima de 0,90 m), o dobles (con una anchura mínima de 1,35 m), armario ropero (empotrado o no), con perchas suficientes, y puntos de luz con interruptor al lado de la cama. Deben disponer de lencería de cama para realizar los cambios cuando resulte preciso. Contarán, igualmente, con un sistema efectivo de oscurecimiento que impida totalmente la entrada de luz a voluntad de la clientela. El salón-comedor tendrá unas dimensiones adaptadas a la capacidad máxima del establecimiento, a razón de un metro cuadrado por plaza, siendo la mínima exigida ocho metros cuadrados en viviendas turísticas. Estarán dotados de mobiliario idóneo y suficiente para el uso a que se destinan. La cocina deberá contener los elementos necesarios para la conservación y tratamiento de alimentos, y

deberá disponer de vajilla, cristalería, cubertería, ajuar y batería de cocina, en proporción a la capacidad máxima del establecimiento, así como de lavadora y plancha. Los cuartos de baño estarán equipados con lavabo, bañera o plato de ducha, inodoro, espejo y toma de corriente, toallero y repisa o mueble para los objetos de aseo; debiendo estar, asimismo, provistos de la lencería de baño suficiente para poder realizar los cambios cuando resulte preciso. Se exige la recogida diaria de basura o, en su caso, la existencia de contenedores conforme a las ordenanzas municipales relativas a la recogida de residuos, o servicio municipal de recogida de basura si los contenedores están situados a menos de 50 metros. Todos los establecimientos deberán garantizar que los apartamentos y viviendas consigan y mantengan una temperatura ambiente mínima de 19 grados.

Asimismo, el artículo 25 determina, respectivamente, que el establecimiento deberá contar con un sistema de calefacción, pudiendo prescindirse de este servicio siempre que su período de funcionamiento se limite a los meses comprendidos entre junio y septiembre, ambos incluidos. En otro orden, el artículo 26 indica que no será exigible al titular, salvo pacto en contrario, la limpieza y el cambio de lencería durante el período de estancia del usuario en la vivienda. No obstante, la vivienda deberá contar con lencería bastante para posibilitar, cada siete días, los cambios por parte de la persona usuaria turística, a razón de un juego de toallas completo por baño y un juego de sábanas completo por cama. Por último, el artículo 39 exige que exista un servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda.

#### *K) La Rioja*

En contraste apreciamos que la norma riojana adolece de una insuficiente regulación, creando importantes lagunas que, como siempre, afectarán al cliente y a la calidad del servicio. El artículo 18 del decreto de La Rioja establece que la capacidad máxima de plazas de alojamiento será el doble del número de habitaciones de la vivienda, incluido el salón, y hasta un máximo de 8 plazas, incluidas las posibles camas convertibles y supletorias. En cualquier caso, *«la capacidad vendrá determinada por el número total de camas de las habitaciones computándose como dos plazas de alojamiento las camas con una anchura superior a 1,35 metros»*.

#### *L) Madrid*

En nuestra opinión, esta normativa regula de forma concisa los requisitos relativos a la capacidad y configuración, pero carece de una mayor

especificación de los aspectos materiales de los que deben disponer estas viviendas. De esta forma, el artículo 17 bis del decreto de la citada comunidad autónoma solo exige el Certificado de idoneidad para vivienda de uso turístico (CIVUT), que estará a disposición de los usuarios, y que acredita el cumplimiento de los siguientes requisitos: disponer de calefacción y suministro de agua fría y caliente, contar con al menos de una ventilación directa al exterior o a patio no cubierto, un extintor manual en el interior de la vivienda colocado a no más de 15 metros de la puerta de salida de la vivienda, señalización básica de emergencia indicando la puerta de salida de la vivienda y un plano de evacuación del edificio y de la vivienda en un lugar visible.

En relación a su configuración, el artículo 18.1 determina que deberán estar compuestas, como mínimo, por un salón-comedor, cocina, dormitorio y baño, pudiendo denominarse «estudios» cuando en el salón-comedor-cocina esté integrado el dormitorio y cuente con un máximo de dos plazas. Las capacidades máximas de alojamiento son las siguientes: para viviendas inferiores a 25 m<sup>2</sup> útiles, hasta dos personas, en al menos una pieza habitable; para viviendas entre 25 m<sup>2</sup> y 40 m<sup>2</sup> útiles, hasta cuatro personas, en al menos dos piezas habitables y por cada 10 m<sup>2</sup> útiles adicionales en, al menos una pieza habitable más independiente, se permitirán dos personas más.

Respecto a los requisitos, el citado precepto señala que deberá especificarse un número de teléfono de atención permanente para las incidencias o consultas que los usuarios puedan plantear, asimismo deberá disponer de un rótulo informativo con los teléfonos y direcciones de los servicios de emergencia y sanitarios redactados al menos en español e inglés. Se contratarán amuebladas, equipadas y en condiciones de uso inmediato. Además, deberán tener a disposición de los usuarios hojas oficiales de reclamación. Por otro lado, los propietarios o sus representantes deberán disponer de seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos de los usuarios por daños corporales, materiales y los perjuicios económicos causados por el ejercicio de su actividad. También, deberán proporcionar a los usuarios, con carácter previo a la contratación de la vivienda de uso turístico, información relativa a la accesibilidad de la vivienda de uso turístico.

### *M) Murcia*

El decreto de Murcia determina en su artículo 12 que las viviendas cedidas en su totalidad o por habitaciones, estarán suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos, cubertería, menaje, lencería y enseres necesarios para su empleo inmediato como alojamiento, en relación con las plazas de que dispongan. Asimismo, deberán contar con suministro de agua potable,

fría y caliente, energía eléctrica, gas en su caso, tratamiento y evacuación de aguas residuales, así como tener espacio y enseres para el almacenamiento inmediato de residuos y para su separación acorde con el sistema de recogida existente en el municipio donde esté ubicada. Además, tendrán que tener un extintor instalado en lugar fácilmente accesible y un botiquín básico de primeros auxilios. Se señala en el artículo 13 que las viviendas cedidas en su totalidad contarán, al menos, con un salón-comedor, cocina, dormitorio y cuarto de baño. Podrán ser tipo estudio cuando en el salón-comedor-cocina esté integrado el espacio de dormitorio, en cuyo caso la capacidad máxima será de dos plazas en camas convertibles. En el supuesto de que la vivienda se ceda por habitaciones, deberán tener cocina, cuarto de baño, salón-comedor y, como mínimo, un dormitorio destinado al alojamiento turístico distinto al reservado al titular, que debe tener en la vivienda su residencia efectiva. En este caso no se permitirán viviendas tipo estudio.

Respecto a su capacidad, el artículo 14 dispone que la máxima de las viviendas de uso turístico será la establecida en la licencia de ocupación o equivalente. En todo caso, no se podrán superar las 10 plazas, incluyendo, en el supuesto de cesión por habitaciones, a las personas que tengan su residencia efectiva en ella. Dicha capacidad, en plazas, de las viviendas de uso turístico será determinada por el número de camas existentes en los dormitorios, incluidas las posibles literas, y por el de camas convertibles, y en función de los siguientes parámetros: dormitorio individual mínimo 6 m<sup>2</sup> de superficie, dormitorio doble mínimo 8 m<sup>2</sup> de superficie y por cada plaza en litera será preciso disponer de una superficie mínima de 3.5 m<sup>2</sup>. En las viviendas de uso turístico cedidas en su totalidad, el número de plazas contenidas en convertibles no podrá exceder del 50% del total de las plazas existentes en camas de los dormitorios, exceptuando el caso de las viviendas de un solo dormitorio donde se podrán instalar dos plazas en convertibles. Los muebles convertibles podrán instalarse en el salón-comedor y/o en los dormitorios.

#### *N) Navarra*

Se puede afirmar que la regulación contenida en el decreto de Navarra sobre este aspecto de la regulación es parco, incompleto y claramente desacertado, siendo la normativa de todo el contexto jurídico español que menos esfuerzos ha dedicado a establecer legalmente los requisitos de capacidad, configuración y elementos de la vivienda de uso turístico. El artículo 3 de la citada norma se limita a señalar que se podrán adscribir a la modalidad de vivienda turística los apartamentos turísticos tipo casa, villa, chalet, cueva, construcciones prefabricadas o similares de carácter fijo y

los adosados o las partes independientes de un edificio que cumplan con los siguientes requisitos mínimos: superficie útil mínima de 90 m<sup>2</sup>, acceso independiente y segregación vertical.

*O) País Vasco*

El artículo 12.2 del decreto del País Vasco dispone que las viviendas que se cedan en su totalidad deberán disponer al menos de cocina, cuarto de baño y una estancia destinada a dormir, considerándose como tal, además de los dormitorios, las salas de estar habilitadas a ese fin. Si se ofreciese el alojamiento por habitaciones, deberán contar, además de cocina y cuarto de baño, con un dormitorio destinado al alojamiento turístico, distinto de los reservados a las personas que tengan en ella su residencia efectiva. A estos efectos, no se podrán destinar a dormitorio las salas de estar. Se deberá garantizar un uso privativo de los dormitorios, que estarán independizados mediante puerta. Las viviendas, cedidas en su totalidad o por habitaciones, dispondrán de un cuarto de baño por cada cuatro personas, con lavabo, inodoro y plato de ducha o bañera. En caso de estar incorporado en una habitación, se entenderá que es de uso exclusivo de las personas alojadas en ella, por lo que deberá contarse con otro a disposición del resto de personas usuarias, respetando la proporción señalada. Respecto a su capacidad de alojamiento, el artículo 13 declara que bien se cedan enteras o por habitaciones, el número de plazas ofertadas será acorde a sus características constructivas. En defecto de norma específica, el número máximo de ocupantes de la vivienda, incluyendo, en su caso, personas residentes y usuarias, se determinará en aplicación de las siguientes ratios: una vivienda para 1 persona deberá disponer como mínimo de 25 metros cuadrados útiles de superficie, una vivienda para 2 personas habrá de contar como mínimo con 33 metros cuadrados útiles de superficie, una vivienda para 3 o más personas deberá disponer como mínimo de 15 metros cuadrados útiles de superficie por persona. No se computarán, a estos efectos, las superficies de terrazas, balcones o tendedores. En todo caso, las viviendas tanto cuando se ceden enteras como por habitaciones, no podrán ofertar más de 8 plazas en total, incluyendo entre ellas a las personas que tengan su residencia efectiva en la vivienda.

En relación a los requisitos, los artículos 14 y 15 del decreto del País Vasco exigen que estén completamente amuebladas y dotadas de las instalaciones, servicios y electrodomésticos, así como del ajuar doméstico y de los elementos de limpieza e higiene que sean precisos para su ocupación y disfrute inmediatos, de tal manera que se proporcione un servicio de alojamiento correcto y adecuado, según las normas usualmente aceptadas de

confort, en relación con la totalidad de plazas que se oferten. Además, tanto la cesión de las viviendas completas como por habitaciones, deben contar, como mínimo con electricidad y agua corriente potable, caliente y fría, calefacción en habitaciones, baños, sala de estar y comedor, equipamiento de los dormitorios, consistente en cama, un armario ropero con perchas suficientes, una silla o butaca y una mesilla con lámpara de noche y equipamiento y ropa de cama, consistente en somier, colchón, almohadas, sábanas y mantas o edredón, por cada una de ellas, así como un juego de toallas por persona. Se deberá garantizar que todas las estancias se encuentran en buenas condiciones y que las instalaciones funcionen correctamente. Es obligatorio que estén limpias y ordenadas, debiendo realizarse una limpieza antes de la entrada de nuevos clientes. El artículo 12.4 puntualiza que los dormitorios, así como las salas de estar cuando se destinen a dormir, deberán contar con una fuente de iluminación natural y ventilación directa al exterior o a patio ventilado.

Asimismo, en garantía de la seguridad del uso de la vivienda, el artículo 15 señala que deben contar con los siguientes elementos de seguridad, en un lugar de fácil visibilidad y próximo a la zona de entrada: un plano con indicación de las salidas al exterior, en el que consten sus distintas dependencias y el número de plazas de cada habitación, información sobre localización y teléfono de los servicios de bomberos, policía y atención sanitaria más próximos, así como la indicación del número de teléfono 112 de atención de emergencias, un extintor manual y un botiquín de primeros auxilios. Por último, deberá poner a disposición de un servicio de atención telefónica, con un horario mínimo de 08:00 a 22:00 horas, de lunes a domingo.

Para finalizar, como hemos indicado Extremadura no contiene una normativa sectorial y el decreto de la Comunidad Valenciana no hace referencia a este aspecto. Por último, son pocas las legislaciones que clasifican las viviendas de uso turístico en categorías. A título ilustrativo, el artículo 49 del decreto de la Comunidad Valenciana declara que se clasificarán en categorías superior y estándar. Por el contrario, los artículos 4 del decreto de Murcia y el 4 del decreto del País Vasco determinan su clasificación en una categoría única.

## 5. PROCEDIMIENTO DE INICIO DE LA ACTIVIDAD Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS Y DE LOS USUARIOS

Respecto a este punto de la regulación, se debe señalar que la práctica totalidad de las normas autonómicas exigen la presentación de la declaración responsable de inicio de la actividad ante el organismo competente. En nuestra opinión, debería ser una obligación inexcusable por cuanto es la formalidad que permite a la Administración tener constancia de la existencia de

este tipo de alojamiento y controlar su adecuación a la normativa sectorial vigente. Por lo tanto, nos extraña y nos merece un juicio negativo que alguna norma no incluya ningún precepto que regule las formalidades necesarias para el ejercicio de esta modalidad de arrendamiento, como ocurre en las de Castilla-La Mancha, Cataluña y La Rioja. Tampoco la normativa de la Comunidad Valenciana contempla *stricto sensu* el procedimiento de inicio, sino que se limita a requerir un documento de autorización y responsabilidad que, a nuestro entender, no cumple con los requisitos formales que deberían ser exigidos. No obstante, entre las que sí la regulan, se aprecian diferencias respecto a los extremos que deben contener, circunstancia criticable por la necesaria homogeneidad que debería presentar este trámite administrativo. Por otro lado, en algunas legislaciones se detallan las obligaciones de los propietarios y de los clientes. A continuación, procedemos a su estudio individual, sobre estos apartados referenciados.

#### *A) Andalucía*

La legislación de esta autonomía regula el procedimiento para el inicio del ejercicio de esta actividad en el artículo 9. En concreto, se exige la presentación, por parte del titular, de la declaración responsable ante la Consejería competente en materia de turismo. El contenido exigido es el siguiente: los datos correspondientes a la identificación de la vivienda, incluyendo su referencia catastral y su capacidad; los datos del titular y el domicilio a efecto de notificaciones. En el caso de que sea explotada por una persona o entidad que no sea el propietario, será necesaria su identificación.

Por otro lado, en el artículo 7 se recogen los requisitos exigidos para la formalización del contrato y acceso a la vivienda. De esta forma, el citado precepto indica que a todos los usuarios se les entregará, en el momento de su recepción, un documento a modo de contrato<sup>39</sup> en el que debe constar, al menos, el nombre o entidad que explota la vivienda, el código de inscripción en el Registro de Turismo de la Comunidad, así como el número de personas que la van a ocupar, el precio total de la estancia y el número de teléfono operativo para atender y resolver de forma inmediata, cualquier cuestión o problema que pudiera surgir respecto a la vivienda.

En otro orden, los usuarios deberán presentar su DNI para cumplimentar el parte de entrada conforme a la legislación vigente sobre libros-registro de personas viajeras en establecimientos de hostelería y otros análogos. La copia del documento de identidad deberá conservarse por el propietario o entidad explotadora durante el periodo de un año y estando a disposición de los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía por el periodo de un año.

En relación a la entrega de la vivienda, se estará a lo pactado entre las partes. En caso de inexistencia de pacto, se entenderá que el derecho de ocupación comienza a las 16.00 horas del primer día y finaliza el último a las 12.00 horas. Asimismo, en el momento de la entrada el usuario será informado sobre el funcionamiento de los aparatos electrodomésticos y demás instrumentos que existan en la vivienda. Será informado, también, de las normas de uso de las instalaciones comunes, facilitándole las llaves y tarjetas que permitan el uso de dichas dependencias.

### *B) Aragón*

Señala el artículo 14 que, con carácter previo al inicio de la actividad, modificación o reforma de una vivienda de uso turístico, el propietario o gestor de la misma deberá formalizar una declaración responsable dirigida al Servicio Provincial correspondiente del Departamento competente en materia de turismo, de conformidad con lo dispuesto al respecto en la legislación turística de la comunidad autónoma de Aragón.

Los extremos que debe contener esta declaración son, como mínimo, los siguientes: los datos de la vivienda y su capacidad legal máxima, los datos de la persona propietaria y, en su caso, de la persona gestora. En este último supuesto, deberá hacerse constar que la persona gestora dispone de título suficiente otorgado por el propietario para la gestión de la vivienda, el número de teléfono para atender de manera inmediata comunicaciones relativas a la actividad de vivienda de uso turístico, declaración responsable del cumplimiento de la normativa vigente en materia de habitabilidad y seguridad para su uso residencial como vivienda, así como sobre potabilidad y depuración de agua y evacuación de residuales, declaración responsable acerca de la compatibilidad del uso con el planeamiento urbanístico del municipio o, en su caso, la disposición de las autorizaciones municipales que fueren necesarias para el ejercicio de la actividad en el inmueble de que se trata, en el caso de las viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico.

La declaración responsable podrá presentarse por medios telemáticos conforme al modelo existente en el Catálogo de Procedimientos Administrativos y Servicios obrante en la sede electrónica del Gobierno de Aragón, en la dirección <http://www.aragon.es>. Tras la formalización de la citada declaración y en un plazo no superior a tres meses, tras las oportunas comprobaciones, el Servicio Provincial correspondiente podrá, en su caso: inscribir el acto o hecho declarado en el Registro de Turismo de Aragón a efectos meramente

informativos, prohibir el uso turístico de la vivienda en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable, sin que por ello se derive derecho alguno a indemnización, establecer motivadamente las condiciones en que pudiera tener lugar la actividad del establecimiento, y su correspondiente inscripción

Los actos de inscripción podrán ser modificados o revocados previa audiencia al interesado y con la debida motivación, cuando se incumplan o desaparezcan las circunstancias que dieron lugar a aquellos o sobrevinieran otras que, de haber existido, habrían justificado su denegación o, en su caso, oposición.

### *C) Asturias*

El artículo 29 establece que los titulares o empresas explotadoras de las viviendas vacacionales, así como las de uso turístico, con antelación al inicio de la actividad, deberán presentar ante la Administración competente en materia de turismo, una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones exigibles para el ejercicio de las actividades de alojamiento referidas. En dicha declaración, la persona que represente a la empresa manifestará bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente y que dispone de la documentación que así lo acredita, comprometiéndose a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente al ejercicio de la actividad. Tales requisitos estarán recogidos en la declaración de manera expresa, clara y precisa. Además, el inicio de la actividad requerirá el cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa autonómica y municipal para la apertura de la vivienda vacacional y de uso turístico del municipio donde radique la vivienda de que se trate. La presentación de la citada declaración faculta para el inicio de la actividad del servicio de alojamiento turístico desde ese mismo día.

En relación al contenido de dicha declaración, el artículo 30 dispone que deberá incluir los siguientes datos: nombre y apellidos del titular o denominación social y, en su caso, del representante, o de la persona encargada o gestora, NIF o CIF del solicitante y del representante, si lo hubiere, o, en el caso de personas extranjeras, otro documento oficial acreditativo de su identidad, nombre comercial con el que se va a llevar a cabo la actividad, fecha del inicio de la actividad como empresa de alojamiento turístico, modalidad de la empresa, domicilio de la empresa y del establecimiento, teléfono, fax, web, correo electrónico, datos de la vivienda vacacional y su capacidad máxima, relación de habitaciones, si se trata de una vivienda de uso turístico, y su capacidad máxima, número de teléfono para atender de manera inmediata comunicaciones relativas a la actividad de la vivienda,

identificación de la empresa de asistencia y mantenimiento de la vivienda, si la hubiera y si la vivienda se ubica en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, declaración de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ese uso o, si existiera tal prohibición, declaración de existencia de autorización expresa por escrito de la misma.

Se exige, asimismo que en la declaración conste que se dispone de la siguiente documentación: acreditación de la personalidad física o jurídica de empresa explotadora, título que acredite la disponibilidad de la vivienda, acreditación del cumplimiento de la normativa municipal del municipio donde radique la vivienda, proyecto técnico visado, o planos de distribución interior de planta, a escala 1/100, en los que se indicará el destino y superficie de cada dependencia, cédula de habitabilidad, si existe una persona gestora, autorización o título suficiente del propietario para la gestión de la vivienda, y, en caso de prohibición en los estatutos de la comunidad de propietarios, autorización expresa por escrito de la misma para ejercer la actividad. La documentación indicada podrá ser requerida por la Administración turística a las empresas, las cuales deberán proporcionarla de forma inmediata.

#### *D) Baleares*

Define el artículo 23 que la declaración responsable de inicio de actividad turística es el documento suscrito por una persona interesada en el que se manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para iniciar el ejercicio de una actividad turística reguladas y que dispone de la documentación que lo acredita, comprometiéndose a mantener su cumplimiento durante el plazo de tiempo inherente a dicho ejercicio. Estos requisitos deberán recogerse de forma expresa y clara, siendo el modelo aprobado por la administración turística competente. Desde el día de la presentación de esta declaración y la documentación requerida, el titular puede iniciar la actividad alojativa con una duración indefinida, sin perjuicio de otras obligaciones recogidas en otras normas que le sean de aplicación y de las facultades de comprobación que deban ejercer las administraciones competentes. Se exige, además, la suscripción de un seguro, fianza u otras garantías, para cubrir los riesgos de la responsabilidad derivados de la actividad turística.

Por otro lado, se regula la comunicación previa en el artículo 24, que supone la presentación de un documento mediante el que las personas interesadas ponen en conocimiento de la administración turística competente hechos o elementos relativos al ejercicio de una actividad turística, indicando los aspectos que puedan condicionarla y adjuntando, si fuera el caso, todos los documentos que sean necesarios para su adecuado cumplimiento. De

forma novedosa respecto a la mayoría de las normas autonómicas (solo recogido también por las normativas de Castilla y León y Navarra que, ciertamente, lo regulan con mayor detalle), se contempla conforme al artículo 25 que, de forma excepcional y con anterioridad a la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad o comunicación previa, los interesados podrán solicitar a la Administración turística la dispensa de alguno de los requisitos exigidos, que deberá ser valorado y aprobado por una comisión integrada dentro de cada una de las administraciones turísticas insulares, debiendo emitir un informe preceptivo al respecto.

#### *E) Canarias*

El artículo 13 exige que con carácter previo al inicio de la actividad turística de una vivienda vacacional, sus titulares o las personas físicas o jurídicas que procederán a su explotación, deberán formalizar una declaración responsable<sup>40</sup> al Cabildo Insular correspondiente, en la que se manifestará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente, así como que se dispone de la documentación acreditativa y que se comprometen a mantener dicho cumplimiento durante el tiempo en el que se desarrolle la citada actividad.

#### *F) Cantabria*

En el artículo 5 se establece el procedimiento de inicio y ejercicio de la actividad. Se exige que, previo al inicio de la misma, se presente ante la Dirección General competente en materia de turismo, la preceptiva declaración responsable de apertura conforme al documento recogido en el Anexo I. En esta declaración debe afirmar, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos exigidos en el citado decreto para ejercer dicha actividad, que dispone de la documentación acreditativa y el compromiso a mantener su cumplimiento hasta la finalización de la misma, así como los requisitos exigidos en el punto primero del citado precepto.

Esta declaración responsable permitirá el ejercicio de la actividad desde el día de su presentación debiendo, de oficio, la Dirección General competente proceder a su inscripción en el Registro General de Empresas Turísticas de Cantabria. Su carácter será preventivo, a expensas de la labor de control e inspección que a posteriori deberá realizar dicho órgano. Asimismo, deberá dar traslado de esta declaración responsable al Ayuntamiento correspondiente. El cumplimiento de estas obligaciones se realizará sin perjuicio de la obtención de las autorizaciones administrativas preceptivas para la

apertura y funcionamiento de la vivienda, así como de cualquier requisito recogidos en cualquier normativa, en especial, la referida a la protección de la seguridad ciudadana.

Por último, en el artículo 6 se exponen las obligaciones de los titulares que indicamos a continuación: exhibir en el exterior de la puerta la placa identificativa de vivienda de uso turístico, comunicar por escrito ante el órgano competente cualquier modificación de los datos en el plazo de quince días, tener a disposición de la Dirección General competente en materia de turismo, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos recogidos en la declaración responsable, emitir y entregar a los usuarios justificante de pago del alojamiento, conservar las hojas de admisión a disposición del organismo competente durante un periodo mínimo de un año, exhibir el número de inscripción del Registro General de Empresas Turísticas de Cantabria en toda publicación que sea haga de la actividad, abonar la tasas por la emisión del informe de inspección y control de la declaración responsable de inicio de actividad.

### G) *Castilla y León*

El artículo 15 determina que toda empresa deberá presentar, por cada establecimiento de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico con anterioridad al inicio de su actividad, una declaración responsable. En esta declaración, la empresa manifestará que el establecimiento de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico cumple con los requisitos previstos en este decreto y los establecidos en la normativa vigente, que dispone de los documentos que así lo acreditan y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el tiempo inherente al ejercicio de la actividad.

Esta declaración se debe dirigir al titular del órgano periférico competente, y se cumplimentará en el formulario que estará disponible en la sede de dicho órgano, en las Oficinas y Puntos de Información y Atención al Ciudadano de la Junta de Castilla y León y en la sede electrónica de la Administración de la Comunidad de Castilla y León accesible a través de la dirección electrónica <https://www.tramitacastillayleon.jcyl.es>. Dispone, asimismo, el artículo 17 que si surgiesen modificaciones de los datos incluidos en la declaración responsable y en los documentos aportados, cambios en la titularidad de la vivienda o el cese de la actividad, deberán ser comunicados al organismo con competencias en la materia en el plazo de un mes desde que han tenido lugar.

Por otro lado, como se señaló se regula en el artículo 13 la dispensa de los requisitos expuestos «*cuando las circunstancias concurrentes permitan*

*compensar el incumplimiento con la valoración conjunta de las instalaciones, servicios y de las mejoras que incorporen, en particular cuando se instalen en inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de Castilla y León», estableciéndose en el artículo 14 el procedimiento para dicha dispensa.*

#### *H) Comunidad Valenciana*

Como indicamos en líneas previas, el artículo 48 dispone únicamente la necesidad de formalizar un documento de autorización para la gestión en el caso de que las viviendas de uso turístico se cedan por empresas gestoras que no sean sus propietarias. Se deberá establecer expresamente que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones administrativas se exigirá a la persona o entidad gestora del alojamiento. En el supuesto de que las viviendas fuesen gestionadas por los propietarios, la responsabilidad se les exigirá directamente a ellos. Si por el contrario, la gestión de los alojamientos se realiza a través de una o un agente mandatario, la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las obligaciones será exigible a la persona mandante, en los términos establecidos por el artículo 1725 del Código Civil.

#### *I) Galicia*

En relación al régimen de funcionamiento, el artículo 40 de la normativa gallega exige que las viviendas de uso turístico dispongan de las hojas de reclamación de turismo, debiendo ser entregadas a los usuarios si las solicitan. Asimismo, deberán cumplir la normativa vigente en materia de libros de registro y partes de entrada de viajeros. Añade que en el supuesto que el usuario contravenga las normas básicas de la convivencia o incumpla las ordenadas municipales correspondientes, el titular deberá requerirle para que abandone la vivienda.

Respecto al régimen de ejercicio de la actividad, son varios los requisitos exigidos en el artículo 41. En primer lugar, se debe presentar declaración responsable de actividad, por el propietario o persona física o jurídica que la represente, utilizando el modelo recogido en el anexo V, previo pago de las tasas correspondientes. Esta declaración deberá contener los datos de la vivienda y su capacidad máxima, los datos del propietario y el número de teléfono del titular. Asimismo, habrá de presentarse determinada documentación referida, entre otros, a los documentos de libre disponibilidad de la vivienda, licencia de primera ocupación o cédula de edificación y el seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos de

los usuarios por daños corporales, materiales y perjuicios económicos que puedan sufrir.

La presentación de esta declaración permite el inicio del ejercicio como vivienda de uso turístico, como declara el artículo 42, debiendo cumplir las obligaciones contempladas en otras normas que le sean de aplicación, así como la obtención de las autorizaciones o permisos exigidos por las normas municipales correspondientes. En el supuesto que la citada declaración contuviese alguna deficiencia u omisión, o no se aportase la documentación requerida, se concederá un plazo de diez días para su subsanación. En caso de no realizarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 44, se determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad debiendo, para ello, emitir el órgano competente resolución motivada.

#### *J) Madrid*

Dispone el artículo 17 que los propietarios de viviendas de uso turístico o sus representantes están obligados a presentar ante la dirección general competente en materia de Turismo una declaración responsable de inicio de la actividad de alojamiento turístico, según modelo incluido en el anexo III, acompañada del Certificado de idoneidad para viviendas de uso turístico (CIVUT), así como otras autorizaciones o licencias pertinentes. Estas declaraciones se presentarán en los lugares y formas previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

#### *K) Murcia*

El artículo 28 dispone que los titulares de la explotación de alojamiento turístico, con carácter previo a la prestación del servicio, deberán presentar ante el Instituto de Turismo de la Región de Murcia, una declaración responsable para la clasificación turística, según modelo normalizado, a los efectos que establece el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la que constará, como mínimo: datos del titular del servicio de alojamiento, relación de la o las viviendas o de las habitaciones de viviendas de uso turístico, con sus datos identificativos incluyendo su referencia catastral y su capacidad, manifestación de que se cumplen todos los requisitos establecidos en este decreto, que disponen de la documentación que así lo acredita y que se comprometen al mantenimiento de su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente al ejercicio de la actividad turística, manifestación de

disponibilidad del inmueble para ser destinado a alojamiento turístico, manifestación de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil al que se refiere el artículo 8 del presente decreto y compromiso de mantenerlo en permanente vigencia. Si el alojamiento turístico se realiza por habitaciones, el titular deberá manifestar que está empadronado y tiene su residencia efectiva en la citada vivienda, designación del responsable de los alojamientos.

Desde el momento de la presentación de esta declaración, se podrá ejercer la actividad turística, debiendo, cumplir cualquier otra normativa que le sea de aplicación y de las licencias y autorizaciones correspondientes.

#### *L) Navarra*

El artículo 9 del decreto foral exige que previo al inicio de la actividad y a los efectos de inscribir el alojamiento en el Registro de Turismo de Navarra, se deberá presentar la declaración responsable del titular en la que consten sus datos, manifestando que dispone de: la documentación legal que le acredita como tal y como propietario del inmueble, arrendatario o cualquier otro título que acredite su disponibilidad para ser destinado a alojamiento turístico, así como los datos referidos al establecimiento en lo referente a ubicación y capacidad, la cédula de habitabilidad, licencia de apertura, o documento que le sustituya, el contrato de seguro de responsabilidad civil de explotación, con una cobertura de 3000 euros por plaza de alojamiento y un mínimo de 150000 euros. Asimismo, se exige la presentación de los planos finales de obra o, en su defecto, planos a escala 1:100 con la superficie de cada dependencia.

En el siguiente artículo se dispone que el órgano competente podrá dispensar razonadamente a un establecimiento determinado del cumplimiento de alguno de los requisitos expuestos anteriormente, si las circunstancias concurrentes permiten compensar el incumplimiento con la valoración conjunta de sus instalaciones y de las mejoras que pueda introducir. Estas dispensas deberán estar motivadas en criterios técnicos o compensatorios que las valoren respecto del total de los servicios y condiciones existentes en el establecimiento. Se tendrá en especial consideración a estos efectos, los establecimientos instalados en edificios que, en su totalidad o en parte, se hallen protegidos por sus valores arquitectónicos, históricos o artísticos.

#### *M) País Vasco*

El artículo 5 dispone que la persona que vaya a gestionar una vivienda de uso turístico, deberá presentar, antes de su inicio, ante la dirección

del Gobierno Vasco competente en materia de turismo, una declaración responsable en la que manifestará que conoce y cumple los requisitos y condiciones exigibles para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones mientras desarrolle la actividad.

En esta declaración se deberán consignar los siguientes datos: identificación de la persona titular de la actividad, indicando su número de identificación fiscal, el nombre comercial del alojamiento, en su caso, así como la ubicación y referencia catastral de la vivienda. Asimismo, deberá hacer constar la titularidad del derecho de disfrute o gestión sobre la vivienda; y, en el caso de no ser la persona propietaria, comunicación a esta del ejercicio de la actividad turística, la conformidad de la actividad turística con las normas municipales relativas a los usos urbanísticos y la edificación, el cumplimiento de los requisitos medioambientales exigibles y de las condiciones y régimen de funcionamiento de la actividad requeridos legalmente, conformidad de la actividad de alojamiento turístico con las reglas de propiedad horizontal del inmueble, aseguramiento de la responsabilidad civil, cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la normativa de higiene y salud laboral y prevención de riesgos laborales, así como cuantos otros requisitos sean legalmente exigibles. Si la modalidad alojativa es por habitaciones, se deberá acreditar la residencia efectiva y el empadronamiento del titular en la citada vivienda, en los términos establecidos por el presente decreto.

Se exige que la declaración responsable se ajuste al modelo oficial recogido en el anexo I pudiendo presentarse, bien por medios telemáticos, en la sede electrónica del Gobierno Vasco, bien en formato papel, ante las oficinas o delegaciones territoriales del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de turismo. Asimismo, podrá presentarse en los demás lugares señalados por el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por último, es preceptivo que este documento se acompañe de fotografías de fachada e interior que permitan una correcta identificación de la vivienda, así como de un plano a escala de la misma, elaborado por personal técnico competente, con indicación de la superficie útil, distribución y número máximo de plazas.

## 6. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

A los efectos de la necesaria publicidad formal de este tipo de alojamientos, la mayoría de las normativas autonómicas exigen la inscripción del documento de declaración responsable, que se realizará de oficio por

el encargado del Registro competente. Con la excepción obvia de aquellas legislaciones que no contemplan la formalización del citado documento (Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valencia y La Rioja). A su vez, cada una de ellas presenta ciertas particularidades.

La norma de Andalucía declara, en su artículo 9 que, tras la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía, este comunicará las altas y bajas a las correspondientes corporaciones municipales dónde se ubiquen, así como a la Consejería competente en materia de vivienda. El código otorgado por el citado Registro deberá indicarse en toda publicidad o promoción que se haga de la misma en cualquier medio. Por otro lado, el decreto de Asturias determina en el artículo 31 que tras el examen de la documentación se procederá a la inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas del Principado de Asturias, comunicando a la empresa la signatura correspondiente. Desde ese momento la vivienda dispondrá de un número de inscripción que la identifica plenamente a efectos legales. Asimismo, la Administración turística facilitará a las empresas un ejemplar del libro de inspección turística y ejemplares de las reglamentarias hojas de reclamaciones turísticas. El artículo 15 del decreto de Aragón dispone la creación en el Registro de Turismo de Aragón de la sección «Viviendas de uso turístico», en la que se inscribirán de oficio los siguientes actos: las declaraciones responsables formalizadas conforme a lo dispuesto en líneas anteriores, cualquier modificación o reforma sustancial que afecte a las condiciones en las que se inscribió la vivienda de uso turístico en el citado Registro, el cambio de la persona propietaria o, en su caso, de la persona gestora de la vivienda de uso turístico y el cese de la actividad. Asimismo, determina que el número de signatura correspondiente a la inscripción de la vivienda de uso turístico en el Registro de Turismo de Aragón deberá figurar obligatoriamente en toda su publicidad y, en particular, en las acciones de promoción y comercialización a través de canales de oferta turística.

El artículo 27 de la ley de Baleares dispone que en cada isla existirá un registro de empresas, actividades y establecimientos turísticos cuya organización corresponderá al consejo insular correspondiente. Además, existirá un Registro General de empresas, actividades y establecimientos turísticos de las Islas Baleares cuya gestión corresponde a la consejería competente en materia de turismo del Gobierno de las Islas Baleares. Los consejos insulares de las cuatro islas, deberán comunicar todos los datos de sus registros insulares. La inscripción de la declaración responsable o la comunicación previa se producirá de oficio tras su presentación. Asimismo, se deberá proceder a la inscripción en los registros insulares de las *«personas físicas o jurídicas que sean los titulares dominicales y de la explotación del inmueble en el que se desarrollan actividades turísticas, con independencia de quien sea la persona o entidad que explote el establecimiento turístico»*. Por otro lado, el artícu-

lo 23.6 establece que la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad o de la comunicación previa tiene como efecto inmediato la inscripción en el correspondiente registro insular de empresas, actividades y establecimientos turísticos, debiendo las administraciones turísticas comunicar las inscripciones a las administraciones tributarias, a los ayuntamientos y al Registro de la Propiedad. En otro orden, el artículo 13.3 del decreto de Canarias indica que, tras la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad, el Cabildo Insular inscribirá de oficio en un plazo máximo de quince días hábiles, la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional, en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias, entregando a la persona titular o en su caso, a la explotadora de la vivienda, que haya formulado la declaración, las hojas de reclamaciones, el cartel anunciador de las mismas y el libro de inspección.

El artículo 5 del decreto de Cantabria establece que, tras la presentación de la declaración responsable, la Dirección General procederá, de forma preventiva, a su inscripción en el Registro General de Empresas Turísticas de Cantabria. La Dirección competente en materia de turismo dará traslado de la declaración responsable presentada al Ayuntamiento correspondiente al municipio en el que se ubique la vivienda a los efectos oportunos. El apartado 5 del artículo 15 del decreto de Castilla y León dispone que el órgano competente procederá de oficio a la inscripción en el Registro de Turismo de Castilla y León tras la presentación de la declaración responsable. Pondrá, además, a disposición de las empresas ejemplares normalizados de hojas de reclamación. La norma gallega, en su artículo 43, especifica que, tras la declaración responsable, será el área provincial de la Agencia de Turismo de Galicia en la que radique el establecimiento, la que inscribirá de oficio en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia (REAT), emitiendo un documento que acredite tal inscripción, salvo que se hayan omitido datos o documentos de carácter esencial o que la declaración no reúna los requisitos previstos. Esta inscripción será notificada a la persona interesada en el plazo máximo de quince días desde la presencia de la declaración responsable en el registro del área provincial correspondiente de la Agencia de Turismo de Galicia.

En el mismo sentido, el artículo 17.3 del decreto de Madrid determina que, tras la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad, la inscripción del alojamiento en el Registro de Empresas Turísticas de la Comunidad de Madrid se realizará, en su caso, en la forma y con los efectos determinados en el artículo 23 de la Ley 1/1999. El artículo 28 del decreto de Murcia dispone que la presentación de la declaración responsable permitirá su inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas, entendemos que de forma automática, aunque no lo especifique la norma. La ley de Navarra dispone en su artículo 14.2 que la presentación de la

declaración responsable deberá acompañarse de la documentación exigida, procediéndose a su inscripción en el Registro de Turismo de Navarra. Añade que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a la declaración responsable o la no presentación de la misma, o de la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad y la cancelación de la inscripción en el Registro de Turismo de Navarra, desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. En el mismo sentido se expresa el artículo 7 del decreto del País Vasco, al decretar el efecto inmediato de la inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Euskadi tras la presentación completa de la declaración responsable de inicio de actividad. Será asignado un número de registro a cada vivienda, que será notificado a la persona titular de la actividad.

## 7. RÉGIMEN SANCIONADOR

Por último, haremos una breve referencia a esta significativa parte de la legislación por cuanto, como se expuso, ha sido una *ratio legis* fundamental que ha impulsado la promulgación de esta normativa sectorial. Nos limitaremos a señalar el procedimiento que cada autonomía ha regulado para ejercer el control y, en su caso, las sanciones administrativas correspondientes por incumplimiento de los preceptos legales, sin adentrarnos en las obligaciones tributarias de los distintos intervinientes por exceder del objetivo de este trabajo<sup>41</sup>. De esta forma, el artículo 10 del decreto de Andalucía determina que el servicio de inspección de la Consejería competente en materia de turismo ejercerá las funciones de comprobación y control de lo establecido en la citada norma. Las personas infractoras por incumplimiento de lo recogido en este decreto, incurrirán en responsabilidad administrativa, que se regirá por el título VIII de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre. Además, el explotador de la actividad deberá facilitar el ejercicio de sus funciones a los servicios de inspección jurídica. Por último, en su artículo 11 declara expresamente que serán consideradas actividades clandestinas las prestaciones del servicio de alojamiento, cuando el titular realice esta actividad turística sin presentar declaración responsable, siendo considerada infracción grave. El artículo 16 del decreto de Aragón señala que se considerarán infracciones administrativas los incumplimientos de las obligaciones dispuestas en la norma. En este caso, serán responsables de las mismas los propietarios y, en su caso, los gestores de las viviendas de uso turístico, así como los canales de comercialización o promoción de

la oferta turística que desatiendan los requerimientos efectuados por las Administraciones públicas con competencia en materia de turismo, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85, apartado 1, letra d), del texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón. En relación a la tramitación de los procedimientos sancionadores, se realizará conforme a lo dispuesto en el capítulo V del título sexto del texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón, y de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 31.3 del decreto de Asturias establece que los servicios de inspección de la Administración turística ejercerán las funciones de verificación y control del cumplimiento de lo establecido en este decreto, de acuerdo con lo previsto en la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo, sin perjuicio de las competencias de inspección y control que tengan atribuidas otras Administraciones públicas. El artículo 23.4 de la ley de Baleares determina que la inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento de carácter esencial que se acompañe o incorpore a una declaración responsable de inicio de actividad o comunicación previa implicarán la cancelación de la inscripción y, por tanto, la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad afectada, sin perjuicio de la responsabilidad legal en que se pueda haber incurrido, previa instrucción del procedimiento correspondiente en el cual deberá darse audiencia a la persona interesada. Cuando la administración turística competente detecte cualquier inexactitud o falsedad en el citado documento, se incoará la instrucción del procedimiento sancionador e impondrá la obligación al responsable de restituir la situación jurídica al momento previo al desarrollo o ejercicio de la actividad. El artículo 17.1 del decreto de Canarias aclara que el incumplimiento de alguno de los requisitos y disposiciones previstas en la norma se comunicará a la Inspección turística a los efectos de aplicación, en su caso, del régimen sancionador previsto en el título VI de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 71 bis 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Más escueta se muestra la norma cántabra al declarar en su artículo 8 que la responsabilidad administrativa por infracción de lo dispuesto en el decreto se regirá por lo dispuesto en la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria. El artículo 16 del decreto de Castilla y León determina que las funciones de control e inspección corresponden al órgano competente que se ejercerán tras la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las inspecciones que puedan realizarse con

posterioridad durante el ejercicio de la actividad de alojamiento. Dispone el artículo 28 del decreto de Castilla-La Mancha que las funciones de comprobación y control del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la norma, serán efectuadas por los Servicios de Inspección de la Consejería competente en materia de turismo, conforme a lo dispuesto en la Ley 8/1999, de 26 de mayo, y en el decreto 7/2007, de 30 de enero, por el que se regula la Inspección de Turismo de Castilla-La Mancha. Además, el régimen sancionador aplicable a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico se rige por lo dispuesto en el título IX de la Ley 8/1999, de 26 de mayo. Por su parte, la normativa de Galicia, en su artículo 45, indica que el incumplimiento del contenido recogido en la norma, dará lugar a las sanciones reguladas en la Ley 7/2011, de 27 de octubre. En concreto, estas sanciones podrán ser impuestas tanto al propietario como a la persona o empresa explotadora indistintamente.

El artículo 21 del decreto de Madrid indica que el régimen sancionador aplicable a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico se rige por lo dispuesto en el capítulo II, de la disciplina turística del título IV del Control de la Calidad de la Ley 1/1999. De forma más detallada contempla el decreto de Murcia, en su artículo 29, el procedimiento de inspección. En primer lugar, el organismo competente en materia de turismo comprobará la veracidad de los datos o manifestaciones reseñadas en la declaración responsable. Tras la presentación de la misma, se iniciará de oficio el correspondiente procedimiento de comprobación de lo allí consignado, especialmente de la clasificación, que deberá resolver y notificar en el plazo de tres meses, quedando en otro caso incurso en caducidad. Tras dictarse la correspondiente resolución sobre la clasificación y categoría del establecimiento, se procederá a trasladar su contenido al Registro de Empresas y Actividades Turísticas, salvo que dicha resolución declare que no procede reconocer administrativamente tal clasificación, en cuyo caso se cancelará la inscripción previa. Si se detecta cualquier inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a la declaración responsable, o no se presenta ante la Administración, implicará que no sea posible continuar con la actividad afectada, tras la tramitación del correspondiente expediente, previo trámite de audiencia al interesado. En otro sentido, el artículo 56 de la ley foral de Navarra considera sujetos responsables de las infracciones en materia de turismo a las personas físicas y jurídicas titulares de la empresa, establecimiento o actividad turística. Serán consideradas como tales, salvo prueba en contra, aquellas a cuyo nombre figure la licencia o registro administrativo preceptivo. Por último, el artículo 25 del decreto del País Vasco indica que las infracciones recogidas en la norma darán lugar a la incoación de los procedimientos sancionadores y a la imposición, en su caso, de las sancio-

nes correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el título VII de la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo. Además, las infracciones leves cometidas por las personas titulares de la actividad alojativa en viviendas o en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, serán sancionadas mediante apercibimiento siempre que no exista reincidencia y no concurra ninguna circunstancia agravante de la responsabilidad como se recoge en el artículo 26.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Es incuestionable el imparable crecimiento de esta nueva forma de arrendamiento turístico y las consecuencias que produce, tanto en el ámbito jurídico, social, económico, medioambiental y de seguridad. Desde el punto de vista normativo, consideramos un acierto legislativo su regulación mediante una normativa sectorial específica, circunstancia que se ha producido en los últimos años, porque desde su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, había quedado en un limbo legal que producía manifiestos problemas como hemos puesto de relieve a lo largo del estudio.

II. Es preciso señalar que la prolífica y dispar legislación autonómica promulgada sobre esta materia, aboca a que en función de dónde se ubique la vivienda destinada a uso turístico, los requisitos de la misma, capacidad, la posibilidad de que se ceda la totalidad de la vivienda o por habitaciones, los procedimientos de formalización, etc..., difieran de forma notable. Sería aconsejable, en nuestra opinión, el establecimiento de una Ley de bases estatal que estableciese los presupuestos básicos de esta regulación, a pesar de que como indica el artículo 148.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución Española, esta competencia está transferida a las comunidades autónomas, en un intento de evitar las diferencias tan significativas observadas en todas las normas autonómicas actualmente en vigor.

III. Otra cuestión de trascendental importancia, a nuestro entender, es el necesario control de este tipo de viajeros que debería efectuarse mediante los correspondientes libros de entrada y salida. El hecho de que este registro no sea preceptivo en todas las legislaciones, implica que los órganos públicos competentes no puedan tener constancia de las personas que acceden a nuestro país o aquellos que, residiendo en España, proceden de otras localidades y se alojan en viviendas de uso turístico, con la consiguiente quiebra en la seguridad pública en el supuesto que estos sujetos estén bajo una orden de búsqueda y captura por la comisión de algún delito.

IV. Han sido distintos los factores determinantes para la promulgación de esta normativa específica; por un lado, la calidad que debe ofrecerse

al usuario que contrata estas viviendas, por otro, razones de orden fiscal, en aras a evitar la competencia desleal respecto a aquellos alojamientos sí regulados y sometidos al régimen tributario correspondiente. En nuestra consideración, en general, se han conseguido los distintos objetivos al exigir la mayoría de las normativas los requisitos que deben ofrecer este tipo de alojamientos, el establecimiento de un procedimiento formal para proceder al inicio de la actividad y la regulación de un régimen sancionador para aquellos propietarios que no cumplan las obligaciones determinadas legalmente estableciendo, en su caso, las oportunas sanciones, además de la obligación de tributar por los ingresos obtenidos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, R.M. (2021). La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, 85-129.
- BERMEJO LATRE J.L., ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2010). El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo. En: E. Moreu Carbonell (ed.), *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el derecho administrativo*. Gobierno de Aragón, (495-512).
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2013). Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad civil*, núm. 7-8, 16-33.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2018). Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la comunidad frente a una actividad potencialmente molesta. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 1-34.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1199-1246.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 6 (octubre), 65-81.
- COSTAS RODAL, L. (2013). Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2 (6), 35-42.
- DELGADO, M. (2000). Trivialidad y trascendencia. Usos sociales y políticos del turismo cultural. L.C. Herrero Prieto (coord.), *Turismo Cultural: el Patrimonio Histórico como fuente de riqueza*. Valladolid: Fundación del Patrimonio Histórico de Castilla y León, (31-52).
- DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídicos-administrativos de las viviendas de uso turístico. En M. Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Aranzadi, (41-93).

- FELIÚ AMENGUAL, B. (2014). Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia Legislación de las Illes Balears*, núm. 15, 177-188.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FRANCH FLUZA, J., RIBAS CONRADO, J.F. (2013). El alquiler de viviendas para uso vacacional. Perspectiva actual, problemas y propuestas legales. *Estudios Turísticos*, núm. 196, 33-57.
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 101-144.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. (2009). Competencias comunitarias estatales y autonómicas en materia de turismo. *Estudios Turísticos*, núm. 180, 65-113.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2018). El nuevo régimen de los arrendamientos de viviendas tras la Ley de flexibilización y fomento del mercado de alquiler. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 170-190.
- GUEVARA PIAZA, A. (2015). El turismo ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación. En: E. Aguiló Pérez, S. Antón Clavé (coords.), *20 retos para el turismo en España*. Madrid: Pirámide (297-314).
- GUILLÉN NAVARRO, N.A.
- (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 101-144.
  - (2018). La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Reus, (19-54).
- HANNAM, K., BUTLER, G. (2014). Developments and key issues in tourism mobilities. *Annals of Tourism Research*, núm. 44, 171-185.
- HARVEY, D. (1989). From managerialism to entrepreneurialism: the transformation in urban governance in late capitalism. *Geografiska Annaler*, vol. 71.1, 3-17.
- LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2020). Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre), 99-135.
- LUCAS DURÁN, M. (2019). Aspectos jurídico-tributarios de las viviendas de uso turístico. En M. Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Aranzadi, (277-386).
- PÉREZ MARTELL, R., GÓNZALEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: Problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*. Madrid: La Ley.
- RIVERO YSERN, J. L. (2011). La transposición de la Directiva de Servicios a nivel Autonómico y Local. En: A. Sánchez Blanco, M.A. Domínguez-Berrueta de Juan, J.L. Rivero Ysern (coord.), *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, (369-406).

- ROMÁN VÁZQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, 1-24.
- TUDELA ARANDA, J. (2004). Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En: F.J. Melgosa Arcos, *Derecho y Turismo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, (15-28).

## NOTAS

<sup>1</sup> HANNAM, K., BUTLER, G. (2014). Developments and key issues in tourism mobilities. *Annals of Tourism Research*, num. 44, 171-185.

<sup>2</sup> DELGADO, M. (2000). Trivialidad y trascendencia. Usos sociales y políticos del turismo cultural. L.C. Herrero Prieto (coord.), *Turismo Cultural: el Patrimonio Histórico como fuente de riqueza*. Valladolid: Fundación del Patrimonio Histórico de Castilla y León, (31-52).

<sup>3</sup> HARVEY, D. (1989). From managerialism to entrepreneurialism: the transformation in urban governance in late capitalism. *Geografiska Annaler*, vol. 71.1, 3-17.

<sup>4</sup> GUEVARA PIAZA, A. (2015). El turismo ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación. En: E. Aguiló Pérez, S. Antón Clavé (coords.), *20 retos para el turismo en España*. Madrid: Pirámide (297-314).

<sup>5</sup> Véase, FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>6</sup> Como destaca CABEZUELO ARENAS, A.L. (2018). Edificios sometidos a propiedad horizontal y arriendo turístico de pisos: tres vías de prevención y/o defensa de la comunidad frente a una actividad potencialmente molesta. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 1-34.

<sup>7</sup> GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2018). La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Madrid: Reus, (19-54).

<sup>8</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. (2013). Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad civil*, núm. 7-8, 16-33; COSTAS RODAL, L. (2013). Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2 (6), 35-42; FELIÚ AMENGUAL, B. (2014). Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 15, 177-188.

<sup>9</sup> Aquellos cuya finalidad no es la consecución de una vivienda de carácter permanente sino la satisfacción de un interés vacacional o turístico.

<sup>10</sup> ANGUITA RÍOS, R.M. (2021). La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, 85-129.

<sup>11</sup> *La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial.*

<sup>12</sup> En este sentido, véase, ANGUITA RÍOS, R.M. (2021). La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico. *Revista de Derecho Civil, ob. cit.*, 85-129.

<sup>13</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1199-1246. GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2018). El nuevo régimen de los arrendamientos de viviendas tras la Ley de flexibilización y fomento del mercado de alquiler. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 170-190.

<sup>14</sup> DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídicos-administrativos de las viviendas de uso turístico. En M. Lucas Duran (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Aranzadi, (41-93).

<sup>15</sup> FRANCH FLUZA, J., RIBAS CONRADO, J.F. (2013). El alquiler de viviendas para uso vacacional. Perspectiva actual, problemas y propuestas legales. *Estudios Turísticos*, núm. 196, 33-57.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A. (2009). Competencias comunitarias estatales y autonómicas en materia de turismo. *Estudios Turísticos*, núm. 180, 65-113. TUDELA ARANDA, J. (2004). Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En: F.J. Melgosa Arcos (coord.), *Derecho y Turismo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, (15-28). Asimismo, véase RIVERO YSERN, J. L. (2011). La transposición de la Directiva de Servicios a nivel Autonómico y Local. En: A. Sánchez Blanco, M.A. Domínguez-BERRUETA de Juan, J.L. Rivero Ysern (coord.), *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, (369-406).

<sup>17</sup> Andalucía: Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de apartamentos turísticos y el Decreto 340/2003, de 9 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General del Turismo de Andalucía. Aragón: Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón; Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón. Cantabria: Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del turismo de Cantabria; Decreto 147/2015, de 15 de octubre, por el que se regula el Registro general de empresas turísticas de Cantabria; Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, que regula los establecimientos de alojamiento turístico extra-hoteleroy; Decreto 83/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico en el medio rural en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria y el Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria. Castilla-La Mancha: Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha; Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha. Castilla y León: Ley 14/2019, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la comunidad de Castilla y León. Cataluña: Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña; Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico; resolución EMO/2449/2013, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el modelo que establece los criterios para el otorgamiento de categoría a las viviendas de uso turístico. Valencia: Ley 15/2018, de 7 de junio, de la Generalitat, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunidad Valenciana; Decreto 9/2009, de 3 de julio, del Consejo, por el que se aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalets, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; De-

creto 219/2018, de 30 de noviembre, del Consejo, por el que se aprueba el Plan de acción territorial de ordenación y dinamización de la Huerta de Valencia. Extremadura: Ley 2/2011, de 31 de enero, de Desarrollo y Modernización del Turismo de Extremadura; Decreto 182/2012, de 7 de septiembre, por el que se establece la Ordenación y clasificación de los apartamentos turísticos de la comunidad autónoma de Extremadura; Decreto 203/2012, de 15 de octubre, por el que se establece la ordenación de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico. Galicia: Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia; Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la comunidad autónoma de Galicia; la Instrucción interpretativa 1/2017, de 9 de mayo, para la aplicación del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la comunidad autónoma de Galicia. Islas Baleares: Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares; Decreto Ley 6/2013, de 29 de noviembre, por el que se modifica el artículo 52 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares; Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de Islas Baleares, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas; Decreto Ley 3/2017, de 4 de agosto, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Islas Baleares, y de medidas para afrontar la emergencia en materia de vivienda en las Islas Baleares; Decreto 20/2015, de 17 de abril, de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Islas Baleares, y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos, dictado en desarrollo de la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de las Islas Baleares; Ley 2/2016, de 30 de marzo, del impuesto sobre estancias turísticas en las Islas Baleares y de medidas de impulso del turismo sostenible; Decreto 35/2016, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley del impuesto sobre estancias turísticas y de medidas de impulso del turismo sostenible; Ley 6/2018, de 22 de junio, por la que se modifican varias normas del ordenamiento jurídico de las Islas Baleares en materia de turismo, de función pública, presupuestaria, de personal, de urbanismo, de ordenación farmacéutica, de transportes, de residuos y de régimen local, y se autoriza al Gobierno de las Islas Baleares para aprobar determinados textos refundidos. Islas Canarias: Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias; Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias; Orden de 13 de octubre de 2017, por la que se modifica el Anexo 2 del Reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias, aprobado por el Decreto 113/2015, de 22 de mayo; Ley 14/2019, de 25 de abril, de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma. La Rioja: Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja; Decreto 14/2011, de 4 de marzo. Reglamento por el que se desarrolla la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo; Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja. Madrid: Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid; Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid; Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid. Murcia: Ley 12/2013, de 20 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia; Decreto 75/2005, 24 junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales. Novedad: El Boletín Oficial de la comunidad autónoma de Murcia del 19 de octubre publica el Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia. Entrada en vigor a los 20 días de su publicación, fecha en la que quedará derogado el Capítulo V

del Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales; Decreto 174/2018, de 25 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos de la Región de Murcia. Navarra: Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo; Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos en la Comunidad Foral de Navarra. País Vasco: Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo; Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico. Principado de Asturias: Ley del Principado de Asturias 7/2001, de 22 de junio, de Turismo; Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico; resolución de 29 de junio de 2010, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se aprueban los modelos de declaración responsable y comunicación previa aplicables a las actividades turísticas en el Principado de Asturias; resolución de 17 de agosto de 2016, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se modifica la resolución de 29 de junio de 2010, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se aprueban los modelos de declaración responsable y comunicación previa aplicables a las actividades turísticas en el Principado de Asturias.

<sup>18</sup> Este hecho implica que cuando se produzca la cesión de una vivienda con fines turísticos, se debe aplicar el régimen legal del arrendamiento por temporada.

<sup>19</sup> STC de 20 de diciembre de 1984, considera que el artículo 149.1 CE no recoge ninguna competencia directa sobre el turismo, pero sí existen competencias conexonadas como las relativas a comercio exterior, en la cual se incluye la promoción del turismo en el exterior; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

<sup>20</sup> ROMÁN VÁZQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, 1-24.

<sup>21</sup> ANGUITA RÍOS, R.M. (2021). La vivienda integrada en una doble dimensión: como residencia y como alojamiento turístico, *ob. cit.*, 85-129.

<sup>22</sup> STJN de 15 de octubre de 2020.

<sup>23</sup> LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2020). Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre), 99-135.

<sup>24</sup> En concreto, en el artículo 61 de la citada norma define los apartamentos turísticos como «*los bloques o conjuntos de apartamentos, las casas, y aquellas otras edificaciones semejantes, con independencia del material utilizado en su construcción, que oferten, profesional y habitualmente, mediante contraprestación económica, servicio de alojamiento turístico, y que dispongan de las instalaciones adecuadas para la preparación, conservación y consumo de alimentos dentro de cada unidad de alojamiento*».

<sup>25</sup> Esta norma presenta la particularidad de regular dos tipos de viviendas. Las denominadas viviendas vacacionales en el artículo 4, como aquellas que se prestan únicamente el servicio de alojamiento mediante precio, de forma habitual y profesional, excluyéndose los pisos y las de uso turístico. Estas últimas son recogidas en el artículo 12.1 «*aquellas viviendas independientes ubicadas en un edificio de varias plantas sometido a régimen de propiedad horizontal que son cedidas temporalmente por su propietario o persona con título habilitante, directa o indirectamente, a terceros y en las que, reuniendo los requisitos establecidos en este decreto, se presta únicamente el servicio de alojamiento mediante precio, de forma habitual*».

<sup>26</sup> Al igual que en la norma asturiana, el decreto gallego diferencia entre viviendas turísticas y viviendas de uso turístico. A nuestro entender, se aprecia una sobrerregulación de estos tipos de alojamientos porque en las denominadas viviendas turísticas, el único requisito exigido a mayores es que sean viviendas unifamiliares aisladas cuyo número de plazas no puede ser superior a diez, debiendo disponer «*de las instalaciones y mobiliario*

*adecuado para su utilización inmediata, así como para la conservación, elaboración y consumo de alimentos dentro del establecimiento*», como dispone el artículo 4.

<sup>27</sup> Como plantea GUILLEN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 101-144, el último inciso, «no se sabe muy bien a qué se refiere, no encontrándose explicación sobre qué debe considerarse «entorno habitual del turista». ¿Acaso debe entenderse por sitios que los turistas no «visitarían» directamente para realizar una reserva de alojamiento o por el contrario sitios de alojamiento turísticos distintos a las modalidades clásicas véase cámpings, hoteles, apartamentos turísticos, etc.?».

<sup>28</sup> Respecto a las viviendas turísticas, la duración de la estancia será la que libremente pacten las partes, no pudiendo exceder el tiempo de alojamiento continuado de tres meses, como dispone el artículo 9.

<sup>29</sup> En puridad, el citado precepto hace referencia a la duración de las estancias en los apartamentos turísticos, pero la intención del legislador autonómico parece hacerla extensiva a las viviendas turísticas.

<sup>30</sup> BERMEJO LATRE J.L., ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2010). El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo. En: E. Moreu Carbonell (ed.), *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el derecho administrativo*. Gobierno de Aragón, (495-512).

<sup>31</sup> En este sentido, véase DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídicos-administrativos de las viviendas de uso turístico, *ob. cit.*, 41-93.

<sup>32</sup> Y artículo 50.15 a *sensu* contrario.

<sup>33</sup> Sin embargo, el alojamiento en la vivienda vacacional debe ser por la totalidad de la misma, artículo 4.

<sup>34</sup> Así se exige de forma expresa en el artículo 6 del decreto de Aragón y el artículo 16.1 a del decreto de Castilla y León. Respecto a las restantes normativas, son distintos los requisitos exigidos. Por un lado, el artículo 5.1 d del decreto de Cantabria exige la cédula de habitabilidad y el título de propiedad del inmueble. El artículo 7.1. del decreto de Castilla y León determina que deben disponer de la licencia de primera ocupación, cédula de habitabilidad o autorización municipal correspondiente. El artículo 13.a del decreto de Asturias indica que tienen que tener la cédula de habitabilidad y cumplir en todo momento las condiciones técnicas y de calidad exigibles a las viviendas. La cédula de habitabilidad también es exigida por el artículo 50.2 de la ley de Baleares y por el artículo 221 1.4 del decreto de Cataluña. El artículo 16 del decreto de Castilla-La Mancha dispone que deben cumplir la normativa vigente en materia de habitabilidad y seguridad para su uso residencial como vivienda. En nuestra consideración, la regulación más completa sobre estos requisitos es la contemplada en el artículo 17.1 de la ley de Navarra; «*todos los establecimientos de alojamiento deberán cumplir la normativa vigente en materia de urbanismo, construcción y edificación, instalaciones, accesibilidad, sanidad y consumo, seguridad e higiene, eficiencia energética y protección del medio ambiente*».

<sup>35</sup> Como se recoge en el artículo 14.6 del decreto de Galicia.

<sup>36</sup> En este sentido, se manifiesta el artículo 7 del decreto de Aragón.

<sup>37</sup> Como afirma DESDENTADO DAROCA, E. (2019). Aspectos jurídicos-administrativos de las viviendas de uso turístico, *ob. cit.*, 41-93, «la regulación es casi pintoresca, pero además, ¿y si resulta que al usuario todo eso le da igual o no lo necesita? ¿Cómo puede justificarse semejante exceso de la intervención pública en las elecciones de los particulares?».

<sup>38</sup> Su superficie útil mínima de los dormitorios será de 7 m<sup>2</sup> en el caso de dormitorios individuales, 10 m<sup>2</sup> para los dobles, y 4 m<sup>2</sup> por cada plaza adicional, excluyéndose las superficies destinadas a baños y terrazas.

<sup>39</sup> PÉREZ MARTELL, R., GÓNZALEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: Problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*. Madrid: La

Ley; CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 6 (octubre), 65-81.

<sup>40</sup> El contenido mínimo, como se relaciona en el anexo 2, será el siguiente. Respecto a la identificación de la persona declarante propietaria o explotadora (persona física o jurídica): nombre y apellidos o razón social, NIF/NIE/CIF, título suficiente otorgado por el propietario, en su caso, domicilio social, tipo de vía, nombre de la vía, número bloque, escalera piso, puerta, código postal, país, provincia, municipio, teléfono, teléfono móvil, correo electrónico, web. En relación a los datos de localización de la vivienda, referencia catastral, tipo de vía, nombre de la vía, número bloque, escalera piso, puerta, código postal, provincia, municipio. Otros datos: número de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, teléfono de atención a los usuarios de las viviendas vacacionales, correo electrónico.

<sup>41</sup> Para un estudio en mayor profundidad de este aspecto de la normativa, *vid.*, LUCAS DURÁN, M. (2019). Aspectos jurídico-tributarios de las viviendas de uso turístico. En M. Lucas Durán (dir.), *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica. Un enfoque multidisciplinar*. Pamplona: Aranzadi, (277-386).

*(Trabajo recibido el 14 de diciembre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 4 de abril de 2022)*

# Arrendamiento a *non domino*

## *Non domino leasing*

por

ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ

*Ayudante doctor Derecho civil  
(Acreditada a Titular de Universidad)  
Universidad de Cantabria*

**RESUMEN:** Entre las medidas tuitivas impulsadas por el legislador español en favor del arrendatario en los contratos de arrendamientos de vivienda, el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler y por el que se reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos, encontramos la recuperación de la redacción original del artículo 13.3. De este modo, nuestro ordenamiento jurídico introduce, nuevamente, la protección del arrendatario a través de los arrendamientos de vivienda *a non domino*, en los que el arrendador aparente ser titular dominical del bien inmueble.

La previsión del precepto limita temporalmente y para los supuestos expresamente contemplados, el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción aplicable en virtud del artículo 1553 del Código Civil. De concurrir los presupuestos, el propietario desposeído del bien inmueble habrá de tolerar la vigencia del contrato de arrendamiento por un máximo de cinco años —si es persona física— o siete años —si es persona jurídica—, a voluntad del arrendatario, sin perjuicio de las acciones ejercitables frente al arrendador *a non domino*.

**ABSTRACT:** *Among the protective measures promoted by the Spanish legislator in favor of tenant in housing lease contracts, the Royal Decree-Law 7/2019, March 1st, of urgent measures in the field of housing and rent and*

which has reformed the Urban Leasing Act, we find the original article 13.3. In this way, our legal system introduces the protection of the tenant in the non-domino leasing, in which the landlord appears to be the owner of the property.

The article 13.3 Urban Leasing Act has limited temporarily and for the cases expressly included, the exercise of the action of warranty of good title applicable by article 1553 Civil Code. If the requirements met, the owner dispossessed have to tolerate the rent for a maximum of five years —if natural person— or seven years —if legal person—, depending on tenant decision, without prejudice to legal actions against the non domino leasing.

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento de vivienda. Arrendamiento de cosa ajena. Acto de administración. Saneamiento por evicción. Gestión de negocios ajenos sin mandato.

**KEY WORDS:** Residential lease agreement. Leasing of someone else's property. Act of administration. Warranty of good title. Unjust enrichment.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU NATURALEZA JURÍDICA. 2. ÚLTIMAS REFORMAS DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—III. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AJENA: ANÁLISIS DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONTRATO Y SU PROBLEMÁTICA: 1. LEGITIMACIÓN DE VIVIENDA DEL ARRENDADOR: A) Titularidades y capacidad del arrendador: arrendamiento como acto de administración o acto de disposición. B) Supuestos excepcionales: a) Publicidad registral; b) Apariencia de veracidad. 2. DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES: A) Regla general: artículo 1553 del Código Civil. B) Aplicabilidad en el arrendamiento de vivienda: reforma de la LAU a través del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. 3. TITULAR DOMINICAL VS. ARRENDADOR NON DOMINO: A) Buena fe o mala fe del arrendador. B) Acciones en defensa del titular dominical.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera global de 2008 puso de manifiesto las debilidades de un mercado inmobiliario hasta el momento sostenido por créditos, en su mayoría, garantizados con hipotecas que recaerían sobre la propia vivienda

adquirida. La estrepitosa caída del sistema financiero dejó al descubierto, entre otras cuestiones, el apego social existente al establecimiento de la residencia habitual en régimen de propiedad. Ello no generaría inquietud alguna si el comprador pudiera adquirir el bien inmueble con su propio patrimonio. Sin embargo, el acceso a la vivienda en régimen de propiedad queda, en un alto porcentaje de casos, condicionada a la obtención de financiación a través del préstamo garantizado mediante hipoteca —*v.gr.*, a nivel nacional, en septiembre de 2021 fueron adquiridas un total de 53970 viviendas, para cuya adquisición se celebraron un total de 25725 préstamos hipotecarios, situando el porcentaje de compras de vivienda financiadas mediante préstamo hipotecario en el 47,7% y cuya financiación media alcanza el 73,2% del precio—<sup>1</sup>.

Los datos demuestran que el acceso a la vivienda en régimen de propiedad supone un alto endeudamiento para el adquirente, provocando que las familias hayan de afrontar el pago de su préstamo hipotecario durante un largo de periodo de tiempo. Si bien se trata de una realidad incontrovertible que el alto endeudamiento de las familias puede traer consigo consecuencias realmente graves en momentos de dificultades económicas (pudiendo llegar a producirse la pérdida de la vivienda, en última instancia), no debemos olvidar que, superado este periodo de endeudamiento temporal, las familias quedarán liberadas del pago de deuda alguna por su residencia. A ello responde que, según los últimos datos recabados por el documento España 2050<sup>2</sup>, el 47% de la población española viva en una casa propia ya pagada, permitiendo que la población pensionista pueda disponer de una vivienda en la que residir o proceder a su venta para obtener liquidez, de precizarla. No obstante, tampoco podemos perder de vista que la población pensionista actual ha sido adquirente de su primera vivienda (a través de un préstamo hipotecario, en su caso) en los años '70 u '80, época en la que el esfuerzo que las familias dedicaban a la obtención de la vivienda en régimen de propiedad era menor al esfuerzo que, en la actualidad, debe realizarse, teniendo en cuenta el análisis del precio de la vivienda en relación al salario medio, principalmente en grandes urbes como Madrid o Barcelona<sup>3</sup>. Esto ha supuesto que las familias formadas por parejas jóvenes que acaban de ingresar en el mercado laboral busquen alternativas al endeudamiento, al menos, provisionalmente, entrando en un bucle en el que las dificultades para garantizar un ahorro suficiente que les permita, en un futuro, acceder a un préstamo hipotecario son notables.

En todo caso, la alternativa que el legislador español ha procurado desarrollar se ha centrado en una legislación tuitiva que fomentara el arrendamiento de vivienda como una verdadera opción habitacional para quienes no puedan o no deseen acceder al endeudamiento para la adqui-

sición de la vivienda en régimen de propiedad, al menos, provisional o temporalmente. De este modo, se pretende hacer atractivo el acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento para romper con la reticencia de la sociedad española por instalar su domicilio en una propiedad ajena. En los sucesivos censos de población y vivienda publicados por el INE se puede observar el paulatino aumento del número de hogares familiares que van accediendo a la vivienda en régimen de alquiler, aún lejos del régimen de propiedad. En el periodo de los años 1991-95 se situaban en un 10,48% las viviendas en arrendamiento, en 2001 se cifra en el 15,52% y en el 2011, aunque se vaticinaba un importante incremento de este porcentaje, la estadística muestra que la realidad dio al traste con la tendencia puesto que en los resultados definitivos de la encuesta de condiciones de vida realizada en 2011 y publicada por el INE se muestra que el porcentaje de ocupación de vivienda en régimen de alquiler baja al 12,1%. Este aumento se produjo con posterioridad, llegando a registrar un aumento del 16,6% en el año 2014 al 17,5% en el 2018, propiciado fundamentalmente por la población más joven<sup>4</sup>. Esta tendencia es compartida con el resto de países de la Unión Europea, según datos del Eurostat de 2018<sup>5</sup>. También los Planes estatales de vivienda de Protección Pública han ido derivando en sus supuestos de financiación pública las ayudas para el acceso a viviendas en régimen de alquiler<sup>6</sup>.

Las maneras en las que se ha abordado el reto por el que fomentar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler desde el derecho privado han sido dos, principalmente. Por un lado, dispensar una protección particular al propietario del inmueble en materia de desahucio por impago de rentas. La protección dispensada al arrendador se antoja una medida necesaria que permitirá la puesta en el mercado de alquiler de un mayor número de inmuebles. Efectivamente, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, contenía la nueva regulación del desahucio por falta de pago de la renta o cantidades debidas, acumulando o no al mismo, la pretensión de condena al pago de las rentas. Simplemente, baste apuntar aquí que con la reforma operada por esta Ley 37/2011, denominada del desahucio exprés, se extiende el sistema del proceso monitorio a los juicios de desahucio por falta de pago al modificarse, fundamentalmente, el artículo 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC— posteriormente modificado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas y la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la LEC—. Más recientemente, con el mismo objetivo, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, también introduce modificaciones importantes en la LAU y la LEC, en línea con lo apuntado en las disposiciones adicionales quinta y sexta, y

disposiciones transitorias primera y segunda. La última de las reformas en esta materia es introducida por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, que modifica los apartados 3 y 4 del artículo 440 LEC. Particularmente, introduce un nuevo artículo 441.5 LEC en el que se incluye la necesidad de informar al demandado de la posibilidad de que acuda a servicios sociales a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, la protección de la estabilidad habitacional del arrendatario será fundamental para incentivar su utilización. Esta estabilidad se presenta a través de la ampliación de los plazos mínimos del contrato de arrendamiento de vivienda (art. 9.1 LAU) y de la ampliación de los plazos de prórrogas legales (art. 10.1 LAU). En particular, el *Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler* recupera, con una redacción muy similar a la original, el artículo 13 LAU, introduciendo la protección del arrendatario en dos ámbitos fundamentales:

— *apartado primero*: el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumpla el plazo de duración mínimo al que tiene la facultad de acogerse. La facultad del arrendatario de permanecer en la vivienda, más allá del periodo mínimo en casos en los que el arrendador pierda la propiedad de la vivienda a causa de un procedimiento hipotecario, puede afirmarse que desaparece, a efectos prácticos, en todos los supuestos en los que no se haya inscrito el arrendamiento con anterioridad en el Registro de la Propiedad. Sin duda, parece que la coyuntura de recesión económica por la que se atraviesa actualmente es la que ha impulsado a introducir esta última reforma que pretende impedir que, por «carambola», los arrendatarios se vean afectados en la estabilidad de su hogar familiar por el incumplimiento en la amortización del préstamo hipotecario de su arrendador.

— *apartado tercero*: la previsión de los que hemos denominado «arrendamiento a non domino». Se establece esta garantía de estabilidad para el arrendatario para el caso en el que se haya concertado el contrato de arrendamiento de buena fe con persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad o «que parezca serlo en virtud de un estado de las cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la no renovación» (art. 13.3 LAU). Es decir, más allá de la publicidad registral, el legislador ha introducido nuevamente una suerte de curiosa protección de la apariencia extra registral, sobre la base de la buena fe del arrendatario, si esta apariencia fue provocada por el verdadero propietario. Será esta previsión de protección registral y de apariencia de estado la que nos invitará a reflexionar acerca de su fundamentación teórica como objeto de estudio del presente artículo.

## II. CUESTIONES PREVIAS

### 1. ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU NATURALEZA JURÍDICA

La especial sensibilidad social aparejada al acceso a la vivienda ha provocado amplias y profundas reformas del régimen jurídico del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles que ha tenido su reflejo, particularmente, en las leyes especiales. El Código Civil, cuya función en esta materia es el establecimiento de un régimen general y supletorio a la legislación especial, no ha sufrido reforma alguna desde 1975 —limitada a la eliminación de la disposición relativa al poder de disposición del marido respecto de los bienes de su mujer contenida en el artículo 1548 del Código Civil—. Precisamente esta cuestión es una clara muestra de la descodificación del Derecho civil<sup>7</sup>. Como norma supletoria a las leyes especiales y, en particular, a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos —en adelante, LAU—, el Código Civil sentará el régimen jurídico de aquellos arrendamientos de bienes inmuebles expresamente excluidos en la citada norma<sup>8</sup>.

La naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento concretará la base sobre la que pivota el presente estudio. En este sentido, la posible inscripción del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad en virtud del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria —en adelante, LH—, permite analizar una especial eficacia real del contrato de arrendamiento<sup>9</sup>, sin que ello suponga la transformación de la naturaleza consensual de los contratos del ordenamiento jurídico español (arts. 1254 y 1258 CC)<sup>10</sup>.

La asunción de su naturaleza consensual permite afirmar que la perfección del contrato de arrendamiento se producirá con el acuerdo de voluntades de las partes contractuales o concurso de la oferta y de la aceptación sobre la causa y la cosa que ha de constituir el contrato, sin necesidad de formalidad alguna<sup>11</sup>. En este sentido, de la perfección del contrato deriva la obligación de cumplir con prestaciones recíprocas —entrega del uso de la cosa<sup>12</sup>, por el arrendador, y del precio, por el arrendatario—. El deber esencial del arrendador es mantener al arrendatario en la posesión del bien. Sin embargo, la falta de entrega de la posesión del bien y su mantenimiento en ella no sustanciará la ineficacia contractual, en tanto la relación jurídico-obligacional ha sido previamente perfeccionada con el acuerdo de voluntades —*v.gr.*, el contrato de compraventa<sup>13</sup>—. Ello es, precisamente, el fundamento de la aplicación de las normas de saneamiento por evicción propias del contrato de compraventa para la venta de cosa ajena<sup>14</sup> o doble venta<sup>15</sup>, al contrato de arrendamiento, como establece el artículo 1553 del Código Civil<sup>16</sup>.

## 2. ÚLTIMAS REFORMAS DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Como presentábamos en líneas precedentes, el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, tiene por objeto la introducción de diversas reformas en materia arrendaticia destinadas a afrontar el reto de acceso a la vivienda de la sociedad española. La norma se plantea a modo de *contrarreforma* de la operada en 2013, a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda<sup>17</sup>. El mercado inmobiliario en régimen de alquiler, especialmente desigual y heterogéneo en el territorio español, pretende ser impulsado a través de políticas y programas públicos de vivienda —*v. gr.*, Plan Estatal de Vivienda<sup>18</sup>— que fomenten el arrendamiento de vivienda como una alternativa a la adquisición de viviendas en régimen de propiedad. Una de las medidas más polémicas introducidas por el legislador nacional ha sido la creación del denominado *índice de referencia del alquiler de vivienda* que pretende ser utilizado como indicador del precio de mercado de alquiler de vivienda, con especial atención a las áreas de mercado tensionado que, hasta la actual pandemia causada por el COVID-19, habían sido localizadas en las principales metrópolis del territorio nacional.

En definitiva, la nueva reforma, indudablemente proteccionista con el arrendatario, introduce cambios en diversos elementos esenciales del régimen de arrendamiento de vivienda y que nos sitúan en un escenario legal muy similar al de tiempos pasados:

a) exclusión del ámbito de aplicación de la regulación de las *viviendas suntuarias*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2<sup>19</sup>;

b) exclusión del ámbito de aplicación de la cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda amueblada y equipada comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por *cualquier otro modo de comercialización o promoción*, refiriéndose así a canales web o plataformas como Airbnb, Vrbo, Homestay o TripAdvisor Vacation Rentals, entre otras.

c) ampliación de la duración mínima del arrendamiento de vivienda legalmente establecida y exigible por parte del arrendatario: a través de prórrogas anuales, podrá mantenerse el arrendamiento hasta cinco años (si el arrendador es persona física) y siete años (si el arrendador es persona jurídica).

d) ampliación del plazo máximo de prórroga del contrato: tras el vencimiento del contrato y a falta de manifestación en contrario por arrendador o arrendatario, el contrato quedará prorrogado automáticamente de forma anual hasta un plazo máximo de tres años.

e) excepción a la extinción del arrendamiento en los cinco primeros años de duración del contrato (si el arrendador fuera persona física) o siete años (si el arrendador fuera persona jurídica), aunque el derecho del arrendador quedara resuelto por retracto convencional, apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o ejercicio de un derecho de opción de compra. La inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento, permitirá mantener la continuidad del contrato de arrendamiento por la totalidad de la duración pactada.

f) menor relevancia de la protección otorgada a través de la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad: la duración mínima del contrato de arrendamiento de cinco o siete años queda legalmente protegida e impuesta al arrendador *ope legis* y, además, se deroga la previsión contenida en el antiguo artículo 7.2 por el que se disponía que *en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad.*

Finalizamos este listado en el que plasmamos las reformas introducidas a través del Real Decreto Ley 7/2019 con la particular inclusión del artículo 13.3, por ser objeto de análisis en este artículo. El precepto, que recupera la previsión del apartado tercero contenida en la redacción original de la LAU, permite la continuidad de la vigencia de un contrato de arrendamiento de vivienda por los plazos legalmente establecidos bajo la modalidad de *arrendamiento de vivienda ajena*, cuyo presupuesto radica en la apariencia de veracidad de la situación del arrendador en la que el arrendatario confía —*que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario*—.

### III. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AJENA: ANÁLISIS DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONTRATO Y SU PROBLEMÁTICA

#### 1. LEGITIMACIÓN DEL ARRENDADOR

El contrato de arrendamiento de cosas, obliga al arrendador a la cesión del uso del bien (art. 1546 CC). Por ello, para mantener la protección del arrendatario como poseedor inmediato con derecho a usar el bien, el arrendador habrá de estar legitimado para llevar a cabo esta transmisión posesoria con facultades para la celebración del contrato arrendaticio. En

este sentido, habrán de ser determinadas las situaciones que legitiman a un sujeto a estos afectos.

A) *Titularidades y capacidad del arrendador: arrendamiento de vivienda como acto de administración o acto de disposición*

La determinación de las situaciones que facultan a un sujeto a ser considerado arrendador de un bien ha sido una cuestión poco debatida y de escaso desarrollo doctrinal, precisamente por la escasa problemática práctica planteada en el ámbito de la jurisdicción civil.

Con el objeto de llevar a cabo la concreción de las titularidades que permiten ceder el uso de un determinado bien, habría que determinar, en primer término, la naturaleza jurídica del acto de cesión del uso de un bien. En este sentido, el arrendamiento de vivienda ha sido calificado por el Tribunal Supremo como un acto de administración *salvo cuando, por su duración, comprometa el aprovechamiento de las cosas [...]* En tal caso, se considera como acto de disposición —*vid.* STS número 21/2018, 17 de enero [RJ 2018, 36]<sup>20</sup>, núm. 333/2010, 10 de junio [RJ 2010, 5387]<sup>21</sup>, núm. 1029/2000, de 14 de noviembre [RJ 2000, 9914]<sup>22</sup> y núm. 155/1996, de 7 de marzo [RJ 1996, 1881]<sup>23</sup>, entre otras—, quedando este límite fijado en los seis años para el arrendamiento celebrado por padres o tutores —respecto de los bienes de los menores—, así como los administradores de bienes *sin un poder especial*, como establece el artículo 1548 del Código Civil<sup>24</sup>. En la misma línea, el artículo 1280.2 del Código Civil incluye los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles cuya duración sea igual o superior a seis años entre aquellos cuya constancia en documento público puede ser compelida, fundamentando la oponibilidad del contrato frente a terceros, previa inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1549 CC y 2.5 LH)<sup>25</sup>. Conforme a las reglas contenidas en el Código Civil, podemos afirmar que un contrato de arrendamiento concertado por un periodo superior a los seis años será calificado como acto dispositivo del bien por ser estimado suficientemente gravoso y limitador del aprovechamiento del bien para su titular dominical, al menos, tratándose de contratos de arrendamientos celebrados por padres o tutores sin un poder especial. Sin embargo, la aplicación analógica del precepto al resto de contratos de arrendamiento celebrados por sujetos carentes de poder dispositivo —incluso, administrativo— del bien inmueble, merece una reflexión en mayor profundidad.

Con la reforma de 2019 de la LAU, el arrendador estará obligado a soportar el arrendamiento por un periodo mínimo de cinco años (siete años si el arrendador es persona jurídica), si esta es la voluntad del arrendatario, periodo al cual podrán sumarse prórrogas anuales hasta un

máximo de tres años *extra* —pudiendo alcanzar un total de ocho años (diez años, si es persona jurídica). De este modo, en los cinco primeros años de duración del contrato (o siete años, si el arrendador es persona jurídica), las prórrogas quedarán sometidas a la voluntad del arrendatario sin que el arrendador pueda oponerse a ello (salvo causa justificada contemplada en el apartado tercero del art. 9 LAU). Sin embargo, los tres años de prórroga adicionales podrán ser interrumpidos tanto por el arrendatario como por el arrendador, previa notificación de su voluntad de no renovarlo (art. 10 LAU). En este sentido, ¿la tácita reconducción es un acto de disposición?; ¿el establecimiento de prórrogas legales automáticas en el contrato de arrendamientos urbanos nos permite afirmar que la celebración del contrato es un acto de disposición si el contrato puede llegar a superar los seis años de duración a voluntad del arrendatario?<sup>26</sup>; ¿influye en esta calificación que la prórroga adicional del artículo 10 LAU quede condicionada a la falta de manifestación en contrario por las partes contractuales?; ¿el arrendamiento será calificado como acto de disposición si el arrendador es persona jurídica?

En aplicación del criterio jurisprudencial sentado por la STS de 30 de marzo de 1987 [*RJ* 1987, 1839], en relación a la facultad para la celebración de arrendamientos por una duración inferior a los seis años por parte de los padres respecto de los bienes de sus hijos, la prórroga legal no debería ser tenida en cuenta para computar esa limitación temporal establecida en el artículo 1548 del Código Civil —en el mismo sentido, SSTS de 18 de diciembre de 1973 [*RJ* 1973, 4831] y de 12 de noviembre de 1987 [*RJ* 1987, 8375]—<sup>27</sup>. La sentencia se refería a la LAU de 1964, en cuyo artículo 57 establecía la prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario por el mismo plazo pactado en el contrato vencido. Entre la jurisprudencia menor, las SSAP de Cuenca, de 22 de diciembre de 1994 y AP de Zaragoza, núm. 613/1998, de 26 de octubre [*AC* 1998, 1974], reiteran el criterio sentado en la STS de 30 de marzo de 1987, la segunda de las cuales se refiere a la calificación del contrato de arrendamiento celebrado por la «administradora de hecho» del inmueble como acto de administración, cuya duración pactada es de un año, a pesar de sus prórrogas legales. En el mismo sentido, la STS núm. 331/1999, de 24 de abril [*RJ* 1999, 2826] reconocía el carácter de acto de administración de los arrendamientos concertados por plazo menor a seis años, no inscribibles y, además, no sometidos a prórroga legal —debiendo ser concertada por ambas partes cada dos años—.

Contrario a este criterio sentado por el Tribunal Supremo, algún autor ha estimado que las prórrogas legales permitirían transformar la naturaleza del contrato de arrendamiento celebrado sobre cosa ajena, en particular, respecto a los arrendamientos urbanos concertados por padres sobre bienes

de sus hijos. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina más consolidada. Y es que, prescindir del análisis de la prórroga forzosa del contrato para determinar la naturaleza jurídica del contrato puede llevar a, como afirmara MARTÍNEZ DE AGUIRRE, encontrar supuestos en los que el acto pueda suponer una extralimitación de la simple conservación del bien si *por su duración en el tiempo bloquean la iniciativa o libertad del titular más allá de lo que se considera indispensable para obtener del bien un rendimiento adecuado*<sup>28</sup>. Acertadamente, señala el autor que para determinar la naturaleza del acto sometido a valoración hemos de atender a la finalidad de la disposición contenida en el artículo 1548 del Código Civil, cual es la de la protección del derecho a la libre disposición del verdadero propietario sobre el bien inmueble<sup>29</sup>.

A nuestros efectos, y en relación a los contratos de arrendamiento de vivienda sometidos a la LAU, descartamos que las prórrogas del artículo 10 puedan servir para determinar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento o del acto de contratar un arrendamiento. La tácita reconducción o el periodo de prórrogas anuales obligatorias a falta de manifestación expresa en contrario por parte del arrendador (cuatro meses de antelación a la fecha de vencimiento) o arrendatario (dos meses de antelación a la fecha de vencimiento) no creemos que pueda ser estimada limitativa del poder de disposición del titular dominical, un gravamen sobre el bien no consentido por este o un acto de *cuasi-enajenación* por parte del arrendador.

No obstante, opinión diversa nos merece las prórrogas anuales contempladas en el artículo 9 que permitirían al arrendatario mantener la vigencia del contrato por un plazo mínimo de hasta cinco años —si el arrendador es persona física— o siete años —si el arrendador es persona jurídica—. En este sentido, estimamos que serán estos dos, los términos legalmente contemplados que habrían de ser valorados para determinar la naturaleza jurídica del acto, ya que la celebración del contrato, con independencia del término pactado, vincula al titular de la vivienda por el periodo legalmente establecido, limitando sus facultades dominicales durante el mismo. Curiosamente, a través de la reforma de la LAU operada en 2019 y en coherencia con lo que venimos sosteniendo, el arrendamiento de vivienda cuyo término pactado sea inferior a cinco (si el arrendador fuera persona física) o siete años (si fuera persona jurídica), el régimen de prórrogas legales contenidas en el artículo 9 nos situaría en el siguiente escenario: a) tratándose de un contrato de arrendamiento celebrado por arrendador persona física, el contrato recibiría la calificación de *acto de administración* llevado a cabo por el arrendador por no suponer, siquiera, una duración superior a la contenida en el artículo 1548 del Código Civil; y b) si, por el contrario, el arrendador fuera persona jurídica vinculada por el periodo legal de siete años de duración del contrato a voluntad del arrendatario, podría afirmarse que

estaríamos ante un *acto de disposición* en aplicación analógica del artículo 1548 del Código Civil. No obstante, debemos puntualizar que el precepto no distingue entre arrendador y propietario del inmueble, ni entre persona con facultades de administración y persona con facultades de disposición del mismo. Cuestión de trascendental relevancia a efectos de determinar la extralimitación de las facultades del arrendador a *non domino* y la efectiva protección del arrendatario en estos supuestos.

En definitiva y a efectos conclusivos, estará legitimado como arrendador de vivienda su titular dominical —ya sea puro, cuya propiedad quede sometida a condición suspensiva o resolutoria, con pacto de retroventa o vivienda hipotecada, así como en aquellos casos en los que concurra su condición de fiduciario (mientras se mantenga su situación)—, administrador y/o representante legal con poder especial para realizar actos de disposición (arrendamientos de larga duración) o sin poder especial (arrendamientos concertados por una duración inferior a seis años). De igual modo, y respecto de aquellos contratos de arrendamiento cuya naturaleza responda a la celebración de un acto de administración, quedarán legitimados los usufructuarios (sin facultad de enajenación), como dispone el artículo 480 del Código Civil, en coherencia con la extensión y alcance de su derecho —*vid.* STS de 17 de enero de 2018 sobre la capacidad arrendaticia del usufructuario universal de la herencia<sup>30</sup>; así como el titular del derecho de superficie o de análoga naturaleza, todos ellos por el periodo de vigencia de su derecho (art. 13.2 LAU)<sup>31</sup>. La legitimación otorgada a estos últimos, responde a supuestos que ejemplifican la eficacia de arrendamientos a *non domino*, en este caso, fundada en la legitimación que el título constitutivo de su derecho les otorga para la realización de actos de administración de los bienes.

### B) *Supuestos excepcionales*

En líneas precedentes, han sido expuestos los títulos que legitiman a su titular para actuar como arrendador por disponer de un derecho de goce del inmueble que le permiten la celebración de actos de administración con plena eficacia, incluso aunque se carezca de la titularidad dominical del bien. Además, si el término del contrato excediera de los seis años (art. 1548 CC), ya hemos planteado que el *aprovechamiento de la cosa se ha visto comprometido*, pudiendo ser calificado como acto de disposición<sup>32</sup>. La capacidad del arrendador es analizada con independencia a la elevación a escritura pública del contrato de arrendamiento y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>33</sup>, cuya oponibilidad frente a terceros ha quedado limitada a determinados supuestos contenidos a lo largo de la LAU.

En este sentido, la doctrina apunta que los arrendamientos de cosa ajena pueden derivar de diversas situaciones clasificadas en las siguientes categorías<sup>34</sup>: a) por ser cosa futura; b) cosa de otro que pretende adquirir; c) cosa de otro, poseída de buena fe por el arrendador por título que le habilita a arrendar; d) cosa de otro poseída de mala fe por el arrendador. Sin embargo, esta clasificación no incluye los que podríamos denominar *arrendamientos con titularidad aparente*, reconocidos en el reintroducido artículo 13.3 LAU<sup>35</sup>. Bajo la redacción actual introducida a través del artículo 1.6 del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo:

*3. Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años.*

La norma tiene por objeto proteger al arrendatario que actúa de buena fe y contrata con un arrendador que no es propietario de la vivienda arrendada, pero aparenta serlo. No debemos obviar que el artículo 13, lleva por rúbrica «resolución del derecho del arrendador», por lo que hemos de entender que la previsión del apartado tercero tendrá lugar en aquellos supuestos en los que el arrendador se haya visto privado del derecho de propiedad —en su caso, inscrito en el Registro de la Propiedad— por lo que *cuando sea destruida esa presunción registral por el ejercicio de una acción contradictoria del dominio*, tendrá utilidad este precepto<sup>36</sup>. Además, la segunda previsión del precepto hace referencia a la apariencia de veracidad creada por el verdadero propietario por la que el arrendador *non domino* parezca ser propietario del bien. Nuevamente, el legislador equipara la titularidad dominical con la facultad de arrendar la vivienda, obviando otras situaciones jurídicas que legitiman a su titular a celebrar contratos de arrendamiento (v. *gr.*, usufructuario).

Los dos supuestos contemplados en este precepto parten, según algún autor, de la falta de diligencia del verdadero propietario<sup>37</sup>. Ambas situaciones responden a casos en los que la duración pactada contractual es inferior a la duración mínima contemplada en el artículo 9 LAU. Abogamos por considerar que si la duración pactada fuera superior a los cinco años (o siete años si el propietario fuese persona jurídica), y no constara inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato quedaría resuelto transcurridos los citados plazos legales, en aplicación de la regla general contenida en el apartado segundo del artículo 13.1 LAU

a) Publicidad registral

En primer lugar, el arrendatario que confía en el Registro de la Propiedad para celebrar el contrato de arrendamiento de vivienda quedará protegido en su posición durante el plazo de cinco años —si el verdadero propietario (no el arrendador) es persona física— o siete años —en caso del verdadero propietario persona jurídica—. La publicidad del Registro vincula al verdadero propietario obligándole a mantener el contrato de arrendamiento con el arrendatario de buena fe por el plazo establecido, aplicando de manera particular el principio de fe pública registral sin necesidad de inscribir, a su vez, el contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

En realidad, esta protección registral del contrato de arrendamiento concertado por el arrendador *non domino* responde a la confianza depositada por el arrendatario en el Registro de la Propiedad basada en el principio de fe pública registral, conformando una protección del arrendatario *ex lege*, al igual que el artículo 34 LH protege al tercero hipotecario en las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles<sup>38</sup>.

b) Apariencia de veracidad

Por otra parte, la protección del arrendatario se extenderá durante los plazos previamente citados, en aquellos supuestos en los que el arrendador aparente ser propietario del bien, siempre que esta apariencia sea imputable al verdadero propietario. Téngase en cuenta que el precepto solo otorga esta protección al arrendatario que confíe en la apariencia de titularidad dominical, excluyendo la posibilidad de proteger al arrendatario que confíe en la apariencia de cualquier otra titularidad cuyos poderes de administración le otorgue legitimación para arrendar una vivienda ajena<sup>39</sup>.

El precepto ofrece una protección por imperativo legal a estos supuestos de arrendamiento de vivienda ajena. Sin embargo, al margen de esta previsión legal sobre la titularidad dominical, el contrato de arrendamiento celebrado por el poseedor de buena fe en concepto habilitante para arrendar un bien ajeno, ha sido defendido por LUCAS FERNÁNDEZ, en aplicación de las normas generales de protección del derecho que ampara al poseedor, además, para hacer *suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión*, no siendo responsable *del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo* (arts. 451 y 457 CC)<sup>40</sup>. En este sentido, habría de plantearse la situación jurídica creada en aquellos casos en los que el arrendatario creyera, de buena fe, que el arrendador disponía de título habilitante para celebrar el contrato, diferente a la propiedad del bien. Es decir, ¿podrá salvarse la

vigencia del contrato de arrendamiento si se confiaba en la apariencia del arrendatario como usufructuario, arrendatario o administrador con facultades para arrendar? Estimamos que, para poder sostener esta opción, debería haberse previsto expresamente por el legislador y, en su caso, debería ser una apariencia creada por el verdadero propietario. Su inclusión entre las premisas del precepto dificultaría en gran medida comprobar los supuestos en los que la apariencia de una titularidad que le permitiera confiar al arrendatario en su poder para arrendar la vivienda haya podido ser causada por el verdadero propietario, por ejemplo, por encontrarse en posesión de la vivienda<sup>41</sup>. En definitiva, este podría ser el fundamento que ha llevado al legislador a estimar que la protección del contrato de arrendamiento concertado sobre vivienda ajena solo podrá acaecer en casos en los que el arrendador tenga apariencia de propietario.

## 2. DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES

### A) Regla general: artículo 1553 del Código Civil

La obligación de mantener al arrendatario en el *goce pacífico del bien por el tiempo del contrato* (art. 1554.3 CC), plantea la necesidad de articular el mecanismo del saneamiento, ya sea por evicción o por vicios ocultos. A los efectos del presente análisis, nos limitaremos al primero de estos.

El del Código Civil nos remite a las normas de la compraventa sobre saneamiento, por lo que habremos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1475 del Código Civil, adaptado al contrato de arrendamiento. Su aplicabilidad es dudosa. A este respecto, procederá el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción en el contrato de arrendamiento *cuando una sentencia firme y en virtud de un derecho anterior al arriendo, [se le prive al arrendatario] del uso o disfrute de todo o parte de la cosa [arrendada]*<sup>42</sup>. Al margen de las dudas respecto a su aplicabilidad en casos de doble arrendamiento<sup>43</sup> —por analogía con la doble venta<sup>44</sup>—, el saneamiento por evicción procederá en aquellos supuestos en los que se produce un arrendamiento sobre cosa ajena y, quien haya vencido en esa titularidad en virtud de título previo (*ex art. 1475 CC*) reconocida en sentencia firme (*ex art. 1480 CC*), despoje al arrendatario de su derecho<sup>45</sup>. Por ello, se presenta requisito esencial para que prospere el saneamiento por evicción que la perturbación del derecho del arrendatario se produzca a consecuencia de la actuación de un tercero, ajeno a la relación contractual<sup>46</sup> y que el arrendatario comunique al arrendador la demanda de evicción a los efectos de hacerlo responder del saneamiento<sup>47</sup>.

De prosperar la evicción ejercitada por parte del verdadero titular dominical en sede judicial y en cumplimiento de todos los presupuestos legales exigidos en el proceso<sup>48</sup>, el arrendatario despojado de su derecho podrá ejercitar, a su vez, el saneamiento por evicción por haberse producido un arrendamiento de cosa ajena por el *non dominus*, cuya eficacia contractual debe ser sostenida a pesar de la ajenidad de la cosa arrendada ya que la perfección del contrato de arrendamiento derivada del acuerdo de voluntades vincula a las partes en una relación puramente obligacional<sup>49</sup>.

En el contrato de arrendamiento, si el *verus dominus* recuperase el bien arrendado por el *non dominus*, despojando al arrendatario de su derecho, este podrá exigir —si no existe estipulación en sentido diverso en el contrato de arrendamiento, en virtud del artículo 1478 del Código Civil—: 1.º la restitución del precio del arriendo satisfecho al tiempo de la evicción —descontado el tiempo de disfrute del bien<sup>50</sup>; 2.º frutos o rendimientos, si se le hubiera condenado a entregarlos<sup>51</sup>; 3.º las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, de las generadas en el seguido para el saneamiento; 4.º los gastos que hubiera generado el contrato de arrendamiento; 5.º los daños e intereses y gastos voluntarios o de puro recreo y ornato si se arrendó de mala fe. La renuncia al saneamiento por evicción por parte del arrendatario, siempre que el arrendador no haya actuado de mala fe, es válida e implicará la entrega, por parte del arrendador, únicamente del precio del arriendo reducido proporcionalmente por el tiempo disfrutado, a no ser que la renuncia se hubiera producido con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias<sup>52</sup>.

*B) Aplicabilidad en el arrendamiento de vivienda: reforma de la LAU a través del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*

Llegados a este punto del análisis en el que valoramos el ejercicio del saneamiento por evicción en el contrato de arrendamiento, hemos de estimar su aplicabilidad en los arrendamientos urbanos reglados por la LAU. En este sentido, podemos comenzar afirmando que el ejercicio de este mecanismo de defensa para el arrendatario no se encuentra expresamente contenido en la citada norma, debiendo acudir, en su caso, al régimen general contenido en el Código Civil. Lo cierto es que la aplicación del artículo 1553 del Código Civil procederá en los arrendamientos de cosa ajena, con las salvedades que a continuación detallaremos.

La acción de saneamiento por evicción podría ser ejercitada por el arrendatario si, habiendo celebrado el contrato de arrendamiento de vivienda con un *non dominus*, fuera despojado de su derecho sobre la vivienda por

el verdadero propietario, por haber prosperado la evicción ejercitada por este. Sin embargo, como expusimos en líneas precedentes, el legislador ha desarrollado una norma imperativa que protege al arrendatario en su derecho si se produjera alguno de los dos supuestos contemplados en el artículo 13.3 LAU —que el arrendador *non dominus* aparezca como propietario en el Registro de la Propiedad o que parezca ser propietario en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario—, siempre que el arrendatario haya actuado de buena fe. En este sentido, el legislador opta por mejorar la protección del arrendatario salvaguardando la vigencia del contrato de arrendamiento haciendo que el verdadero propietario *no pueda solicitar la anulación o extinción del arrendamiento por la falta de titularidad del arrendador*<sup>53</sup>. Su razón de ser viene fundada en las condiciones subjetivas tanto del arrendatario —que debe actuar de buena fe—, del arrendador no propietario —constancia como titular dominical del bien en el Registro de la Propiedad—, así como del verdadero propietario —«sanción» por crear una apariencia de titularidad que no se corresponde con la realidad—. En definitiva, se pretende dotar de seguridad jurídica a la contratación celebrada por el arrendatario de buena fe que confía en la apariencia de veracidad de la situación encontrada.

Se limita, de esta manera, la necesidad de utilizar el mecanismo del saneamiento por evicción que, por lo demás, el supuesto de hecho que habilita el ejercicio de la acción no podrá producirse por imperativo legal (art. 1475 CC). De este modo, de cumplirse los presupuestos contenidos en el artículo 13.3 LAU, el verdadero propietario ha quedado impedido de privar al arrendatario de la posesión de la vivienda por el tiempo limitado en el artículo 9.1 LAU.

En definitiva, y con la finalidad de aclarar la cuestión relativa al derecho de desistimiento del arrendatario contenido en el precepto con remisión al artículo 9.1 LAU, como afirman MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, debemos considerar que el contrato de arrendamiento concertado por el *non dominus* tendrá la vigencia acordada por las partes, aunque a su finalización tendrá derecho a las prórrogas contenidas en el artículo 9.1 —hasta cinco años, si el arrendador (en nuestra opinión, debería mencionar al verdadero propietario) es persona física, o hasta siete años, si el verdadero propietario es persona jurídica—<sup>54</sup>. En nuestra opinión, las prórrogas contenidas en el artículo 10 LAU solo podrán ser aplicables en aquellos supuestos en los que el verdadero propietario no manifieste su voluntad de no renovarlo. En caso contrario, operará la prórroga legal.

Además, consideramos que esta regla no podrá ser aplicada a aquellos supuestos en los que el plazo pactado entre el *non dominus* y el arrendatario es superior a los cinco o siete años. ¿Qué ocurriría en esos supuestos? Enlazando con lo afirmado en líneas precedentes, son varias las opciones:

— la duración del contrato habría de ser reducida al plazo legalmente establecido en el artículo 13.3 LAU, a excepción de que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad, cuya protección registral salvaría la vigencia por el plazo pactado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU<sup>55</sup>.

— si la duración pactada fuera igual o superior a los seis años, en aplicación del artículo 1548 del Código Civil, el acto tendrá la naturaleza de acto de disposición realizado por un *non domino* y, a falta de salvaguarda legal particular o título que habilite al sujeto como arrendador de cosa ajena, podríamos entender que el verdadero propietario queda amparado para el ejercicio de acción real o posesoria que fundamentará la posterior evicción. El arrendatario tendría a su disposición la *acción de saneamiento* a ejercitar frente al arrendador *non domino*<sup>56</sup>. En este sentido, la STS núm. 367/2004, de 5 de mayo [RJ 2004, 1682] resolvió el contrato concertado entre el *falso arrendador* y un arrendatario por ineficacia contractual, acreditando la propiedad del actor que ejercita acción reivindicatoria y condenando a indemnizar al propietario por las cantidades percibidas en el arrendamiento. Entre la jurisprudencia menor es constante la declaración de nulidad de contrato de arrendamiento celebrado por un sujeto sin facultades dispositivas del bien inmueble —SAP de Valencia núm. 109/1998, de 20 de julio [AC 1998, 6711], ya sea por *simulación absoluta* —*vid.* SAP de Murcia núm. 22/2004, de 30 de enero [JUR 2004, 81279]<sup>57</sup>—, o por *falta de causa* —*vid.* SAP de Murcia núm. 166/2009, de 8 de julio [JUR 2009, 351831]<sup>58</sup>; SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 480/2004, de 8 de octubre [JUR 2004, 306795].

Por otra parte, la nulidad radical del contrato de arrendamiento superior a seis años celebrado por uno de los comuneros sin consentimiento del resto, es criterio constante para la jurisprudencia nacional —STS de 28 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1737]. Entre la jurisprudencia menor, destacamos las SAP de Zaragoza núm. 362/2008, de 20 de junio [JUR 2008, 337996]; SAP Alicante, núm. 144/2004, de 18 de febrero [JUR 2004, 95904]; SAP de Las Palmas, núm. 593/2002, de 12 de noviembre [JUR 2003, 81316]; SAP de Valencia núm. 743/2002, de 2 de noviembre [JUR 2003, 30177]—.

Finalmente, hemos de atender al supuesto en el que el arrendatario no haya concertado el contrato de buena fe<sup>59</sup>. En estos supuestos, el arrendatario tampoco quedará protegido por la disposición del artículo 13.3 LAU, debiendo acudir a las reglas generales de la venta a *non domino* para analizar las consecuencias jurídicas de esta situación. En el hipotético supuesto en el que el arrendatario haya celebrado el contrato conociendo que el arrendador no era el verdadero propietario de la vivienda, según afirma MIQUEL GONZÁLEZ, el comprador que adquiere el bien inmueble no

pierde su acción de saneamiento por evicción *frente al tradens*, siempre que haya actuado de buena fe<sup>60</sup>.

### 3. TITULAR DOMINICAL VS. ARRENDADOR *NON DOMINO*

#### A) Buena fe o mala fe del arrendador

Bajo el título «resolución del derecho del arrendador», en el artículo 13.3 LAU el legislador protege el arrendamiento de vivienda ajena celebrado por la persona que aparezca como propietario o parezca serlo y que, en ese contrato, figurará como arrendador. Por ello, estamos en presencia de un supuesto de arrendador *aparente* que será descubierto a instancia del verdadero propietario y que, en aplicación del citado precepto, se convertirá en arrendador *real*. En virtud del citado precepto, la única buena fe relevante a efectos de su aplicación es la del arrendatario<sup>61</sup>. Es decir, la protección del contrato de arrendamiento concertado entre el arrendador *non domino* y arrendatario dispone como premisa básica la buena fe de este último. Sin embargo, la buena o mala fe del arrendador ¿habrá de influir en las consecuencias jurídicas y el juicio de responsabilidades a dirimir frente al verdadero propietario? Poniendo como ejemplo las reglas de la compraventa, observamos que la mala fe del vendedor *non domino* influirá en las consecuencias del acto traslativo llevado a cabo sobre un bien ajeno, en aquellos casos en los que se suma a la mala fe del comprador<sup>62</sup>.

Si prescindiéramos de la norma protectora en el artículo 13.3. LAU —como introdujo la reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio— la mala fe del arrendador permitiría al verdadero dueño, como indicara LUCAS FERNÁNDEZ, recuperar *la posesión de la cosa y reclamar del arrendador los frutos en los términos del artículo 455 del Código Civil*. Y, *si el arrendatario es de buena fe podrá exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios del arrendador* —así como los intereses y gastos voluntarios o de puro recreo u ornato (art. 1478.5.º CC)—<sup>63</sup>, ya que, como señala LACRUZ BERDEJO, la culpa del vendedor en el contrato de compraventa, *solo agrava su responsabilidad frente al comprador*<sup>64</sup>.

No obstante, la última contrarreforma de 2019, que nos vuelve a situar en el escenario anterior, no hace referencia a la buena o mala fe del arrendador *non domino* que, a nuestro modo de ver, merecería, al menos, una mínima mención. Cualquier contrato celebrado por quien conoce que no es titular dominical y procede a la entrega del bien, infringe la regla general de la buena fe que articula las relaciones jurídico-contractuales en nuestro ordenamiento jurídico conforme al artículo 1258 del Código Civil. En este sentido, como afirma MIQUEL GONZÁLEZ en relación al contrato de

compraventa, *no será conforme a la buena fe vender y entregar cosas ajenas a sabiendas, sin asumir expresa o tácitamente frente al comprador la obligación de adquirirlas*<sup>65</sup>. Por analogía, el arrendador habrá de responder por evicción —sin que pueda existir siquiera pacto en contrario concertado por el arrendatario— si actúa de mala fe en la celebración del contrato.

La falta de referencia sobre la buena o mala fe del arrendador *non domino* en el precepto que analizamos nos lleva a afirmar que lo que el precepto pretende es: por un parte, proteger al arrendatario de buena fe; proteger el principio de fe pública registral de nuestro ordenamiento jurídico y «sancionar» al verdadero propietario por el descuido de la vivienda, por permitir o crear la apariencia de propiedad en otro sujeto. Estas premisas que justifican la salvaguarda del contrato de arrendamiento, hacen que obviemos la intencionalidad del arrendador, aunque esta pueda tener su relevancia a efectos de valorar aquellos casos en los que parezca ser propietario de la vivienda *en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario*<sup>66</sup> y a efectos de determinar la estimación de las pretensiones del titular dominical en el ejercicio de una acción por enriquecimiento injusto<sup>67</sup>. De no poder demostrarse este extremo, la protección del artículo 13.3 LAU decaerá y entrarían en juego las reglas generales del arrendamiento de vivienda ajena, situación en la que podrá valorarse la buena o mala fe del arrendador.

#### B) *Acciones en defensa del titular dominical*

Toda perturbación del dominio puede ser defendida a través de la acción reivindicatoria, ejercitable por el *propietario no poseedor, frente al poseedor no propietario* (art. 348 CC), así como a través de la acción posesoria contenida en el artículo 250.1. 4.º LEC para *la defensa contra actos de despojo o perturbación de la tenencia o posesión* del bien. A través de ambas acciones, el *verus dominus* pretenderá la expulsión del arrendatario, recobrando la posesión de la vivienda. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, ante la concurrencia de las premisas contenidas en el artículo 13.3 LAU, la pretensión del titular dominical se verá limitada *ex lege* por la vigencia del contrato de arrendamiento que podrá prolongarse hasta cinco años —si el propietario es persona física— y siete años —si el propietario es persona jurídica— a voluntad del arrendatario, suponiendo una subrogación en la posición de arrendador. Ello no impide al titular dominical ejercitar la correspondiente acción frente al arrendador *non domino*, por la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien ajeno, limitando las facultades dominicales del propietario durante el periodo de vigencia del mismo, por obtener un enriquecimiento patrimonial y por los daños y perjuicios causados, en su caso.

En este sentido, como podemos vaticinar, la elección de la acción a ejercitar no es cuestión baladí. En una primera aproximación, podríamos afirmar que el titular dominical podría ejercitar acción por *enriquecimiento injusto* frente al arrendador que está obteniendo el cobro de las rentas. El ejercicio de la *condictio* o acción por enriquecimiento injusto ha adquirido, paulatinamente, peso y entidad propia. Entre otros, LACRUZ<sup>68</sup> y BASOZABAL<sup>69</sup> apuntan que, en casos como el planteado en los que el actor queda legitimado para el ejercicio de la acción reivindicatoria y la acción de enriquecimiento injusto, estaríamos ante la concurrencia de un concurso alternativo de acciones, dejando en manos del actor la libre elección de la acción a ejercitar, fundamentado en la estimación del enriquecimiento injustificado como principio general único. Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido una posición clara hasta el momento y parece optar el criterio de subsidiariedad de la *condictio*<sup>70</sup>.

El supuesto planteado en el que pretendiese el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, tendría su encaje en el tipo de *condictio* por intromisión en derecho ajeno, aplicando por analogía los artículos 451 a 455 del Código Civil<sup>71</sup>. Veamos cuáles serán las pretensiones satisfechas en el ejercicio de la acción de enriquecimiento por intromisión. Si el titular dominical pretende la restitución de los frutos percibidos por el arrendador *non domino*, deberá demostrar la falta de concurrencia de buena fe en su actuación. En este sentido, en virtud del artículo 451 del Código Civil, el poseedor de buena fe hará suyos los frutos (rentas) obtenidos —entendemos, hasta la interposición de la demanda—. Ciertamente, al arrendador *non domino* no le resultara sencillo demostrar su buena fe. Como apunta BASOZABAL, solo quien adquiere con título válido pero ineficaz por su procedencia *a non domino* queda exento de la obligación de restituir frutos percibidos hasta al interrupción legal de la posesión<sup>72</sup>. Por otra parte, quien es poseedor de mala fe y arrienda la vivienda poseída sin causar daño alguno, deberá restituir las rentas cobradas por la obtención de un beneficio ilícito, *ex* artículo 455 del Código Civil<sup>73</sup>. La restitución de estas rentas responderá y se explica a través del criterio de la *reintegración* del valor de goce del bien usurpado a favor del titular dominical, dejando al margen teorías punitivas o de carácter indemnizatorio que nos llevarían a resultados de difícil explicación en aquellos casos en los que el bien ha sido poseído directamente por el poseedor ilegítimo<sup>74</sup>. A esta acción, podría acumularse la acción de daños y perjuicios, como apunta DÍEZ-PICAZO apoyado en la STS de 12 de abril de 1955 [RJ 1955, 1126]<sup>75</sup>.

Para evitar la discusión en torno a la necesidad de analizar la concurrencia de la buena o mala fe en la conducta del arrendador *non domino*, estimamos procedente y una mejor opción para la satisfacción de las pretensiones del actor (titular dominical), el ejercicio directo de la pretensión restitutoria de las rentas obtenidas por *gestión de negocios ajenos sin manda-*

to<sup>76</sup>. Esta acción que resulta, en opinión que compartimos con ÁLVAREZ-CAPEROCHI<sup>77</sup>, norma general frente a la excepcionalidad que plantea el artículo 451 del Código Civil, permitirá al titular dominical la obtención de las rentas percibidas por el arrendador *non domino*, durante la vigencia del contrato, y sin necesidad de que exista una ratificación posterior del negocio celebrado. Para que prospere la acción, ni siquiera sería precisa la ratificación expresa del acto por parte del propietario del bien, ya que el provecho de las rentas obtenidas a través del arrendamiento concertado, suponen la aplicación del apartado 1, del artículo 1893 del Código Civil<sup>78</sup>.

A través de la acción de restitución derivada de la acción de gestión de negocios ajenos sin mandato, *todo el lucro de la gestión es para el dominus*. Es decir, al titular dominical le serán atribuidos todos los resultados positivos de la gestión y el gestor habrá de indemnizar al propietario por los daños ocasionados por una gestión negligente, así como pagar los intereses devengados por las cantidades que aplicó a usos propios<sup>79</sup>. Por ello, como apuntan MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN<sup>80</sup>, el titular dominical podrá solicitar la correspondiente indemnización por daños causados. La pretensión de restitución del valor de goce es completamente distinta de la indemnizatoria<sup>81</sup>, cuya valoración deberá ser realizada de manera separada, como apreciamos en la SAP de Álava número 104/2009, de 12 de marzo [JUR 2009, 285030]<sup>82</sup>—, y por la que se justifique el daño efectivamente causado durante la vigencia de este contrato<sup>83</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La última de las principales reformas de la LAU llevada a cabo a través del *Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler* ha supuesto la inclusión, nuevamente, de la protección del arrendatario de buena fe en los arrendamientos de vivienda celebrados por el *non domino*. Son varias las conclusiones que pueden ser expuestas como resultado del análisis llevado a cabo en el presente estudio:

I. Habitualmente, el tratamiento de la cuestión relativa al arrendamiento de vivienda ajena ha sido analizado desde el prisma que distingue los actos de disposición de los actos de administración, con intención de determinar si la actuación del arrendador supone una extralimitación en las facultades que le han sido atribuidas. Como demuestra la jurisprudencia analizada, la mayor conflictividad se presenta en relación a los actos llevados a cabo por *los progenitores o tutores, respecto de los bienes de los menores, y los administradores de bienes que no tengan poder especial*. En este sentido, las facultades que les son atribuidas como administradores de bienes ajenos,

impiden *dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años* (art. 1548 CC). Este plazo del arrendamiento por un periodo de seis años determina la calificación del acto de contratación del arrendamiento como disposición en lugar de administración.

II. Sin embargo, al margen de este tratamiento jurídico que distingue el arrendamiento de bien ajeno como acto de administración o disposición en función del tiempo por el cual haya sido concertado, el artículo 13.3 LAU se centra en la protección del arrendatario que haya celebrado un contrato de arrendamiento de vivienda con quien no es propietario de la misma. En virtud del citado precepto, el arrendatario habrá de actuar de buena fe, debiendo ser requerida, además, la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: a) que el arrendador aparezca como propietario en el Registro de la Propiedad; o b) que parezca ser propietario en virtud de un estado de las cosas imputable al verdadero propietario.

III. Parece que el precepto cierra ahora al arrendatario la vía para el ejercicio de evicción en caso de que el verdadero propietario venza su posición en litigio frente al arrendador *non domino*, al menos, durante el periodo legalmente establecido en el precepto (cinco años si el propietario es persona física o siete años si es persona jurídica). Hemos de plantearnos cuáles serán las opciones a disposición del propietario de la vivienda para recuperar la posesión del bien y la restitución de las rentas obtenidos durante la vigencia del arrendamiento.

Ante la concurrencia de las premisas contenidas en el artículo 13.3 LAU, el propietario de la vivienda habrá de soportar la vigencia del arrendamiento concertado durante los periodos mencionados, si esta resultara ser la voluntad del arrendatario. No obstante, abogamos por estimar que el titular dominical podrá ejercitar acción de restitución de las rentas obtenidas frente al arrendador *non domino* por *gestión de negocios ajenos sin mandato*. Esta opción, alternativa al posible ejercicio de la *conductio* o acción por enriquecimiento injusto, permitirá al propietario del bien obtener la restitución de los frutos percibidos por el arrendador *a non domino*, sea este de buena o mala fe. Cumulativamente, a la acción de restitución de los frutos percibidos, podrá acompañarle la acción indemnizatoria por daños y perjuicios que hubiera padecido por la celebración del contrato de arrendamiento —v. gr., en materia de rentas pactadas muy inferiores al valor de mercado—.

#### IV. JURISPRUDENCIA

##### TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 21/2018, 17 de enero

- STS núm. 333/2010, 10 de junio
- STS núm. 367/2004, de 5 de mayo
- STS núm. 1029/2000, de 14 de noviembre
- STS núm. 331/1999, de 24 de abril
- STS núm. 155/1996, de 7 de marzo
- STS de 28 de marzo de 1990
- STS de 12 de noviembre de 1987
- STS de 30 de marzo de 1987
- STS de 18 de diciembre de 1973

#### AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP Álava núm. 104/2009, de 12 de marzo
- SAP Alicante, núm. 144/2004, de 18 de febrero
- SAP Cuenca, de 22 de diciembre de 1994
- SAP Las Palmas, núm. 593/2002, de 12 de noviembre
- SAP Madrid, núm. 423/2004, de 14 de junio
- SAP Madrid, núm. 525/2014, de 18 de noviembre
- SAP Murcia núm. 166/2009, de 8 de julio
- SAP Murcia núm. 22/2004, de 30 de enero
- SAP Murcia, núm. 166/2003, de 26 de mayo
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 480/2004, de 8 de octubre
- SAP Valencia núm. 743/2002, de 2 de noviembre
- SAP Valencia núm. 109/1998, de 20 de julio
- SAP Zaragoza núm. 362/2008, de 20 de junio
- SAP Zaragoza, núm. 613/1998, de 26 de octubre

#### VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (1973). El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, en *Revista de Derecho Privado*.
- ÁLVAREZ-CAPEROCHI, J.A. (1993). *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed. Comares, Granada.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2018). Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 de enero de 2018, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 107.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). *Las Reformas del Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2019). La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir del atolladero, en *Revista de Derecho Civil*. Núm. 2.

- (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1978) en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. III. Edersa. Jaén.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1975). Adquisición y restitución de frutos por el poseedor, en *Anuario de Derecho Civil*.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). Codificación, descodificación y recodificación, en *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 25.
- (1988). La doctrina del enriquecimiento injustificado, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid,
- GARCÍA CANTERO, G. (1984). El nuevo régimen jurídico de la tutela, en *Revista General Legislación y Jurisprudencia*.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. (1995). Los arrendamientos de vivienda, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y Formularios*. Carperi. Madrid.
- JORDANO FRAGA, F. (1989). Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición «a non domino». Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988), *Anuario de Derecho Civil*.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). *Elementos de Derecho Civil. III*. 3.ª ed. Bosch. Barcelona.
- (1986). *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Derecho de Obligaciones Contratos y Cuasicontratos, 2.ª ed., Barcelona, Bosch.
- LETE DEL RÍO, J.M. (2003). *Derecho de Obligaciones*, Tecnos, Madrid.
- LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*, La Ley, Madrid.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (1993). Comentario al artículo 1280 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1993). Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil. T. II*. Ministerio de Justicia. Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020). Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1987). Carácter del arrendamiento, acto de administración o de disposición, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2004). *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil Español*, Dykinson, Madrid.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M. (1995). Enriquecimiento injustificado, en *Enciclopedia jurídica básica*, II. Madrid,
- (2006). Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa, en *Revista de Derecho*. Núm. 26.
- (2018). Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1986). La gestión de negocios ajenos, Montecorvo, Madrid.
- PRATS ALBENTOSA, L. (1994). Comentario del artículo 13, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. M.ª Rosario Valpuesta Fernández, Tirant Lo Blanch. Valencia.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid.
- SCAEVOLA, Q.M. (1909-1915) *Código Civil. Comentado y concordado*. XXIV. Madrid.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2011). Comentario al artículo 1553 del Código Civil, en *Código Civil comentado*. Vol. IV. Civitas. Madrid.
- TORAL LARA, E. (2019). El saneamiento por evicción en la compraventa y sus presupuestos. Comentario a la STS de 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2394), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 109.
- TORRALBA SORIANO, V. (1993). Comentario artículo 1477 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil. T. II*. Ministerio de Justicia. Madrid.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (1994) Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2011). Comentario al artículo 1478 del Código Civil» en *Código Civil comentado*. Vol. IV. Civitas. Madrid.
- (2001) Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial, Aranzadi, Cizur Menor.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., y ESTANCONA PÉREZ, A.A. (2021). *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2015). *Prontuario de Derecho Hipotecario. Para universitarios y profesores*. Dykinson, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> Por lo que respecta al tercer trimestre de 2021, según los datos estadísticos ofrecidos por el Colegio de Registrador de la Propiedad y Mercantiles de España, fueron adquiridas un total de 154.155 viviendas, siendo constituidos un total de 79.792 préstamos hipotecarios (51,76% de viviendas adquiridas mediante crédito). <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad> (Consultado en fecha 7 de diciembre de 2021).

<sup>2</sup> Vid. en [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia\\_Espana\\_2050.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf) (Consultado en fecha 7 de abril de 2022).

<sup>3</sup> Según datos del Banco de España, en 1988 las familias españolas debían dedicar 2,8 años de salario para la adquisición de la vivienda en propiedad, llegando en la actualidad a 7,3 años de salario, de media (dato que asciende en Madrid a 7,9 años y en Barcelona 8,3 años). <https://www.economista.es/vivienda/noticias/11043232/02/21/Cada-nueva-generacion-sufre-mas-que-la-anterior-para-comprar-una-vivienda-la-explicacion-a-esta-dura-realidad.html> (Consultado en fecha 7 de abril de 2022).

<sup>4</sup> En este sentido, la Encuesta de Condiciones de Vida del INE muestra esta tendencia por la que, del 11,0% de los hogares en régimen de arrendamiento en 2008 y del 14,3% en 2017, el porcentaje aumenta del 32,3% de 2008 al 48,9% en 2017 de los hogares constituidos por población entre 16 y 29 años.

<sup>5</sup> Según el Eurostat de 2018, siete de cada diez personas (70,0%) de la EU-27 residía en viviendas en propiedad, mientras que alrededor de una quinta parte (20,8%) alquilaba sus viviendas a precio de mercado y aproximadamente una décima parte (9,3%) alquilaba sus viviendas en alquiler protegido o alojamiento gratuito. En España, la proporción sube hasta el 76,2% de propietarios, frente al 23,8% de la población que reside en régimen de alquiler. El porcentaje de personas en viviendas de alquiler a precio de mercado era inferior al 10,0% en once Estados miembros de la UE, llegando en España a alcanzar

cerca del 15% de los alquileres. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing\\_statistics/es&oldid=498645#R.C3.A9gimen\\_de\\_tenencia](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing_statistics/es&oldid=498645#R.C3.A9gimen_de_tenencia) (Consultado en fecha 7 de diciembre de 2021)

<sup>6</sup> Tendencia ya apuntada en VÁZQUEZ DE CASTRO, E., (2001) *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial*, Aranzadi, Cizur Menor. 103-120, y confirmada por los últimos planes de vivienda 2018-2021.

<sup>7</sup> Derivado de la especialización científica y técnica, la descodificación deriva de la necesaria adaptación del Código desarmado ante nuevos problemas y a las nuevas necesidades que han ido surgiendo posteriormente. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (1993) Codificación, descodificación y recodificación, en *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 25. 11-18.

<sup>8</sup> De este modo, el artículo 5 LAU excluye de su ámbito de aplicación: a) *El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten; b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica; c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se regirán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos; d) El uso de las viviendas universitarias, cuando estas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad propietaria o responsable de las mismas, que sean asignadas a los alumnos matriculados en la correspondiente Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquella, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad respectiva, a la que corresponderá en cada caso el establecimiento de las normas a que se someterá su uso; e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.*

<sup>9</sup> La inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad permite afirmar un efecto real muy concreto y limitado del arrendamiento, *su continuidad frente a sucesivos adquirentes por el tiempo pactado*, vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., (1990), *Elementos de Derecho Civil. III*. 3.<sup>a</sup> ed. Bosch. Barcelona, 21.

<sup>10</sup> Mayor discusión se planteó en épocas pasadas en relación a la naturaleza jurídica del comodato, mutuo, depósito y prenda. Sin embargo, el carácter consensual de los contratos en el ordenamiento jurídico español resulta indiscutible en época moderna, sin perjuicio de la eficacia real que de ellos pueda derivarse. Esta distinción resulta clara en el BGB alemán, cuya disciplina jurídica permite distinguir entre los contratos *Realvertrag* —eficacia meramente obligatoria— y los *dingliches Verträge* —eficacia real—. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 5.<sup>a</sup> ed. Civitas, Madrid, 139-140.

<sup>11</sup> En relación al arrendamiento de local, la entrega de llaves del local arrendado por parte del arrendador, pago del primer mes de alquiler y de dos meses en concepto de fianza, son muestras del acuerdo de voluntades previamente alcanzado ya que no son necesarios para su perfección, vid. SAP de Murcia, núm. 166/2003, de 26 mayo [*JUR* 2004, 34679]; SAP de Madrid, núm. 423/2004, de 14 junio [*JUR* 2004, 244923]; SAP de Madrid, núm. 525/2014, de 18 de noviembre [*JUR* 2015, 19448].

<sup>12</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F., Comentario artículo 1546 del Código Civil (1993), Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil. T. II*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1063.

<sup>13</sup> En relación al contrato de compraventa, el régimen de transmisión de la propiedad de nuestro ordenamiento jurídico permite afirmar que el vendedor no viene propiamente obligado a la transmisión de la propiedad de la cosa al comprador, haciendo que este

se vea considerablemente desprotegido en el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción en los casos de venta de cosa ajena, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., (2004) *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil Español*, Dykinson, Madrid, 46.

<sup>14</sup> Por ello, habrá de descartarse la nulidad radical de la compraventa de cosa ajena. La ajenidad de la cosa no supone la falta de causa, ni la falta de objeto en la relación contractual consensuada. JORDANO FRAGA, F., (1989) Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición «a non domino». Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988), *Anuario de Derecho Civil*, 1358-1359.

<sup>15</sup> Sostiene la autora que la doctrina sobre saneamiento por evicción está sometida a una interpretación flexible que se ve reflejada en los supuestos de doble venta, en los que el saneamiento no deriva de un derecho previo a la venta, sino por el triunfo del segundo comprador. TORAL LARA, E., (2019) «El saneamiento por evicción en la compraventa y sus presupuestos. Comentario a la STS de 7 de junio de 2018 (RJ 2018, 2394)» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Núm. 109.

<sup>16</sup> *Vid.* epígrafe III. 2.

<sup>17</sup> El carácter proteccionista del arrendatario del Real Decreto Ley 7/2019, como medio por el que fomentar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler contrasta con las medidas de flexibilización favorables al titular dominical del bien inmueble introducidas en la reforma de la Ley 4/2013 que, como indicara su preámbulo, tuvo por objeto los siguientes ámbitos de actuación: a) refuerzo de la libertad de pactos, dando prioridad a la voluntad de las partes; b) reducción de la duración del arrendamiento con objeto de dinamizar el mercado de alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad; c) recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente; y d) previsión de que el arrendatario pueda desistir del contrato tras el transcurso del plazo de seis meses y previa comunicación al arrendador.

<sup>18</sup> Para un mayor desarrollo de las políticas legislativas que pretenden fomentar el alquiler de vivienda habitual, *vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, E., y ESTANCONA PÉREZ, A.A., (2021) *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 36-40.

<sup>19</sup> Artículo 4.2. LAU: *Se exceptúan de lo así dispuesto los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda. Estos arrendamientos se regirán por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título II de la presente ley y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil.*

<sup>20</sup> El Tribunal Supremo considera como acto de disposición el arrendamiento de una vivienda con una duración pactada de treinta años con prórrogas tácitas.

<sup>21</sup> Se declaró la nulidad del contrato de arrendamiento concertado sobre vivienda ganancial por un plazo de quince años con posibilidad de prórroga, por uno solo de los cónyuges y alguno de los herederos del cónyuge fallecido.

<sup>22</sup> La sentencia hace referencia a la calificación como acto de disposición al contrato de arrendamiento de un bien inmueble ganancial por cuatro años, prorrogables a veinte años por voluntad del arrendamiento con opción de compra.

<sup>23</sup> El contrato de arrendamiento concertado por un plazo de veinticinco años, por una persona de 77 años de edad sobre bienes gananciales, merece la consideración de acto de disposición.

<sup>24</sup> Para un arrendamiento superior a este plazo de seis años, entiende el autor que el arrendador habría de tener facultades de disposición. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2000) *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid. 762.

<sup>25</sup> LOPEZ Y LÓPEZ, A.M. (1993) Comentario al artículo 1280 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid, 507.

<sup>26</sup> Como indica MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA en relación a la adquisición del bien por tercero, *los arrendamientos urbanos son una carga del inmueble si se atiende a*

que el adquirente del inmueble los tiene que soportar, salvo que sea un tercero protegido por el artículo 34 LH —venta quita renta—, y a que están dotados de derechos de adquisición preferente. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M. (2018) Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46.

<sup>27</sup> FD. 2. *La limitación temporal prevista en el artículo 1548 del Código Civil ha de entenderse en relación, en su caso, con el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en el sentido de que la prohibición del primero operará impidiendo la estipulación en el contrato de un plazo superior al de seis años, sin la previa autorización judicial, mas sin tomar en consideración el régimen de la prórroga forzosa a que se refiere el siguiente artículo 57 que se inicia «llegado el día del vencimiento del plazo pactado», a partir del cual ya no es obligatorio la permanencia del inquilino o arrendatario sino potestad, sujeta empero a las excepciones reguladas en los artículos 62 a 94.*

<sup>28</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (1987), Carácter del arrendamiento, acto de administración o de disposición, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, núm. 14. 4550-4551.

<sup>29</sup> En concreto, respecto a la calificación de los contratos de arrendamiento concertados por los padres respecto de los bienes de hijos, la asunción de una prórroga forzosa para el arrendador que le vincule por un periodo superior a seis años, puede permitir la calificación del arrendamiento como una *cuasi-enajenación*, (GARCÍA CANTERO, G. (1984) El nuevo régimen jurídico de la tutela, en *Revista General Legislación y Jurisprudencia*, 493), *acto de gravamen del bien* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984) *Las Reformas del Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid, 1117) o, en cualquier caso, una *desvalorización sustancial del mismo* (CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1978) en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. III. Edersa. Jaén y ALONSO PÉREZ, M. (1973) El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, en *Revista de Derecho Privado*. 23).

<sup>30</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo concreta la legitimación de la usufructuaria universal de la herencia con plena capacidad para ser arrendataria, en los extremos que estime, de cualquiera de los bienes que conformen la herencia. Se trataba de un supuesto en el que la viuda, como usufructuaria universal del bien, arrienda la vivienda con una vigencia de treinta años. ÁLVAREZ LATA, N. (2018) Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 de enero de 2018, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107.

<sup>31</sup> Con la extinción del derecho de superficie por la adquisición de lo construido o plantado por el transcurso del periodo pactado, será aplicable la regla *resolutio iure dantis resolutur ius concessum*. Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1064 y GONZÁLEZ POVEDA, P. (1995) Los arrendamientos de vivienda, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y Formularios*. Carperi. Madrid. 108.

<sup>32</sup> Serán estimados actos de disposición los contratos de arrendamiento que, por su duración, bloquean la iniciativa o libertad del titular más allá de lo que se considera indispensable para obtener del bien el rendimiento adecuado —arrendamientos en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o en los que se haya pactado su inscripción en el Registro de la Propiedad—. LETE DEL RÍO, J.M., (2003) *Derecho de Obligaciones*, Tecnos, Madrid; VALPUESTA FERÁNDEZ, M.R. (1994) *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, entre otros.

<sup>33</sup> La inscripción en el Registro de la Propiedad no afecta a las reglas relativas a la capacidad para arrendar, ya que la inscripción no exige al arrendador disponer de capacidad de disposición, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2000) *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson, Madrid. 763. La inscripción

del arrendamiento en el Registro de la Propiedad permite afirmar un efecto real muy concreto y limitado del arrendamiento, *su continuidad frente a sucesivos adquirentes por el tiempo pactado*, vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990), *Elementos de Derecho Civil*. III. 3.<sup>a</sup> ed. Bosch. Barcelona. 21.

<sup>34</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F., (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1062-1063.

<sup>35</sup> El autor analiza bajo esta rúbrica la redacción original del artículo 13.3 LAU, que no incluía la referencia a los supuestos en los que el propietario del bien sea persona jurídica. GONZÁLEZ POVEDA, P. (1995) Los arrendamientos de vivienda, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y Formularios*. Carperi. Madrid. 109.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ POVEDA, P., (1995) Los arrendamientos de vivienda en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y Formularios*. Carperi. Madrid. 110.

<sup>37</sup> PRATS ALBENTOSA, L., (1994) Comentario del artículo 13, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord. M.<sup>a</sup> Rosario Valpuesta Fernández, Tirant Lo Blanch. Valencia. 135.

<sup>38</sup> En este sentido, se ha llegado a afirmar que el adquirente que confía en el Registro de la Propiedad y que, a su vez, practica la inscripción de su titularidad, adquiere *a domino* —otorgando al titular registral el status de *verus dominus*. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2015) *Prontuario de Derecho Hipotecario. Para universitarios y profesores*. Dykinson, Madrid. 44.

<sup>39</sup> A efectos probatorios y en virtud del precepto analizado, el arrendatario habrá de demostrar su creencia fundada en que la persona con quien celebrara el contrato de arrendamiento era el propietario de la vivienda. De la literalidad del precepto no parece posible otorgar la citada protección al arrendatario que confiara en que el arrendador con quien contrataba era usufructuario o mero administrador del bien, cuyo poder de administración le permitiría concertar un arrendamiento sobre vivienda ajena siempre que el contrato cumpla con los presupuestos analizados en el epígrafe III.1.A).

<sup>40</sup> Como apunta el autor, *este arrendamiento quedará consolidado si el arrendador adquiere la propiedad de la cosa o derecho bastante legitimador, bien por usucapión o por virtud de título válido, y, asimismo, obviamente, si aun no adquiriéndolo, el dueño ratifica, consiente o aprueba el arrendamiento*. LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1062.

<sup>41</sup> Parece complejo imaginar un caso en el que verdadero propietario haya creado la apariencia de una titularidad en concepto de usufructuario o arrendatario, pero es posible que el verdadero propietario haya confiado las llaves de su vivienda a un familiar o un vecino, incluso las facultades de gestión ordinaria del inmueble como puede ser acudir a las juntas de propietarios, ¿serviría esta apariencia como fundamento para salvar el contrato de arrendamiento concertado por el poseedor de la vivienda?

<sup>42</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1088.

<sup>43</sup> En caso de encontrarnos ante un doble arrendamiento, el arrendatario tendría acción frente al arrendador para exigir la entrega y mantenimiento en el goce pacífico del bien. Como indica el autor, sin embargo, esta acción no deriva precisamente del ejercicio del saneamiento por evicción, sino por el *incumplimiento de una obligación esencial* derivada del contrato de arrendamiento. SCAEVOLA, Q.M. (1909-1915), *Código Civil. Comentado y concordado*. XXIV. Madrid. 501.

<sup>44</sup> En el caso de la doble venta, la obligación del saneamiento deriva de un acontecimiento posterior a la venta, por lo que puede afirmarse que la preexistencia del derecho debe ser interpretado de manera flexible ya que, *si triunfa el derecho del segundo comprador, a pesar de que su derecho nació con posterioridad a la venta frustrada, el primer comprador podrá ejercitar el saneamiento por evicción*. TORAL LARA, E. (2019), El saneamiento por evicción en la compraventa y sus presupuestos. Comentario a la STS de 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2394), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109.

<sup>45</sup> La privación no tiene por qué ser necesariamente física, pues es posible que sea jurídica, pero parece claro que no pueden incluirse en el concepto de evicción privaciones transitorias, ni aquellos perjuicios que se puedan remediar. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2004) *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil Español*, Dykinson, Madrid, 47.

<sup>46</sup> A falta de este tercero y por analogía con el contrato de compraventa, cuando la perturbación deriva de la propia actuación del vendedor, estaríamos en un supuesto de simple incumplimiento contractual del vendedor que deberá ser tratado a través de mecanismos ordinarios, *vid.* LLAMAS POMBO, E., (2014) *La compraventa*, La Ley, Madrid, 460.

<sup>47</sup> SERRA RODRÍGUEZ, A. (2011) Comentario al artículo 1553 del Código Civil, en *Código Civil comentado*. Vol. IV. Civitas. Madrid, 385.

<sup>48</sup> En particular, la jurisprudencia considera necesario que los vendedores conozcan la demanda de evicción con el objeto de poder defender su venta en el procedimiento —*vid.* SSTS de 10 de mayo de 1966 [*RJ* 1966, 2374, de 30 de abril de 2013 [*RJ* 2013, 3932]— y todo ello, aunque no exista propiamente una citación judicial, por ser, como afirma SCAEVOLA, una carga excesiva y carente de sentido en el contrato de arrendamiento, habida cuenta de que el procedimiento habrá de ventilarse entre eviccionante y arrendador, *vid.* SCAEVOLA, Q.M., (1909-1915), *Código Civil. Comentado y concordado*. XXIV. Madrid. 504.

<sup>49</sup> Por analogía con el contrato de compraventa, no podrá sostenerse la nulidad radical del contrato por ajenidad de la cosa vendida (o arrendada), por tratarse de una relación obligacional la que vincula a las partes y por disponer de causa contractual determinada. El vendedor (o arrendador) tendrá la obligación de adquirir el bien y transmitirlo (ponerlo en posesión) del comprador (o arrendatario). JORDANO FRAGA, F., (1989) Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición «a non domino». Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala Primera, de 4 de marzo de 1988), *Anuario de Derecho Civil*, 1358-1359.

<sup>50</sup> En aplicación del artículo 1478 del Código Civil al contrato de arrendamiento, puede estimarse que no se restituye lo pagado, *sino el valor actual de la cosa al tiempo de la evicción*, es decir, el arrendador debería satisfacer al arrendatario el valor necesario para encontrar un nuevo arrendamiento en las mismas condiciones. SERRA RODRÍGUEZ, A., (2011) Comentario al artículo 1553 del Código Civil, en *Código Civil comentado*. Vol. IV. Civitas. Madrid, 385.

<sup>51</sup> En este sentido, la obligación de restitución no distingue entre la buena o mala fe del propietario del arrendatario del bien. Siendo aplicable el artículo 1478 del Código Civil en materia de arrendamiento, el fundamento debe ser entendido sobre la base de la ignorancia del vicio jurídico que justifica la evicción que afecta al arrendatario. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., (2011) Comentario al artículo 1478 del Código Civil en *Código Civil comentado*. Vol. IV. Civitas. Madrid, 169-170.

<sup>52</sup> Todo ello, interpretando conjuntamente los artículos 1477 y 1553.II del Código Civil. LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*. T. II. Ministerio de Justicia. Madrid. 1088.

<sup>53</sup> No obstante, se afirma que el verdadero propietario podrá solicitar la correspondiente indemnización al *non dominus*. MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020) Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor. 507.

<sup>54</sup> En este sentido, la falta de claridad del precepto puede ser analizada al albur de la tramitación parlamentaria del Proyecto de LAU, en el que *existía una duración mínima legal para todos los arrendamientos* y, en aplicación de este criterio, también habría de fijarse un plazo mínimo para los arrendamientos de vivienda ajena. MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020) Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor. 509.

<sup>55</sup> Un arrendamiento no inscrito en el Registro de la Propiedad —y fuera de los supuestos especialmente protegidos por la LAU—, no «grava» la finca [...] *Es un derecho personal, no una carga. [...] El vínculo que ese derecho genera lo hace respecto de «otro» (el arrendador). [...] Si afecta al tercer adquirente, es una carga, y como tal está sometida a purga, si no afecta al tercer adquirente por ser un derecho personal, este lo puede dar por terminado (art. 1571).* MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M. (2018), Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46.

<sup>56</sup> Todo ello, sin perjuicio de la posible renuncia del derecho al saneamiento para el caso de evicción concedido por el artículo 1477 del Código Civil, si el arrendatario hubiera renunciado con conocimiento de los riesgos asumidos, aunque en virtud de lo afirmado por TORRALBA SORIANO, el conocimiento debería ser más bien de las «causas» que puedan dar motivo a la evicción para que, conociéndolas, y valorando su importancia, se decida a renunciar o no de esta forma ilimitada. TORRALBA SORIANO, V. (1993) Comentario artículo 1477 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil. T. II. Ministerio de Justicia*. Madrid. 941.

<sup>57</sup> En este caso, la carencia de legitimación deriva de la expulsión del sujeto como socio de la Cooperativa, llegando a la conclusión de declarar la nulidad radical del contrato bien por ausencia de causa o bien por ser esta ilícita, ya que la intención real es ceder la posesión de la finca a cambio del abono de una renta, para defraudar los legítimos derechos de la parte actora, habiéndose acreditado una simulación absoluta en su actuación.

<sup>58</sup> La nulidad del contrato por falta de causa deriva de la prórroga del contrato de arrendamiento celebrada por la parte demandada que en 1992 había perdido la propiedad por embargo —el nuevo contrato de arrendamiento fue firmado con fecha 30 de agosto de 1995, por quién sabía que había perdido la propiedad y con conocimiento por parte del arrendatario.

<sup>59</sup> La buena fe es definida por autores como el estado psicológico del arrendatario de creencia en que las situaciones de apariencia antes descritas se corresponden con la realidad —tanto por apariencia registral, por confianza en el Registro de la Propiedad; así como en la apariencia factual del comportamiento externo como titular del inmueble—. MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020) Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor. 509.

<sup>60</sup> No ocurre lo mismo si el comprador conoce que sobre el bien adquirido recae una carga o gravamen, supuesto en el cual carecerá de acción contra este vendedor. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2006) Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa, en *Revista de Derecho*. Núm. 26. 248.

<sup>61</sup> Parece ser esta la opinión sostenida por los autores al afirmar que *el estado de buena o mala fe* —creemos que en referencia al arrendador— resulta indiferente a los efectos del artículo 13.3 LAU. MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020) Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor. 509.

<sup>62</sup> Como sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, ante el conocimiento de la ajenidad del bien por ambas partes —arrendatario y arrendador *non domino*—, el contrato de arrendamiento debería ser estimado nulo MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., (2006) Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa en *Revista de Derecho*. Núm. 26. 248.

<sup>63</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F., (1993) Comentario del artículo 1545 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil. T. II. Ministerio de Justicia*. Madrid. 1062.

<sup>64</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990), *Elementos de Derecho Civil*. III. 3.ª ed. Bosch. Barcelona. 41.

<sup>65</sup> En este caso, no será válido el pacto que eximiera al vendedor de responder de la evicción si hubiera mala fe. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2006) Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa, en *Revista de Derecho*. Núm. 26. 245.

<sup>66</sup> En el análisis de estas situaciones y ante la pretendida evicción del arrendatario solicitada por el verdadero propietario en el ejercicio de la acción oportuna en sede judicial, el arrendador habrá de demostrar que su apariencia de titularidad dominical ha sido causada por el verdadero propietario (v. gr., vecino o familiar al que se deja la gestión del inmueble —no serviría únicamente con dejarle las llaves para regar las plantas en periodo estival, por ejemplo—, sería necesario que actuara de tal manera que pagara los suministros del inmueble (o estuvieran domiciliados a su nombre), acudiera a la junta de propietarios, etc. Sin embargo, la manifestación de estar actuando en nombre o por cuenta del verdadero propietario, rompería la aplicación de esta norma por reconocimiento de la verdadera titularidad dominical del bien, desvirtuando la buena fe en el comportamiento del arrendatario).

<sup>67</sup> Vid. infra, epígrafe III. 3.B).

<sup>68</sup> Respecto a la influencia de una acción sobre la alternativa, el autor, abogando por la limitación del principio de subsidiariedad, considera que el fracaso de la acción reivindicatoria por falta de prueba del dominio o por existir un tercero protegido, se podrá recurrir a la *condictio*. Este recurso podrá utilizarse tras el fracaso de la reivindicatoria y de manera directa, con el ejercicio de la *condictio*. LACRUZ BERDEJO, J.L., (1986) Elementos de Derecho civil, II-3.º, *Derecho de Obligaciones Contratos y Cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch.

<sup>69</sup> En rechazo a la utilidad del criterio de subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto se plantea las dificultades de su encaje en relaciones triangulares en las que encontraríamos la complejidad que trae consigo la existencia de una tercera parte en materias tales como la imposición de un enriquecimiento y la eventual responsabilidad derivada de su utilidad (v. gr., del contrato de obra celebrado por el arrendatario que mejora el bien inmueble), las reglas *por conditio creditorum*, la falta de protección del adquirente a título gratuito, etc. BASOZABAL ARRUE, X. (2019) La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir del atolladero, en *Revista de Derecho Civil*. Núm. 2. 99-167.

<sup>70</sup> SSTs de 3 de enero de 2006 [RJ 2006, 258] y 9 de febrero de 2012 [RJ 2012, 3786].

<sup>71</sup> Entre los distintos tipos de *condictio* que fundamentaría su ejercicio ante los tribunales encontramos el enriquecimiento injustificado por intromisión, por impensas en patrimonio ajeno y enriquecimiento impuesto. DíEZ-PICAZO, L. (1988) La doctrina del enriquecimiento injustificado, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 83-89.

<sup>72</sup> Incluso aunque se estimara la buena fe del poseedor, quedaría por resolver si el propietario del bien dispone aún o no de una acción para exigir la restitución del valor de goce de la cosa (que puede estimarse coincidente con el valor de los frutos obtenidos) y el alcance de la restitución para quienes no pueden ser considerados poseedores de buena fe. BASOZABAL ARRUE, X., (1998) *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Civitas, Madrid 250-251.

<sup>73</sup> La principal duda que se plantea en este sentido se refiere a las consecuencias represivas de la conducta posesoria ilícita llevada a cabo por quien, de mala fe, posee la vivienda sin obtener rentas o frutos de la misma. DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1975) Adquisición y restitución de frutos por el poseedor, en *Anuario de Derecho Civil*. 626.

<sup>74</sup> Vid. en este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. (1995) Enriquecimiento injustificado, en *Enciclopedia jurídica básica*, II. Madrid, 2807, DíEZ-PICAZO, L. (1988) La doctrina del enriquecimiento injustificado, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 122, y PASQUAU LIANO, M. (1986) *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 405.

<sup>75</sup> A falta de una norma que reconozca en nuestro ordenamiento jurídico la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto, deberá darse la posibilidad de acumular acciones a los interesados. DíEZ-PICAZO, L. (1988) La doctrina del enriquecimiento injustificado, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 100-106.

<sup>76</sup> Incluso aunque fuera posible el ejercicio de la *conductio*, será preferible el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum* por proceder de una institución típica y normada. PASQUAU LIAÑO, M. (1986) *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 419.

<sup>77</sup> La idea de excepcionalidad del artículo 451 del Código Civil en seno de la acción por enriquecimiento injustificado es planteada por DÍEZ-PICAZO poniendo como ejemplos de reglas generales las normas de accesión —en las que la buena fe no exime de restitución del valor— y los principios restitutorios en la especificación, a los que se añaden el régimen restitutorio en la gestión por negocios ajenos y en las prestaciones debidos en contratos nulos. ÁLVAREZ-CAPEROCHI, J.A. (1993) *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed. Comares, Granada, 147.

<sup>78</sup> Resulta interesante el análisis de la jurisprudencia más relevante en relación a la ratificación tácita del negocio realizado y que lleva a excluir el análisis del supuesto en el seno del enriquecimiento injusto, centrando la atención en el ámbito cuasi-contractual. PASQUAU LIAÑO, M. (1986) *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 275.

<sup>79</sup> PASQUAU LIAÑO, M. (1986) *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 162-167.

<sup>80</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2020) Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, Cizur Menor. 510.

<sup>81</sup> Sin perjuicio de ello, la pretensión material de la indemnización del daño causado por la privación del goce de la cosa coincide con la pretensión material de restitución del valor de goce. BASOZABAL ARRUE, X. (1998) *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Civitas, Madrid 266.

<sup>82</sup> El tribunal rechaza una indemnización superior a esta cuantía por no poder acreditar la mala fe del arrendador *non domino*: *En el supuesto de autos la demandada percibió unas rentas a las que realmente no tenía derecho, ni siquiera indirectamente por autorización del propietario, pues carecía de facultades de disposición sobre el inmueble, y por ello está obligada a restituir las cantidades percibidas, conforme a lo establecido en el artículo 1895 del Código Civil, si bien debe matizarse que esa devolución se contrae exclusivamente a las cantidades recibidas en concepto de renta y que, además, es procedente liquidar los gastos abonados por la demandada y no repercutidos, teniendo en cuenta que pese a la irregular relación y percepción de las rentas no es de apreciar mala fe, dada la tolerancia de la Entidad propietaria de la vivienda que sin embargo no reconoce la existencia de vínculo jurídico alguno.*

<sup>83</sup> Al margen de los daños materiales cuya imputación habría de dirimirse teniendo en cuenta la actuación del arrendatario —como poseedor directo de la vivienda—, el daño económico derivado de los términos en los que se haya celebrado el contrato de arrendamiento podría ser cuantificado, por ejemplo, por la diferencia entre la renta estipulada y la renta media conforme a un análisis de mercado que tenga en cuenta la localización, dimensiones y vigencia del contrato. En este sentido, podría tomarse como referencia el *Sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda de arrendamientos de vivienda habitual* que puede consultarse en el siguiente enlace <https://www.mitma.gob.es/vivienda/alquiler/indice-alquiler>.

*(Trabajo recibido el 10 de diciembre de 2021 y aceptado  
para su publicación el 4 de abril 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 14-2-2022  
*BOE* 4-3-2022  
Registro de la Propiedad de Mondoñedo.

#### FINCA REGISTRAL: DESCRIPCIÓN EN EL TÍTULO.

Se confirma la calificación de la registradora porque de la redacción del título no es posible conocer la verdadera descripción de la finca.

En primer lugar, en cuanto a la admisibilidad del recurso, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación». Y es doctrina de este Centro Directivo que, cuando haya habido calificación sustitutoria, el cómputo se inicia desde la notificación de esta. Por lo tanto, el presente recurso ha de ser admitido y ser resuelto sobre el fondo por haberse interpuesto dentro de plazo.

A este respecto procede transcribir literalmente tal redacción, idéntica en el título inmatriculador y en el previo, en los siguientes términos: «Finca denominada (...), (Riotorto-Lugo) con una superficie, según hijuela, de diez mil novecientos metros cuadrados (10900 m<sup>2</sup>) pero según certificación catastral descriptiva y gráfica que se incorpora, la finca tiene una extensión superficial de nueve mil cuatrocientos treinta y siete metros cuadrados (9437 m<sup>2</sup>)». Por tanto, se expresan dos superficies distintas, según la fuente documental de la que se tomen, y sin que se diga expresamente cuál de ellas es la que los interesados declaran ser la correcta. Tal ambigüedad y confusión se agrava cuando, seguidamente, la notaría autorizante hace la siguiente advertencia expresa: «(...) en especial advierto sobre la necesidad de (...) coincidencia catastral para la inmatriculación de la finca»,

como dando a entender que no concurre esa necesaria coincidencia catastral. Por tanto, ha de confirmarse la calificación registral.

Resolución de 15-2-2022

BOE 4-3-2022

Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordà.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Se reproduce la doctrina tradicional que sostiene que no es objeto de recurso la validez o corrección de los asientos ya practicados.

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 de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por un órgano judicial, o la supuesta conducta del registrador de la propiedad o de la parte actora en el procedimiento que se dirá, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral. 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.

Por todo ello, el registrador de la propiedad consideró que no era procedente acceder a lo solicitado por la parte recurrente en el sentido de reponer la hipoteca, ya que, por un lado, la hipoteca se encuentra inscrita y vigente en los mismos términos que anteriormente, y, por otro lado, porque la alteración de los asientos registrales debería decretarse o determinarse por autoridad judicial en el procedimiento correspondiente.

Respecto a las alegaciones del recurrente cabe señalar que los registradores de la propiedad tienen la obligación legal de respetar y cumplir las resoluciones judiciales constitutivas, declarativas, modificativas o extintivas del dominio o derechos reales inscritos. Es 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, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Por último, en cuanto a la posibilidad de reflejar registralmente la nulidad, declarada judicialmente, de un título de dominio inscrito (o de no limitación del poder de disposición), a pesar de que no se puedan cancelar las cargas posteriores basadas en este, por no haber sido parte en el procedimiento los titulares registrales de aquellas, debe recordarse que también es doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resolución de 24 de febrero de 2001), que los asientos posteriores que traen causa de otro anterior cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de una declaración de nulidad del primero, si en el procedimiento en que se declara dicha nulidad no han intervenido los titulares respectivos, siendo así que la existencia del juicio en que se declaró tal nulidad no fue reflejada en el Registro por medio de ano-

tación preventiva de la demanda o que esta se practicó después de inscrita la transmisión o gravamen.

Resolución de 15-2-2022

BOE 4-3-2022

Registro de la Propiedad de Mahón.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Se reproduce la doctrina tradicional que sostiene que no es objeto de recurso la validez o corrección de los asientos ya practicados.

El acta notarial donde el titular registral manifiesta cuál es la georreferenciación y superficie que solicita inscribir por el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, a pesar de estar denominada por el notario como «acta de notoriedad», no es en realidad tal, sino una simple acta de manifestaciones, pues no se contiene en ella requerimiento alguno para que el notario aprecie notoriedad alguna. En el presente caso, tampoco estamos ante el expediente de dominio regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, sino ante la solicitud al registrador, recogida en un acta notarial de manifestaciones, para que inicie el procedimiento del artículo 199 de dicha ley para la inscripción de la georreferenciación de la finca, esto es, su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie.

Dicho lo anterior, ocurre que durante la tramitación del procedimiento registral del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el Ayuntamiento formula oposición expresa, debidamente fundamentada. Y el registrador estima tales alegaciones, haciendo suyas las dudas fundadas sobre invasión del dominio público, por lo que deniega la inscripción de la georreferenciación pretendida.

Resolución de 16-2-2022

BOE 4-3-2022

Registro de la Propiedad de Jaca.

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS.

Se aclara cuál es la naturaleza de las prohibiciones de disponer y sus efectos, desgranándose sus requisitos. Y se considera que no cabe cancelarla por renuncia del supuesto beneficiario.

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. Debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9 LH y 51.6.<sup>a</sup> RH), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes. No es necesaria dicha solicitud expresa cuando el defecto afecte solo a alguna de las fincas (o a parte de la finca, o de su descripción) o derechos independientes objeto del negocio jurídico

y no exista perjuicio para nadie, de modo que en tal caso podrá practicarse la inscripción parcial de oficio por parte del registrador respecto de esa finca —o parte de la misma o de su descripción— o derecho no afectada por el defecto.

Las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva (*ius disponendi*) de su titular. Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «*inter vivos*», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «*mortis causa*» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso.

Asimismo, la doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas resoluciones de 18 de diciembre de 2013) ha destacado que los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral. Pero al carecer el Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar, puede afirmarse que la legislación hipotecaria constituye en esta materia legislación civil sustantiva. De esta regulación sustantiva resulta, como se ha adelantado, que sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción solo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras.

En definitiva, las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. Así, al no atribuir derecho alguno al beneficiado por las restricciones dispositivas impuestas por el causante, no cabe cancelación por renuncia de aquel y debe respetarse la voluntad del causante que es la ley por la que se rige la sucesión (art. 675 CC). Esto no impide que el afectado por la prohibición de disponer pueda solicitar autorización judicial para disponer si concurre una causa justa sobrevenida.

Pero no están exentas de requisitos las prohibiciones de disponer: la exigencia de justa causa ha sido mantenida por la jurisprudencia. Baste como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1991. Y la temporalidad es un requisito esencial para la validez de las mismas: son nulas las prohibiciones perpetuas y aun las temporales que impliquen una vinculación de los bienes más allá del segundo grado. Así lo establece el artículo 785 del Código Civil. La prohibición de disponer que contravenga esta limitación adolece de nulidad toda ella. De esta manera no cabe inscripción en el Registro de la Propiedad de una prohibición de disponer perpetua. El otro requisito es la accesoriedad. 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.

En el concreto supuesto, el recurrente alega que dicha prohibición es nula porque el causante no expuso razón alguna que la justificase y supone un gravamen exorbitante a los legatarios. Pero la nulidad de dicha prohibición de disponer no puede ser valorada en sede registral al calificarse el título pues la interpretación del testamento no puede alcanzar a dicho extremo. Como bien señala el

registrador, la declaración de la nulidad de la prohibición de disponer precisa de una resolución judicial.

Resolución de 16-2-2022

BOE 4-3-2022

Registro de la Propiedad de Valverde del Camino.

#### OBRA NUEVA: TÍTULO EXIGIBLE PARA LA TERMINACIÓN DE OBRA.

No cabe declarar la terminación de obra por medio de una instancia privada.

Aporta la recurrente, junto con el escrito de interposición del recurso, documentos que no lo fueron en el momento de la presentación de la instancia en el Registro para su calificación. En este punto se hace necesario recordar que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe 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.

El defecto señalado se fundamenta en el principio de titulación pública que se recoge en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, según el cual solo pueden practicarse asientos registrales en virtud de documento público, salvo las excepciones expresamente establecidas. En el presente caso, se trata de una obra nueva en construcción pretendiéndose la constatación registral de su terminación. A estos efectos, el titular registral presenta una instancia privada sin firma legitimada.

Resolución de 21-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Cocontentina.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: SOLICITUD TÁCITA.

La iniciación del procedimiento del artículo 199 siempre es a instancia del interesado, aunque puede esta solicitud realizarse de forma tácita.

El procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende. En el caso de este recurso no resulta solicitud expresa relativa a la rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, pero esta solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo, letra a), de la resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, lo que sucede en el caso que nos ocupa, ya que en la escritura se incorpora la certificación registral y los comparecientes manifiestan que «existe identidad entre la realidad física y la certificación catastral (...)».

Resolución de 21-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

DERECHOS REALES: *NUMERUS APERTUS*. SERVIDUMBRES: REQUISITOS.

La teoría del *numerus apertus* no permite la constitución de gravámenes perpetuos que privan al propietario de la finca gravada de toda utilidad.

En cuanto al primer defecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General (véase por todas, la resolución de 2 de noviembre de 2009) que en nuestro Derecho se sigue el sistema del «*numerus apertus*», por lo que existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Con la doctrina del «*numerus apertus*» no pueden conculcarse los límites y las exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (*vid.* arts. 513, 529, 564, 1608 y 1655 CC), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.

En el supuesto planteado en el presente expediente resulta discutible si estamos en presencia de un derecho real asimilable a una servidumbre o si estamos ante un gravamen a los que se refiere el artículo 1655 del Código Civil. Esta sujeción a la normativa de la enfiteusis, si fueran por tiempo indefinido o perpetuo, significa que se aplicará el artículo 1651 y los artículos 1608 a 1612 relativos a la redención con lo que se evitará que se constituyan a perpetuidad.

La circunstancia de que el derecho real aquí constituido se denomine servidumbre, no modifica lo expuesto, por cuanto que, con independencia de cual fuere la denominación que se le haya dado, el derecho real constituido obedece a la naturaleza jurídica que en realidad le corresponde. El derecho aquí constituido presenta similitudes con un derecho de superficie vinculado a una finca sin que el dominio que se reserva el constituyente comporte un derecho de pensión. No puede caber, sin carácter censuario, un derecho de superficie perpetuo y que, por la naturaleza de la finca, agote sus utilidades, porque ello equivaldría a reducir el dominio a un derecho nominal que no comporta ni un interés presente (no hay derecho de pensión o de prestación periódica) ni un interés futuro (no hay término para la extinción del derecho del superficiario) y sin que exista una razón que justifique adecuadamente la necesidad de dar carácter perpetuo a dicho gravamen.

La inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquellas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación, sin límites temporales de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre. También ha reconocido esta Dirección General, la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres y su más fácil expresión gráfica en un plano, concluyendo que se ha de permitir que en la inscripción a practicar se recojan los elementos esenciales del derecho y la misma se complemente en

cuanto a los detalles a través de un plano cuya copia se archive en el Registro y al que se remita el asiento.

Resolución de 22-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 33.

#### SUSTITUCIÓN VULGAR: LLAMAMIENTO A LOS DESCENDIENTES.

Habiendo renunciado los descendientes de primer grado llamados como sustitutos vulgares, se entienden llamado por vía de la sustitución los del siguiente grado.

La vocación como llamamiento de los herederos constituye, por tanto, en primer lugar, la base de la delación como ofrecimiento al heredero efectivo, de entre los llamados, para que acepte o repudie la herencia; y, si los herederos son varios, se ultima la adjudicación de los bienes relictos en la fase de partición, de la que la vocación es también su presupuesto esencial. En la categoría de las clases de vocación, que son la testamentaria, la contractual, la legal o intestada, se distingue entre la vocación directa u ordinaria y la vocación subsidiaria, en que el llamamiento se produce en defecto de otra vocación que ocupaba el primer lugar; y, al propio tiempo, pueden existir sucesivas vocaciones subsidiarias, que dependen de otra anterior. En todos los supuestos de vocación subsidiaria o sucesiva que dependen de la existencia o no de hijos o descendientes, resulta fundamental acreditar la ineficacia del llamamiento anterior porque esa ineficacia es la que determina correlativamente la eficacia de la correspondiente vocación subsidiaria o sucesiva.

En el testamento que sirve de título a la adjudicación hereditaria objeto de la escritura calificada se ordena la sustitución vulgar de los instituidos sin expresión de casos, por lo que comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que no cabe sino aplicar el párrafo segundo del artículo 774 del Código Civil. Ocurre que la vocación subsidiaria ordenada por el testador tiene efectividad respecto de los descendientes de primer grado del instituido por haber premuerto este a dicho causante y lo que se debate en este expediente es si, al haber renunciado los dos hijos del instituido, deben ser llamados como sustitutos los descendientes de primer grado de los renunciantes —como sostiene el registrador—, si existen, o debe entenderse que la porción de los renunciantes queda vacante y debe acrecer a los restantes instituidos que aceptan la herencia —como sostiene la recurrente—.

Ha de concluirse que dicha renuncia de los sustitutos debe tener en el presente caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido (padre de los renunciantes, premuerto), es decir la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar —y no el acrecimiento—, pues la vocación y la correlativa sucesión que, por premoriencia, no tuvo efectividad en el instituido alcanza a los sustitutos descendientes de primer grado en las mismas condiciones ordenadas por el testador respecto del instituido, de modo que no queda ineficaz el llamamiento subsidiario a los descendientes de ulterior grado del mismo si lo que ocurre no es la premoriencia de esos sustitutos de primer grado sino la renuncia de estos a la herencia.

Resolución de 22-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8.

#### SUSTITUCIÓN VULGAR: LLAMAMIENTO A LOS DESCENDIENTES.

Habiendo renunciado los descendientes de primer grado llamados como sustitutos vulgares, se entienden llamado por vía de la sustitución los del siguiente grado.

La vocación como llamamiento de los herederos constituye, por tanto, en primer lugar, la base de la delación como ofrecimiento al heredero efectivo, de entre los llamados, para que acepte o repudie la herencia; y, si los herederos son varios, se ultima la adjudicación de los bienes relictos en la fase de partición, de la que la vocación es también su presupuesto esencial. En la categoría de las clases de vocación, que son la testamentaria, la contractual, la legal o intestada, se distingue entre la vocación directa u ordinaria y la vocación subsidiaria, en que el llamamiento se produce en defecto de otra vocación que ocupaba el primer lugar; y, al propio tiempo, pueden existir sucesivas vocaciones subsidiarias, que dependen de otra anterior. En todos los supuestos de vocación subsidiaria o sucesiva que dependen de la existencia o no de hijos o descendientes, resulta fundamental acreditar la ineficacia del llamamiento anterior porque esa ineficacia es la que determina correlativamente la eficacia de la correspondiente vocación subsidiaria o sucesiva.

En el testamento que sirve de título a la adjudicación hereditaria objeto de la escritura calificada se ordena la sustitución vulgar de los instituidos sin expresión de casos, por lo que comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que no cabe sino aplicar el párrafo segundo del artículo 774 del Código Civil. Ocurre que la vocación subsidiaria ordenada por el testador tiene efectividad respecto de los descendientes de primer grado del instituido por haber premuerto este a dicho causante y lo que se debate en este expediente es si, al haber renunciado los dos hijos del instituido, deben ser llamados como sustitutos los descendientes de primer grado de los renunciantes —como sostiene el registrador—, si existen, o debe entenderse que la porción de los renunciantes queda vacante y debe acrecer a los restantes instituidos que aceptan la herencia —como sostiene la recurrente—.

Ha de concluirse que dicha renuncia de los sustitutos debe tener en el presente caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido (padre de los renunciantes, premuerto), es decir la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar —y no el acrecimiento—, pues la vocación y la correlativa sucesión que, por premoriencia, no tuvo efectividad en el instituido alcanza a los sustitutos descendientes de primer grado en las mismas condiciones ordenadas por el testador respecto del instituido, de modo que no queda ineficaz el llamamiento subsidiario a los descendientes de ulterior grado del mismo si lo que ocurre no es la premoriencia de esos sustitutos de primer grado sino la renuncia de estos a la herencia.

Resolución de 23-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 3.

**DOCUMENTO EXTRANJERO: JUICIO DE EQUIVALENCIA. BIENES PRIVATIVOS: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.**

Se recuerdan los requisitos que se aplican a los documentos extranjeros para su utilización en el ámbito notarial y registral.

El punto esencial en la resolución del recurso se refiere a la aceptación en España de una determinada forma (documento notarial formalizado en República Dominicana) respecto de una renuncia y confesión de privatividad para acreditarlas al notario español autorizante del negocio sujeto al Derecho español en cuanto afectan a un bien inmueble (art. 10.1 CC). Conforme a la ley que regula la obligación principal (arts. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 y 10.1 y 10.11 CC), no cabe duda de que los documentos públicos extranjeros, si son equivalentes, formal y sustancialmente o susceptibles de ser adecuados al ordenamiento español, producen en España el efecto requerido conforme al Derecho español y para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función fedataria sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español (art. 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En cambio, la misma regla conduce a admitir, principalmente, aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico.

Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad a la que se refiere la apostilla deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. Si tales indicaciones respecto del documento extranjero constan en la escritura otorgada, de modo que contenga un juicio notarial sobre dicha equivalencia, será inscribible en el Registro de la Propiedad el acto dispositivo formalizado en aquella escritura. Y, como también ha reiterado este Centro Directivo, en el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente.

En el caso concreto de este expediente no se expresa por el notario ninguna precisión ni juicio sobre la valoración formal del documento con el que se pretende acreditar el carácter privativo de la adquisición. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga. La declaración de que la autoridad extranjera actúa en

término equivalente al notario español puede ser llevada a cabo en el mismo instrumento público o mediante la aportación de documentación complementaria, ya sea expedida por notario español o extranjero, ya por otro funcionario con competencia al respecto o incluso por la aportación de otros medios de prueba.

El primer defecto consiste en que la compradora comparece en la escritura como casada, aunque luego se matiza que está en trámite de separación judicial; y la sentencia de divorcio que se acompaña es de fecha posterior, por lo que —según afirma el registrador— «la adquisición ha de ser para la comunidad de bienes (art. 1.347.3 CC)». Debe ser confirmado este primer defecto, con la salvedad antes indicada respecto de la falta de expresión del régimen económico-matrimonial y en relación con la cita de un precepto legal aplicable a la sociedad de gananciales en el Derecho español.

El segundo de los defectos consiste en que la manifestación de que la adquisición es privativa con base en el documento de renuncia no puede tenerse en cuenta ya que se trata de un documento privado, no público, con firmas legitimadas notarialmente, y dicho documento de renuncia no es admisible en la legislación española, ya que para que los cónyuges pacten que a partir de cierto momento las adquisiciones hechas por un cónyuge sean privativas lo procedente serían unas capitulaciones matrimoniales pactando otro régimen como único (separación de bienes) o una confesión de privatividad para un caso concreto.

Resolución de 23-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedès.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se señala que el hecho de que una finca proceda de reparcelación no impide la tramitación de un procedimiento del 199 LH.

Aunque la finca proceda de una reparcelación, debe admitirse la rectificación, sin cumplir las exigencias procedimentales de este procedimiento administrativo, cuando no exista duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación. La negativa del registrador no puede basarse únicamente en la procedencia de la finca de un proyecto de reparcelación anterior al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, época en la cual no se exigía, para la inscripción del proyecto en el Registro de la Propiedad, la aportación de los planos correspondientes; por lo que, concluye, mientras no exista un pronunciamiento expreso de que con la inscripción ahora pretendida se altera la geometría de la finca tal como esta quedó delimitada en la reparcelación, lo procedente es dar inicio al procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, que garantiza los intereses de terceros afectados, como ha ocurrido en el presente caso.

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 registrados. 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 nota de calificación no contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basándose solamente en la oposición del colindante.

Resolución de 23-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de L'Hospitalet de Llobregat, número 1.

#### **HIPOTECA: FONDOS DE TITULACIÓN HIPOTECARIA.**

Se reitera la doctrina de la resolución de 12 de junio de 2020 sobre la inscripción de la transmisión de carteras a los fondos de titulización.

Como ya señalara la resolución de este Centro Directivo de 12 de junio de 2020, la transmisión de la cartera hipotecaria a los fondos de titulización no necesita de inscripción registral puesto que los artículos 17 y 22 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, que regula la transmisión de activos (participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, entre otros) a los fondos de titulización, no la exigen. Pero, hoy en día, nada impide su inscripción, aunque la cesión sea en favor de fondos de titulización sin personalidad jurídica, ya que según el artículo 16.3 de la citada Ley 5/2015, «se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización». La propia registradora asume esta interpretación, por lo que el recurso debe ser estimado en este punto al carecer ya de objeto.

Resolución de 28-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de la Propiedad de Villarcayo.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD Y NOTA DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS.**

Se reitera la doctrina sobre la caducidad de las anotaciones de embargo cuando consta nota marginal de expedición de certificación de cargas.

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. El artículo 175 del Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de cancelación, como consecuencia de la ejecución del embargo trabado, si bien dicha virtualidad cancelatoria solo surte sus efectos mientras dicha anotación conste vigente (*vid.* resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 2010 y

artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos. 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).

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, 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 esta materia, 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, 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.

Por lo que debemos mantener la doctrina tradicional a que se refieren los anteriores fundamentos de Derecho, si bien entendiendo que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal de expedición de certificación constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, de 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. Por lo que resultará procedente la cancelación por caducidad de la anotación preventiva de embargo, cuando haya sido solicitada y emitida certificación de cargas en el procedimiento de ejecución, mientras no transcurra el plazo de cuatro años desde esta última fecha.

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 impugnada. La anotación de embargo causada a resultados del procedimiento de ejecución se practicó el 10 de diciembre de 2015. La nota marginal expresiva de haberse expedido la certificación de cargas es de fecha 15 de abril de 2016, mientras que el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentaron en el Registro el 7 de octubre de 2021.

Resolución de 28-2-2022

BOE 14-3-2022

Registro de Torre Vieja, número 3.

#### **DERECHO FORAL VASCO: ESPECIFICACIÓN DEL NOMBRE DEL CÓNYUGE Y DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN UNA ADQUISICIÓN POR HERENCIA.**

Tratándose de una herencia en la que el heredero es de vecindad vasca se plantea la necesidad de consignar el nombre y apellidos del cónyuge y su

régimen matrimonial, teniendo en cuenta el sistema del régimen de comunicación foral.

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 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.

Tratándose de personas casadas, la titularidad registral de los bienes queda afectada por el régimen legal o convencional aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, de modo que dicho régimen influye sobre el poder de disposición que cada cónyuge ostenta respecto de los bienes integrantes del patrimonio, bien sea privativo de alguno de ellos o común. 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.

En el presente supuesto, en el que la escritura de herencia se otorgó en Madrid y los bienes adquiridos por los herederos se inscribieron sin indicar su carácter privativo, y dado que consta la vecindad civil vasca, debe expresarse el régimen económico del matrimonio, toda vez que si este es el de comunicación foral es indudable que, como antes ha quedado expuesto, la venta afecta a los derechos de la sociedad conyugal. Por lo demás, la conclusión no cambiaría si se hubiera hecho constar en el Registro de la Propiedad el carácter privativo de la adquisición (como figura en la nota registral informativa a que se refiere la escritura calificada), toda vez que, de estar sujeto el heredero al régimen de comunicación foral, para la validez de la 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.

Resolución de 1-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH: REQUISITOS.

Se analiza el alcance de la calificación del registrador tanto respecto de la certificación inicial como del acta final, la forma de hacer las notificaciones, las dudas sobre la identidad de la finca y la aplicación en el caso de fincas divididas en propiedad horizontal.

Como declararon las resoluciones de 27 de octubre de 2017 y 17 de octubre y 4 de diciembre de 2019, el registrador ha de expresar en la certificación inicial las dudas que puedan impedir la inscripción al término del procedimiento, precisamente, para que las mismas puedan ser resueltas en la tramitación del expediente. Es decir, el registrador al expedir la certificación inicial en el exe-

diente del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria, emite una primera calificación. Si no expresa ninguna duda, o lo hace de forma genérica y condicionada, como en el presente caso, no se paraliza la continuación del expediente. Y, si no expresa dudas en el momento inicial, no puede hacerlo una vez concluida la tramitación del expediente, a menos que de dicha tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que tuvo a la vista al tiempo de expedir la certificación. Pero, como declaró la resolución de 30 de julio de 2021 esta doctrina reiterada se matiza cuando la certificación inicial del expediente ha sido expedida por registradora distinta de la que ahora califica el acta que pone fin al expediente, como en el presente caso. Por tanto, en el presente caso, la registradora que califica el acta final no puede sufrir la imprecisión con la que se expidió la certificación inicial, pues siendo este un primer momento de la calificación, esta no fue realizada por ella por lo que no le puede vincular, dada la independencia de su calificación.

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 registrados. 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. Están debidamente acreditadas y justificadas las dudas en la identidad de la finca expresadas por la registradora.

La notificación a colindantes debe efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley», remisión que debe entenderse a la prevista en el título VI de la Ley Hipotecaria, concretamente al artículo 199, que dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el “Boletín Oficial del Estado”, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203». También dispone el artículo 199: «Cuando las fincas colindantes estén divididas en régimen de propiedad horizontal, la notificación se realizará al representante de la comunidad de propietarios». Y a la disposición adicional segunda de la Ley 13/2015, de 24 de junio, al disponer que «los anuncios y edictos que los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los Notarios, deban publicar en el “Boletín Oficial del Estado” con carácter supletorio cuando, en los procedimientos en los que intervengan por razón de su cargo, los interesados sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, hubiera resultado infructuosa la notificación personal, tendrán el tratamiento previsto en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

De las normas citadas resulta que, siendo conocido el interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación. A diferencia de la publicación genérica en el «Boletín Oficial del Estado», que impone el apartado quinto del párrafo primero del artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria, la notificación a los colindantes debe ser personal, y no pudiendo ser personal, debe ser edictal, pero nominal.

El artículo 201.1.e) de la Ley Hipotecaria dispone: «No podrá tramitarse el expediente regulado en los apartados anteriores para la rectificación descriptiva de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal o fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. En tales casos, será necesaria la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente». En el presente caso, se solicita no solo la rectificación de la superficie de la finca matriz, sino también la de cada uno de los elementos privativos en que se divide, pues pasan a tener 75 y 67 metros cuadrados respectivamente, sin que se contenga en el acta la nueva descripción de los mismos. No alterándose la descripción registral de los elementos privativos, más que en cuanto a su superficie, que consideran los promotores que fue la que debió constar al declararse la obra nueva, que ocupa totalmente el solar, el recurso debe ser admitido y el defecto retirado en cuanto al tercero de los defectos, por estar acreditada la descripción resultante del acta, coincidente con la registral, salvo el dato de la superficie y acreditada la antigüedad inicial con la certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 1-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Jaén, número 1.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se entienden justificadas las dudas que aduce el registrador para no inscribir la base gráfica y rectificar la cabida de una finca registral.

Se ha de recordar la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones como la de 6 de mayo de 2016, reiterada por otras posteriores, como la de 22 de junio de 2021, de este Centro Directivo, por la cual, el reflejo registral de la referencia catastral de una finca en ningún caso puede equipararse a la coordinación gráfica a que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, ni supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción registral de la finca [art. 9.b), párrafo segundo, LH]. Para ello sería necesario que se solicite inscribir la representación gráfica y se tramite el procedimiento correspondiente [arts. 9.b) y 199 LH]. Esa es la razón por la cual el exceso de cabida se suspendió por dos registradores anteriores al ahora calificador, cuyas decisiones no fueron recurridas o revocadas.

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 registrados. 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 presenta informe técnico que alega alteración del trazado de un lindero, por una inexactitud catastral, el cual no reconoce la recurrente que afirma que solo se ha modificado el Catastro por el lindero este.

Resolución de 2-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

#### DONACIÓN CON CARGA MODAL: CANCELACIÓN DEL MODO.

Se considera que no puede cancelarse una carga modal impuesta por vía de donación a través de o establecido en el artículo 210, regla octava de la LH.

La cancelación no es sino el mecanismo ordinario de rectificar la inexactitud registral producida por la extinción de un derecho que el Registro de la Propiedad sigue publicando como existente y cuya extinción en cuanto a tercero no se produce sino con esa cancelación. Las cargas son aquellos derechos reales limitativos de otros que imponen al titular del derecho gravado una obligación de entregar bienes fungibles, generalmente metálico, al que lo sea del derecho limitante; mientras que los gravámenes son todos los derechos reales limitativos cuyo contenido afecta directamente al disfrute de la finca gravada, como ocurre con las servidumbres.

Como ya se ha apuntado, el actual artículo 210 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada al mismo por la Ley 13/2015, desjudicializa el expediente de liberación de cargas y gravámenes, y otros expedientes como los de inmatriculación y reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Atribuye la competencia para su tramitación, en el caso de los expedientes de liberación de cargas y gravámenes, a los registradores de la propiedad, si bien, y a los efectos de este recurso (dada la vía elegida por los recurrentes), debe necesariamente ponerse el acento en la regla octava del vigente artículo 210, número 1, de la Ley Hipotecaria. Por tanto, el objeto del expediente no es solo obtener la extinción de derechos inscritos por prescripción como ocurría en la legislación anterior, sino que también se aplica a la extinción por caducidad y no uso de derechos inscritos.

Pero para centrar el alcance de este párrafo tercero de la regla octava —citado en la solicitud de cancelación—, aquel se ciñe a casos de propiedad dividida en los que se atribuyen distintas facultades del dominio a diferentes personas sobre la totalidad de la cosa; figuras jurídicas, de naturaleza eminentemente perpetua que están hoy en desuso; e incluso en la legislación de algunas comunidades

autónomas, con competencia legislativa civil, se han dictado normas específicas para facilitar su cancelación. Y dicha regla octava en su párrafo tercero, en línea con estas normas autonómicas, facilita la cancelación.

Para analizar la viabilidad de la pretensión de los recurrentes, que equiparan el derecho inscrito (modo, cuyo incumplimiento habilitaría la pretensión de instar la revocación por el donante o sus sucesores con efectos frente a terceros y cuya cancelación se solicita), a los censos y gravámenes similares, es de utilidad fijar la naturaleza de aquel. Y lo primero que debe indicarse que las expresiones empleadas en la escritura de donación, en especial las que hacen referencia al evento de una posible incautación, responden a un momento histórico determinado; y, sin duda alguna, a la vista de la fundamentación constitucional del derecho de propiedad, o en normas vigentes como la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aquellas han perdido la carga semántica que entonces tenían, por lo que hay que poner atención especial en el gravamen modal que la donante impuso.

Muchas veces no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación, y las resoluciones de este Centro Directivo de 29 de abril y 16 de octubre de 1991 venían a reconocer una diferencia por razón de sus efectos: la resolución opera de forma automática en caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado artículo 647, que mientras no se ejerza mantiene la subsistencia de aquella y que, del mismo modo que es facultativo su ejercicio, voluntaria es la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento. Esa diferencia en cuanto al modo de actuar viene determinada en gran medida por la naturaleza del elemento o circunstancia en que puede consistir el evento condicionante o el modo.

No puede ignorarse el problema de las cargas modales impuestas muchos años atrás y que quizás en la actualidad sean imposibles de cumplir, o quepa considerar que ya han cumplido su cometido, cuestión que ha generado no poca litigiosidad, debiendo anticiparse que el Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a admitir un carácter potencialmente perpetuo del modo, tanto en los pronunciamientos civiles como en los contencioso-administrativos. Es por tanto cuestión capital en la materia la relativa al dilema sobre el carácter perpetuo o temporal del modo impuesto por el donante en una donación; esto es, si la posibilidad de revocar la donación modal por incumplimiento del modo, reconocida en el artículo 647 del Código Civil, tiene carácter perpetuo, pudiendo el donante (o, en su caso, los herederos del donante) ejercitar la acción de revocación siempre que el modo se incumpla, con independencia del tiempo transcurrido desde el establecimiento del mismo; o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo cumpliéndose el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquel se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no puede instar la revocación de la donación, aunque se «incumpla» el modo. Y sobre esto debe tenerse en cuenta que: a) el Código Civil guarda absoluto silencio sobre la cuestión; b) la doctrina no ha prestado especial atención a dicha cuestión, y c) si bien es cierto que las resoluciones judiciales no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión, el análisis de la jurisprudencia civil permite llegar a la conclusión de que la mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales del orden jurisdiccional civil (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de marzo de 1988 y 20 de julio de 2007, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 2 de febrero de

1994), acogen la tesis de que el modo impuesto por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo.

En lo concerniente a la cuestión del supuesto carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo y su intransmisibilidad a los herederos del donante, la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la citada acción es transmisible «*mortis causa*», pues «ningún precepto dispone lo contrario; pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos». Y respecto del plazo de ejercicio de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, hay que recordar que el Código Civil guarda silencio sobre dicha cuestión, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo, a pesar de la ausencia de regulación legal sobre la materia, mantiene, de forma prácticamente unánime (entre otras, las sentencias de 11 de marzo de 1988, 23 de noviembre de 2004 y 20 de julio de 2007), que el ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento del modo está sometido a un plazo de caducidad. Sin embargo, la jurisprudencia civil está dividida sobre si se trata de un plazo de caducidad de un año o de cuatro años.

Lo cierto es que la pretensión de los recurrentes se basa en la pretendida aplicación al caso del párrafo tercero de la regla octava del artículo 210, número 1, de la Ley Hipotecaria; algo que ha de rechazarse de plano, pues considerar el supuesto de revocabilidad (ejercitando la correspondiente acción) de una donación por incumplimiento del modo impuesto en ella, una carga asimilable a los censos y demás derechos que menciona, no tiene amparo ni fundamento alguno, toda vez que tales figuras son derechos reales inmobiliarios con la característica de perpetuidad (art. 1608 del Código Civil) o por tiempo indefinido, si bien son redimibles a voluntad del censatario (art. 1608 del Código Civil). Por tanto, y aparte el rechazo antes expresado de la pretensión de los recurrentes basada en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria, también carece de base su pretensión de derivar la cancelación al ámbito del artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, pues no se da la más mínima similitud entre el caso del presente recurso y los previstos en dicho precepto.

Resolución de 2-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Astorga.

#### HERENCIA: PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA.

Es admisible como título inscribible el testimonio de la sentencia firme que aprueba el cuaderno particional inicialmente propuesto tras desestimar la oposición de una de las partes.

La firmeza no se predica del testimonio sino de la resolución judicial que reproduce. El procedimiento especial de división de herencia tiene por objeto llevar a cabo la partición cuando, a falta de la llevada a cabo por el testador o por el contador-partidor designado testamentariamente, no existe acuerdo entre los llamados a la sucesión sobre la forma de realizarla o sobre la solicitud de designación de un contador-partidor dativo (art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La especialidad del procedimiento reside tanto en lo limitado de su objeto, como en sus particulares trámites como en la ausencia de efecto de cosa juzgada, aun cuando devenga en contencioso. Tras la reforma procesal

del 2000, se trata de un verdadero proceso declarativo situado en la órbita de la jurisdicción contenciosa, distinto del de naturaleza voluntaria del juicio de testamentaria de la Ley de Enjuiciamiento anterior de 1881. En el ámbito del proceso, si las partes no consienten en la partición propuesta por el contador partidario designado, el procedimiento se transforma en contencioso siguiéndose por los trámites del juicio verbal.

Conforme a los artículos 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado».

En el supuesto de este expediente ha habido oposición de uno de los interesados, por lo tanto, no procede el decreto de aprobación de las operaciones particionales al no haber conformidad. El conflicto se resuelve, mediante sentencia firme que pone fin a los trámites del preceptivo juicio verbal, en cuyo fallo consta lo siguiente: «Se desestima la oposición formulada por la representación procesal de D.<sup>a</sup> M. P. G., a las operaciones divisorias que obran cuaderno particional efectuado por la Contadora Partidora, en cuanto a los rendimientos agrícolas posteriores al año 2013/14, que se mantiene en su totalidad, condenando al pago de las costas procesales causadas a dicha parte». Por lo tanto, al desestimarse la oposición, se mantienen las operaciones divisorias efectuadas en el cuaderno particional. Y este cuaderno así mismo se acompaña debidamente testimoniado. En consecuencia, según lo señalado en los anteriores fundamentos, nada obsta a la inscripción de los testimonios presentados.

Resolución de 2-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Estepona, número 2.

#### NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: CASOS CON DIFICULTAD PARA OBTENERLO.

Se recuerda la importancia del cumplimiento de la obligación de consignar el NIF o el NIE y la solución para casos especiales.

Todas estas normas que imponen la consignación del número de identificación fiscal de los comparecientes y de sus representados en el otorgamiento de las escrituras públicas que tengan por objeto determinados actos y contratos sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, han de ser interpretadas atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC).

Analizando las concretas circunstancias del presente expediente, son hechos relevantes que se trata de un vendedor extranjero, declarado en rebeldía, cuya declaración de voluntad ha sido suplida por la autoridad judicial. Resulta, además, que no consta en el archivo tabular el NIE asignado al mismo debido a su falta de exigencia en el momento de la adquisición. Se trata, por tanto, de determinar la obligatoriedad de aportación del mismo por la parte compradora sin la pertinente solicitud por parte del vendedor. Es criterio de este Centro Directivo que debiera ser estimada la presentación del solicitante que ha agotado los medios previstos para el cumplimiento de la norma, pudiendo dar cumplimiento a la legítima pretensión de obtener su inscripción dominical y, por ende, la salvaguarda que la misma produce. Sin embargo, en el presente caso, el recurso no puede prosperar, ya que es posible dar cumplimiento a la obligación legal por medio de

lo previsto en el artículo 20, en sus párrafos segundo y tercero, del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

Resolución de 3-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Nules, número 1.

#### **DERECHO DE HABITACIÓN: NO CABE SOBRE LA MITAD INDIVISA DE LA VIVIENDA.**

Se mantiene el criterio de la Dirección General sobre la imposibilidad de que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda.

Siendo los derechos de uso y habitación derechos reales en cosa ajena, son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho de dominio en otra persona, al cual limitan. Esto significa que, para cualquier constitución de este derecho real sobre cosa ajena, es necesario el consentimiento del titular o titulares de la misma, porque supone un acto de disposición (art. 397 CC). En el supuesto concreto, concurren todos los titulares en la adjudicación de este derecho de uso y habitación.

Así, en principio, ninguna dificultad existe en la posibilidad de adquirir una cuota indivisa del derecho de habitación de una vivienda, lo cual, no obstante, planteará todos los problemas comunes de cotitularidad sobre un derecho y el específico derivado de la detentación posesoria que conlleva el derecho de habitación. No cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) por su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa, lo cual no debe confundirse con la posibilidad de que se le adjudique a la hija una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa.

Pues bien, la resolución de 5 de octubre de 2015, fue recurrida ante los tribunales de Justicia, mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, de 2 de junio de 2016, y fue desestimada la demanda y confirmada la citada resolución. En la sentencia se pone de relieve que «no cabe que el derecho real de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa».

Resolución de 3-3-2022

BOE 24-3-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 36.

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.**

Para dividir un elemento privativo, o se cuenta con el consentimiento de los propietarios mediante el preceptivo acuerdo de junta, o debe haber una autorización a tal efecto recogida en los estatutos.

En relación con la primera cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase resoluciones citadas en los «Vistos») que la división o segregación

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.

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. La validez de este tipo de cláusulas estatutarias es igualmente admitida por el Tribunal Supremo, como ponen de relieve las sentencias de 15 de noviembre de 2010 y 25 de febrero de 2013. Tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, este Centro Directivo ha afirmado que debe entenderse que con la nueva normativa existe el mismo fundamento para admitir la validez de este tipo de cláusulas estatutarias.

Por tanto, con la actual redacción del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, y conforme al criterio sostenido por el Tribunal Supremo y por esta Dirección General, para llevar a cabo la división de un departamento independiente será imprescindible contar con la previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, o bien, que presten su consentimiento interviniendo en la escritura, además del propietario del elemento dividido, los propietarios de los restantes elementos del edificio, a menos que figure recogida en los estatutos de la propiedad horizontal una cláusula que autorice al propietario de dicho departamento para realizar esta operación sin el referido acuerdo de la comunidad.

Resolución de 7-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Astorga.

#### HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN.

Las personas que son llamadas a la herencia del transmitente como legatarios genéricos es preciso que intervengan en la partición, aunque no sean ellos los llamados como herederos al derecho de transmisión.

En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la sentencia de 11 de septiembre, al señalar que «(...) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en

otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Como ha afirmado el Alto Tribunal, lo que se transmite y lo que se adquiere en virtud del artículo 1006 del Código Civil no puede ser más que el «*ius delationis*», que si bien se ejercita de manera directa —sin pasar por la herencia del transmitente— solo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias más allá de ello, máxime cuando ello podría derivar en la vulneración de una ley reguladora de nuestro derecho sucesorio (en el caso de las legítimas) o, como sucede en el presente caso, contrariar la voluntad del testador por la que grava a las herederas con un legado que tiene por objeto precisamente los bienes que hubiera de heredar la transmitente del primer causante.

Sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «*ius delationis*» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. Serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación.

En definitiva, en este caso, una vez que las transmisarias emiten su voluntad de aceptar la condición de herederas del primer causante, el conjunto patrimonial activo y pasivo de dicho causante deberían recaer en la masa patrimonial del transmitente, y, por ende, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión manifestada en su testamento, entre ellas las relativas a los legados ordenados (cfr. art. 858 CC), de modo que, por el objeto de tales legados, es imprescindible la intervención de los legatarios en la partición y adjudicación de la herencia. Otra solución sería claramente contraria a la voluntad de la testadora.

Resolución de 7-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Torrijos.

**RENUNCIA: SU DIFERENCIA CON EL DESISTIMIENTO. DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.**

Se hace una distinción entre la renuncia y el desistimiento de la acción y de los diferentes efectos de una y otra figura.

La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia han definido la renuncia a la acción o al derecho, como un acto unilateral del demandante por el que manifiesta que abandona su pretensión. La renuncia puede ser del derecho procesal de acción, en el sentido de que la persona manifiesta su voluntad de abandonar definitivamente todo interés por reclamar judicialmente contra el demandado, lo

que implica no solamente el cierre de dicho proceso sino, como tal renuncia, la pérdida definitiva del derecho a demandarle en el futuro. También puede renunciarse al derecho material, siempre que este por su naturaleza resulte disponible, en cuyo caso, aunque no se haya renunciado a la acción procesal, esta carece de virtualidad al quedar sin objeto. La renuncia del derecho material conlleva la pérdida del interés jurídico procesal.

La LEC reconoce dos mecanismos procesales que conllevan el fin del procedimiento, pero que tienen consecuencias bien distintas. El desistimiento implica la voluntad del actor de no continuar con el proceso iniciado, provocando su terminación, pero sin que se produzca un pronunciamiento sobre la pretensión del actor, lo que tiene como consecuencia que esta puede ser objeto de un proceso posterior. Y ello porque no se ha renunciado a la acción. El desistimiento, de alcance meramente procesal, no es equiparable a la renuncia. La renuncia es un abandono de la acción y por consiguiente del derecho material y sustantivo, no solo del procesal, de carácter unilateral y que no precisa de la audiencia de la otra parte, ya que esta resulta beneficiada por la renuncia. El juez debe aprobar dictando sentencia, con efectos de cosa juzgada, absolutoria para el demandado, salvo cuando la Ley la prohíba o sea contraria al orden público o en perjuicio de tercero. Su principal efecto consiste en que la acción abandonada no puede volverse a ejercitar.

En el supuesto de este expediente, está claro que el Ayuntamiento renunció a la acción y por lo tanto al derecho material en el que esta se basaba, como así resulta del escrito elevado ante el juez del procedimiento. Es decir, no solo debe entenderse la renuncia al derecho conforme a lo expresado anteriormente, sino que en este caso hay además una renuncia expresa al derecho de reversión. Pero el pliego de cláusulas contemplaba varios supuestos más (precios máximos de venta, prohibición de disponer en tanto no se obtuviera la calificación o finalizara la construcción, obtención de calificación de protección oficial en plazo determinado, obligación de realizar las obras de urbanización), que así mismo fueron objeto de inscripción y cuyo incumplimiento conllevaba igualmente la posibilidad de ejercer el derecho de reversión, por lo que la renuncia debe circunscribirse, conforme se ha dicho, al concreto objeto de la pretensión que fue objeto de reclamación, no pudiendo presumirse de la documentación aportada y en concreto del certificado del Ayuntamiento, que la voluntad de este sea la renuncia total y absoluta al derecho de reversión, antes al contrario, el citado certificado hace alusión expresa a la causa antes relacionada. Y en consecuencia la sentencia absolutoria lo es respecto a la acción concreta incoada.

Queda analizar si el contenido de la sentencia es suficiente para provocar la cancelación del derecho de reversión aun circunscrito a la causa invocada en el procedimiento. La exigencia de firmeza de las resoluciones judiciales para su acceso al Registro de la Propiedad es incuestionable, y resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 524 LEC.

En el supuesto objeto de este expediente la sentencia testimoniada hace referencia a los datos registrales de la finca en el antecedente de hecho primero identificándola con el número 11 862, mientras que en el testimonio del escrito del procurador de la demandante se hace referencia a una finca registral distinta de la recogida en la sentencia, la 11 861. Pero es evidente que el error está en el escrito que efectúa el propio Ayuntamiento a través de su procurador; pero a la vista del resto del contenido del mismo y del certificado del Ayuntamiento no existen dudas sobre la finca afectada, que, además, como se ha dicho, se identifica correctamente en la sentencia. Por lo tanto, este defecto debe revocarse.

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 adquiriera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito. Como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución Española. Y la falta de dicho pronunciamiento tampoco puede suplirse por una instancia que, además, como se pone de manifiesto en la nota de calificación, carece de la autenticidad necesaria.

Resolución de 8-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

#### DIVISIÓN DE FINCAS: CASOS DE VENTAS DE CUOTAS INDIVISAS.

No es inscribible una compra por cuotas indivisas de una finca constando una resolución del Ayuntamiento que considera que no es posible conceder la innecesariedad de licencia porque hay parcelación urbanística.

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, anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística —cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013—, al aludir, junto a la división o segregación de una finca, a los supuestos de «enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva». En particular, en el marco de la legislación urbanística andaluza el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (vigente al tiempo de la calificación).

En el caso particular de este expediente, se trata de una compraventa de una finca rústica a diferentes compradores que adquieren por cuotas indivisas desiguales sin establecer pacto alguno relativo a la asignación de uso de porciones concretas de la misma, sin embargo, existe un pronunciamiento expreso de la Administración competente por el que deniega la declaración de innecesariedad de licencia por implicar una parcelación urbanística en suelo no urbanizable que es determinante de la calificación negativa de la registradora y por ello debe ser confirmada. En el presente caso es la propia Administración urbanística la que atendiendo a los medios de que dispone aprecia la existencia de una parcelación urbanística sin que la configuración civil del negocio de compraventa, sin estipulación de asignación de uso, o la propia intención manifestada de las partes pueda ser obstativa a tal calificación como expresamente prevé la legislación aplicable —cfr. artículo 66.2 de la Ley 7/2002.

Resolución de 8-3-2022  
BOE 25-3-2022  
Registro de Icod de los Vinos.

**PUBLICIDAD FORMAL: DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD QUE OBRAN EN EL REGISTRO.**

No es posible conforme al artículo 222 del Reglamento Notarial expedir certificación de los títulos de adquisición que estén archivados en el Registro.

A tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación, aunque se refieran a procedimientos registrales anteriores, y que se incorporen en el trámite de alegaciones, por lo que la documentación alegada en el escrito de recurso, y que no se refiere al procedimiento registral vigente, no puede ser tenida en cuenta por este Centro Directivo a la hora de elaborar esta resolución.

Este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado (*vid.*, por todas, la resolución de 20 de septiembre de 2013), que la expedición de información relativa al contenido de los libros del Registro está sujeta a determinados controles derivados por un lado de la legislación específica hipotecaria y por otro de la genérica sobre protección de datos personales. Tal afirmación debe ser aún más enfatizada en el supuesto que nos ocupa, ya que trata de certificar de los documentos públicos, títulos de adquisición dominical, aportados por un titular colindante, que de manera meridiana contienen datos sensibles merecedores de protección.

Conviene recordar la procedencia de la emisión de publicidad de los legajos a cargo de los registradores conforme a lo dispuesto en el artículo 342 del Reglamento Hipotecario, al establecer que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria

Conforme a lo dispuesto en el artículo 222 del Reglamento Notarial «solo el notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo, estará facultado para expedir copias u otros traslados o exhibirlo a los interesados. Ni de oficio ni a instancia de parte interesada decretarán los Tribunales que los secretarios judiciales extiendan, por diligencia o testimonio, copias de actas, escrituras matrices y pólizas, sino que bajo su responsabilidad las exigirán del notario que deba darlas, con arreglo a la Ley del Notariado y el presente Reglamento, es decir, justificando ante el notario, y a juicio de este con la documentación necesaria, el derecho de los interesados a obtenerlas, y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para los cotejos o reconocimientos de estas copias se observará lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 32 de la Ley».

Resolución de 8-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Se recuerda el alcance de la calificación en relación con los medios de pago, especialmente cuando se han usado transferencias.

En lo relativo a la calificación de los registradores de la propiedad respecto de los extremos objeto de debate en este recurso, la reforma se centra en dos aspectos: a) La obligación de comprobar si las escrituras públicas a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado expresan no solo «las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos» (disposición que se mantiene en su redacción anterior), sino, además, «la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862» (art. 21 LH). b) El cierre del Registro respecto de esas escrituras públicas en las que, consistiendo el precio en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, «el fedatario público hubiere hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados» —apartado tercero del mismo artículo 254—. En tales casos, esto es, negativa total o parcial a identificar el medio de pago, se entenderá que tales escrituras están aquejadas de un defecto subsanable, pudiéndose subsanar este a través de otra escritura «en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados» (art. 254.4 LH).

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(...) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». El registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

Por todo ello, para decidir si la escritura calificada es o no inscribible, resulta irrelevante que los justificantes de la orden de emisión de las referidas transferencias o de la efectiva realización de estas se hayan incorporado o no a dicho título, siendo suficiente —como resulta del citado artículo 177 del Reglamento Notarial— el hecho de que consten las manifestaciones de los comparecientes sobre los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono.

Resolución de 9-3-2022  
BOE 25-3-2022  
Registro de la Propiedad de Plasencia.

#### TÍTULO INSCRIBIBLE: REQUISITOS.

Se analizan los requisitos para la inscripción de un mandamiento judicial librado en ejecución de una sentencia, tanto desde el punto de vista formal como de tracto sucesivo.

En primer lugar, y en cuanto al alcance de la calificación registral de los documentos judiciales, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex* artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral.

Para poder ser inscrito, el título presentado ha de tener trascendencia jurídico-real inmobiliaria, por imponerlo así la definición legal del contenido y objeto del Registro de la Propiedad (cfr. arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 y 9 de su Reglamento). Para que la modificación jurídico real tenga lugar es preciso que el negocio documentado reúna los requisitos sustantivos exigidos por el ordenamiento y que aparezcan debidamente recogidos en el título formal objeto de presentación. En el supuesto de este expediente, el título presentado justifica la transmisión de la finca a favor del recurrente y si bien, como este afirma, el título de adjudicación no lo constituye la sentencia en sí misma, ya que esta resolución judicial lo que ordena es la venta en pública subasta del bien inmueble en cuestión, no es menos cierto que la habilitación para proceder a la extinción de la comunidad por esa vía procede de aquella. En este caso, del mandamiento presentado resulta que no figuran como demandados, ni en el mandamiento ni en el decreto de adjudicación contenido en este, determinados titulares registrales, obstáculo que surge del Registro y que es objeto de calificación registral, por ello la solicitud de que se acompañe la sentencia como documento complementario está justificada a fin de examinar si de sus antecedentes y fundamentos resulta acreditada la condición de causahabientes de los titulares registrales de los demandados.

En nuestro ordenamiento no existe duda sobre la equivalencia de valor jurídico de la firma electrónica y la firma manuscrita como ya ha señalado este Centro Directivo desde la resolución de 1 de octubre de 2015 reiterada por otras posteriores, pero, en contra de lo interpretado por el recurrente no es ese el sentido del defecto consignado en la nota de calificación. En contra de la afirmación del recurrente, expone el registrador en su informe que lo que se presentó junto con el mandamiento para su calificación fue una mera fotocopia de la sentencia, junto con un escrito de la abogada doña V. V. C. La citada fotocopia se aportó sin código seguro de verificación que permitiera verificar la autenticidad de su contenido motivo por el que en la nota de calificación dichos documentos no fueron tenidos en cuenta.

De la documentación presentada no resulta de forma indubitada la sucesión de los titulares registrales que se dicen fallecidos. En este sentido, tampoco puede admitirse lo que se presenta como escrito de demanda pues, en este caso, no reúne ninguno de los requisitos que pudieran aseverar su validez, siendo un mero

documento privado, sin perjuicio de que pudiera testimoniarse judicialmente para que quedara acreditado que es el escrito de demanda presentado ante el Juzgado. Pero, aun en este supuesto, deberían ser objeto de presentación para su calificación e inscripción las escrituras de partición previas, no inscritas, que se señalan como título de los demandados. De esta forma quedará debidamente restablecido el tracto y la correcta intervención en el procedimiento de los titulares registrales. Esta es la forma de proceder para la rectificación del Registro conforme al artículo 40.

Resolución de 9-3-2022  
BOE 25-3-2022  
Registro de la Propiedad de Hoyos.

#### OBLIGACIONES FISCALES: CONTROL POR EL REGISTRADOR.

Se analiza el alcance del cumplimiento de los requisitos fiscales para inscribir una herencia causada en 1998.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. La inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos si no se acreditara el cumplimiento fiscal del contribuyente, constituye una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por los sujetos pasivos de la obligación de presentación que les impone el artículo 29.2.c) de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, así como añade la obligación para el registrador del archivo de los justificantes (arts. 256 Ley Hipotecaria y 51.13.a y 410 del Reglamento Hipotecario). La decisión del registrador de suspender la calificación del documento por falta de liquidación del Impuesto es susceptible de ser recurrida.

En el caso de este expediente, el pago ha quedado debidamente acreditado, no siendo admisible el argumento de la registradora referente a que deba ser el mismo documento el que se liquide y se presente a inscripción. Al modelo 650 deberá acompañarse original y copia simple de la escritura de aceptación de herencia, o en su defecto, el inventario de bienes y herederos, por duplicado, en el que se señalen los datos identificativos del causante y los herederos, la designación de un domicilio a efectos de notificaciones, relación detallada de los bienes y derechos objeto de la herencia con expresión del valor de los mismos a la fecha de fallecimiento, así como de las cargas, deudas y gastos cuya deducción se solicita. En este supuesto se presentó instancia comprensiva de los anteriores presupuestos y ahora se presenta instancia en la que el hijo afirma ser heredero único y acredita mediante los documentos relacionados, el pago del Impuesto. No habiendo señalado la registradora duda alguna en cuanto a esta circunstancia y en cuanto al hecho imponible liquidado, procede revocar el defecto.

Esta Dirección General ha declarado que el cierre registral no puede quedar salvado por presentación ante Administración distinta a la territorialmente competente (*vid.* resolución de 18 de febrero de 2016, entre otras). Pero, en el momento en que se produjo la autoliquidación de este expediente, 21 de enero de 1998, esta norma no estaba vigente y conforme se ha dicho, a efectos de proceder a la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, ha quedado debidamente acreditada la liquidación del Impuesto, además la instancia comprensiva de los bienes se presentó también en la Oficina Liquidadora de Hoyos, lo que

originó que la citada oficina liquidadora, tuviera cumplido conocimiento de la sucesión y pudiese actuar conforme a la legislación entonces vigente.

Resolución de 9-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

#### **PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA CON PACTO COMISORIO PROHIBIDO.**

Se rechaza la inscripción de un contrato de opción por incurrir en la figura del pacto comisorio y no introducir ninguna de las cautelas que la jurisprudencia ha previsto para su admisibilidad.

Como ha señalado el registrador, la obligación de transmitir determinados derechos de crédito, contenida en el contrato privado que por el título calificado se eleva a público no es inscribible, todo ello de acuerdo con el artículo 9 del Reglamento Hipotecario que establece de forma clara lo siguiente: «No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley».

El pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. No es menos cierto que, como ya admitió este Centro en las resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero y 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021, deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello —se añade— podría admitirse tal pacto 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, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión. Por otra parte, es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas.

A la vista del referido estado de la cuestión —en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo—, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en

garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor.

En el presente caso, a diferencia de los supuestos de pacto marciano admitidos por este Centro Directivo, no se regula con extensión alguna un procedimiento en el que se intente dar estricto cumplimiento a lo prevenido en la citada doctrina y jurisprudencia sobre esa figura; el procedimiento de valoración del bien no es objetivo. En definitiva, analizando la transcrita estipulación de la escritura objeto de calificación, se comprueba que no encaja en los esquemas conceptuales del denominado pacto marciano y no se ajusta a los parámetros antes enunciados para admitir su validez.

Resolución de 10-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Se recuerda las diferentes clases de prohibiciones de disponer u sus efectos respecto de actos dispositivos.

En relación con la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer, de acuerdo con la doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase resoluciones citadas en los «Vistos»), se han de distinguir dos grandes categorías: —Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habersele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse. Es esta una solución que se puede denominar ecléctica. — 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 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. No cabe duda que tanto en las prohibiciones decretadas en procedimientos penales como en las administrativas existe cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto. Y es que en estas últimas la prohibición de disponer no trata de impedir la disponibilidad del derecho por parte de su titular, desgajando la facultad dispositiva del mismo, cual ocurre con las voluntarias, sino que tiende a asegurar el estricto cumplimiento de la legalidad administrativa o el resultado del proceso penal.

El mismo artículo 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, ya establece que el recurso contra la medida de prohibición de disponer se dirige a la Administración Tributaria y que la misma podrá acordar el levantamiento del

embargo o de la anotación de la prohibición en determinados supuestos por ella apreciados. Es por ello que, para poder inscribir la aportación de los inmuebles, los interesados deberán solicitar el levantamiento de la prohibición de disponer.

Resolución de 10-3-2022

BOE 25-3-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

#### PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN DE DESPACHO DE DOCUMENTOS.

Por un lado, se recuerda que es posible recurrir la decisión de suspender la calificación de un documento, conforme al artículo 255 LH. Igualmente, se señala que mientras esté vigente un asiento de presentación previo, no es posible calificar e inscribir un documento presentado con posterioridad.

En sentido amplio, la calificación registral abarca varios momentos sucesivos: en un primer momento, el registrador ha de calificar y decidir si practica o no el asiento de presentación en el Libro Diario de operaciones; en un segundo momento, a continuación del anterior, ha de calificar si concurre o no alguna causa legal por la que deba suspenderse la calificación sobre el fondo del documento, como podría resultar de la aplicación de los artículos 18, párrafo segundo, y 255 de la Ley Hipotecaria; y finalmente, pero siempre dentro del plazo legal para ello, ha de calificar en su plenitud y de manera global y unitaria el documento presentado a fin de decidir si procede o no practicar los asientos correspondientes en los libros de inscripciones. Este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que la decisión del registrador, de suspender la calificación del documento, sí es susceptible de ser recurrida, pues se trata de una decisión acerca del destino del título que se presenta a inscripción, por lo que un mero principio de proscripción de la indefensión obliga a que este acto pueda ser objeto de revisión (véase, por ejemplo, las resoluciones de 27 de abril y 29 de octubre de 2011).

Conforme al artículo 17 LH, constando la vigencia de un asiento de presentación anterior de un título contradictorio, y la prórroga de dicho asiento por razón del recurso interpuesto contra la nota de calificación negativa del mismo, es claro que ha de quedar suspendida la calificación de fondo del título contradictorio con asiento de presentación posterior, en los términos y durante el plazo que resulta de los artículos que han quedado transcritos.

Resolución de 9-3-2022

BOE 28-3-2022

Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se trata de una inmatriculación del 205 en la que existen diferencias sustanciales entre la descripción recogida en el título previo y en el inmatriculador que justifican las dudas de la registradora.

La registradora funda sus dudas en la falta de correspondencia entre la descripción de la finca en el título previo y en el inmatriculador, pues en el título previo se segrega y vende una finca, que procede de segregación de 233,68

metros cuadrados de otra finca, la cual se vende al causante de la herencia y en el título inmatriculador se dice que mide, según Catastro, 454 metros cuadrados, debiendo justificarse las modificaciones posteriores de las superficies de ambas fincas, matriz y segregada.

La fundamentación de una calificación negativa no puede limitarse a la simple constatación de que existe alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca en los títulos, sino que el registrador habrá de expresar, de modo motivado, que a su juicio no existe la identidad exigida por la Ley, o que, al menos, tiene dudas fundadas al respecto. Como declaró la resolución de 10 de octubre de 2017, no es necesario que la identidad sea absoluta, sino que basta con una identidad razonable, derivada del hecho de que las similitudes descriptivas sean superiores a las discrepancias, y que con ello el registrador llegue a la conclusión de que es evidente de que se trata de la misma finca.

En el presente caso en el que la diferencia superficial es casi el doble que la inicial, procediendo la finca de segregación, en la que se supone que ya fue medida. Además, concurre en el presente caso, que tanto en la descripción del título previo, como en la descripción del título inmatriculador, se describe la parcela como un rectángulo perfecto, en el que los linderos Norte y Sur miden 18,40 metros; y, los linderos Este y Oeste miden 12,70 metros, lo que hace una superficie de 233,68 metros cuadrados, coincidente con el título previo, sin que conste en este expediente los datos de georreferenciación de la parcela. Por ello, parecen razonable las dudas de la registradora en la correspondencia de la descripción de la finca en el título previo, con el que pretende acreditarse la previa adquisición de la finca, con la realizada en el título inmatriculador, sin que ello pueda deberse a la sola actualización de la descripción al Catastro actual, lo que no puede acreditarse por notoriedad.

Resolución de 14-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 18.

#### DOBLE VENTA: BUENA FE DEL ADQUIRENTE.

Se aplica la doctrina del Tribunal Supremo a un caso en el que el segundo comprador reconoce en su título que el bien había sido vendido con anterioridad.

En la sentencia número 759/2009, de 13 de noviembre, el Tribunal Supremo consideró aplicable el artículo 1473 del Código Civil en un caso —análogo al del presente recurso— en el que la primera compraventa no había llegado a consumarse por no haberse entregado el inmueble al comprador; a diferencia de la segunda compraventa, que incluso se llegó a inscribir en el Registro de la Propiedad. Por apreciar mala fe en el segundo comprador, concluyó que «aquel que inscribió sin la concurrencia de la buena fe no deviene propietario y si el que compró anteriormente de buena fe no recibió la entrega de la cosa, tiene derecho a que se le dé la posesión y a la elevación a escritura pública del contrato que celebró en documento privado, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad deviniendo así en propietario». En esta misma sentencia se afirma que la buena fe es aplicable al caso de la doble venta de inmueble contemplado en el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil, aunque no la mencione.

En el caso del presente recurso es indudable que la compradora ahora recurrente reconoce tener conocimiento de que la participación indivisa objeto

de la compraventa había sido ya vendida casi un año antes por el propietario poderdante. El hecho de que a la compradora se le reconoce legalmente el derecho de retracto de comuneros (art. 1522 CC) no le autoriza para adquirir la participación indivisa vendida si no es mediante el ejercicio en tiempo y forma de aquel derecho, algo que en este caso no se acredita.

Resolución de 14-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

Se aplica la doctrina ya consolidada sobre el alcance e interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. 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.

En el presente caso es evidente que falta la congruencia del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades de representación acreditadas y el contenido de la escritura, pues aquel se refiere literalmente al «otorgamiento del Préstamo Hipotecario», cuando, en realidad, se trata de una escritura de cancelación de hipoteca.

Resolución de 15-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10.

#### ELEVACIÓN A PÚBLICO DE UN CONTRATO: REQUISITOS. DERECHO FORAL VASCO: TRONCALIDAD.

Se eleva a público un contrato por parte de la heredera del vendedor haciendo ciertos cambios y rectificaciones. Se hace un examen del alcance de la troncalidad en la venta de bienes troncales.

Ciertamente, es habitual en la elevación a público de documentos privados que haya ciertas discrepancias entre las expresiones que se vierten en el documento y las que resultan del otorgamiento de la escritura, pero lo esencial es que la voluntad de las partes quede expresada de forma cristalina en uno y otro. Ocurre en este expediente que los otorgantes del documento privado no son las mismas personas que ahora lo elevan a público, dado que se ha producido el fallecimiento de una de ellas e interviene la heredera universal del causante que suscribió el documento privado, de manera que, en principio, pendientes de resolverse los otros dos defectos señalados, en principio, se reúnen los requisitos personales y de capacidad necesarios para la novación del documento.

Del contenido de la escritura de elevación a público resulta de forma clara la voluntad de las partes de que se consume una compraventa de la vivienda y garaje objeto de la misma. En consecuencia, dado que ambos contratantes lo subsanan, y queda probada la verdadera causa del contrato —de compraventa—, sería inscribible la elevación a público del contrato en los términos en que está redactada la escritura. Con solo estos parámetros debería ser revocado el defecto.

El segundo de los defectos señalados está relacionado con el anterior, pues se objeta que si el contrato privado celebrado de reserva de vivienda y garaje es solo un contrato meramente obligacional, una vez que el concedente de la citada reserva ha fallecido, los bienes incluidos en este contrato de reserva en ningún momento han salido del patrimonio del fallecido y, por consiguiente, han pasado a formar parte del activo del caudal hereditario del causante porque en el citado contrato no se convino la transmisión de la propiedad de los mismos; es decir, que la vivienda y el garaje reservados pasan a ser parte de la herencia y, por tanto, con la aceptación de la herencia, los herederos adquieren la propiedad de estos bienes y, al mismo tiempo, adquieren la obligación de cumplir el contrato al que se obligó su causante. Este defecto también debe decaer, habida cuenta de las consideraciones anteriormente expuestas sobre la existencia de un verdadero contrato de compraventa que se ha elevado a público por la heredera universal, de modo que debe entenderse inscribible la escritura de formalización de dicho contrato privado, sin perjuicio de lo que luego se expondrá sobre la influencia de la troncalidad en la eficacia de la compraventa realizada.

El tercero de los defectos se refiere a una cuestión determinante para la resolución del recurso. Entiende la registradora que son los herederos tronqueros (y no la heredera universal, que no es tronquera) los llamados a la aceptación de la herencia de la vivienda y garaje reservados en el contrato privado y también ellos son quienes están obligados a transmitir estos bienes troncales. La cuestión es si el pariente tronquero, llamado en este concepto a un bien concreto, puede ser considerado como heredero. Por una parte, como bien ha razonado el notario autorizante en su informe, encaja dentro del término más amplio que la ley utiliza de sucesor y, en el esquema del Código Civil, con el de un legatario. Así, el artículo 660 de este cuerpo legal dispone: «Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular». No parece, por tanto, casar con el concepto de heredero la persona que es llamada a suceder a otra en un bien concreto.

El nuevo Derecho foral vizcaíno altera el criterio tradicional de nulidad radical de los actos dispositivos *mortis causa* sobre bienes troncales a favor de extraños, que había sido atenuado por la jurisprudencia durante la vigencia de la legislación anterior. Ahora, el Derecho vasco otorga a los tronqueros una acción de anulabilidad sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años. Es decir, no mediando ejercicio de la acción por el eventual tronquero, existe una delación a

favor del instituido heredero, pues la viuda ha sido llamada como heredera universal, habiendo legado de otros bienes distintos del controvertido. A la heredera universal corresponde dar cumplimiento al contrato, por ser la única persona con llamamiento válido y eficaz también respecto de cualesquiera bienes, sin perjuicio de que los parientes tronqueros puedan ejercitar las acciones que les corresponden durante el plazo señalado.

A la vista de la normativa analizada, y especialmente del hecho de que el plazo de ejercicio de la acción de los tronqueros se cuenta desde la inscripción de la enajenación en el Registro, debe concluirse que la presente transmisión es inscribible, sin perjuicio de que queda ser objeto de impugnación por los tronqueros mediante la acción —más propiamente rescisoria o resolutoria— que la ley les reconoce.

Resolución de 15-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Almería, número 3

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: ALCANCE Y ÁMBITO.

Se recuerda que el procedimiento del artículo 199 no permite rectificar la descripción de una finca colindante que tiene su base gráfica inscrita y está coordinada con el Catastro.

Para resolver la primera cuestión, hay que traer a colación la doctrina de la resolución de esta Dirección General de 20 de noviembre de 2019, que permitió la iniciación del expediente mediante instancia del interesado con firma legitimada notarialmente o extendida o ratificada ante el registrador a la que se acompaña certificación catastral, la cual puede obtener el registrador directamente de la Sede Electrónica del Catastro, bastando con que el interesado en su solicitud identifique la referencia catastral de la parcela cuya representación gráfica se corresponde con la finca registral. Ciertamente, la firma no está legitimada ante notario, o ante el propio registrador, pero es un defecto cuya subsanación no presenta un grave inconveniente. Una vez subsanado, puede proceder a la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por lo que el defecto relativo a la denegación del asiento de presentación debe ser revocado, al no ser aplicable el artículo 420 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a la inadmisión, como regla general del documento privado, pues puede obtenerse fácilmente por el registrador las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de las parcelas que se pretenden coordinar con la finca registral 20111, las cuales tienen la consideración de documento público administrativo.

Solo es posible que se practiquen asientos sobre la finca objeto del expediente, no sobre otra distinta, la cual no puede quedar afectada por la rectificación de la descripción, según la doctrina de esta Dirección General, por lo que la registración de un exceso de cabida «*stricto sensu*» solo puede configurarse como rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca, 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. Estando practicado el asiento de inscripción de la georreferenciación y coordinación gráfica con el Catastro de la finca registral 15192, el mismo está bajo la

salvaguardia de los tribunales y no puede modificarse más que por consentimiento de su titular registral, expresado en documento público, o mediante resolución judicial en procedimiento en el que el titular registral ha sido parte, por lo que en aplicación del artículo 199, procedería denegar la inscripción de la georreferenciación y su coordinación gráfica con el Catastro, por invadir finca colindante con georreferenciación inscrita. Pero, ello no es óbice para que el registrador inicie el expediente del artículo 199 y practique las notificaciones correspondientes a los colindantes, que les permita realizar las correspondientes alegaciones, que habrá de valorar, a los efectos de efectuar una calificación positiva o negativa.

Resolución de 15-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 3.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se recuerda que el procedimiento del artículo 199 no permite rectificar la descripción de una finca colindante que tiene su base gráfica inscrita y está coordinada con el Catastro.

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 registrados. 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 en 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, el registrador afirma que no puede rectificarse la superficie de la finca segregada sin disminuir la superficie de la finca matriz al mismo tiempo, para no incurrir en una doble inmatriculación. Esta afirmación no puede ser compartida, pues los expedientes del Título VI de la Ley Hipotecaria tratan de lograr la concordancia de una finca registral con su realidad jurídica extrarregistral, sin que tengan que comprender la rectificación de la descripción de otras fincas. Afirma el registrador que, además de proceder de segregación, la finca matriz ha sido varias veces segregada, de modo que pudiera, incluso, no lindar con la matriz sino con otras parcelas segregadas del mismo origen e inscritas a favor de titulares distintos, duda que no resulta disipada en la tramitación del expediente en el expediente, máxime cuando la intervención de los titulares actuales ha sido exclusivamente a través de edicto publicado en «Boletín Oficial del Estado» y no por notificación efectiva o comparecencia personal. La afirma-

ción no puede ser compartida. Además, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contesta que la georreferenciación notificada no invade dominio público.

Por otro lado, con el fin de disipar las dudas del registrador, expresadas en la certificación inicial y lograr la inscripción, no puede el notario limitarse a practicar las notificaciones legalmente previstas, sino que ha de practicar pruebas y averiguaciones que desvirtúen tales dudas, como declaró la resolución de 16 de julio de 2020. El hecho de que no haya habido oposición de colindantes no significa que el registrador no pueda objetar dudas sobre la existencia de posibles negocios jurídicos o modificaciones de entidades hipotecarias que no han tenido acceso al Registro, como ha declarado la resolución de 23 de febrero de 2021. Pero, no se ha acreditado en la calificación que haya una variación en la geometría de la parcela catastral coetánea con las imágenes que se visualizan en el visor GRAFCAN del Gobierno Canario, de los que se desprende que la construcción tiene la misma ubicación y morfología en la actualidad que la que tenía en 1994, pero no se incorpora información histórica de la parcela catastral para determinar si se ha variado la geometría de la finca, aumentando su extensión.

Por todo ello, se considera que las dudas expresadas no fueron fundamentadas con la debida claridad y precisión, pues no se advirtieron en la misma la existencia de alteraciones catastrales, que justifiquen una alteración del perímetro, forma y superficie de la finca inscrita, como exigió la resolución de 17 de junio de 2020.

Resolución de 16-3-2022

BOE 4-4-2022

Registro de la Propiedad de Tomelloso.

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS.

Se aclara cuál es la naturaleza de las prohibiciones de disponer y sus efectos, desgranándose sus requisitos.

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. Debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. arts. 9 LH y 51.6.<sup>a</sup> RH), de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes. No es necesaria dicha solicitud expresa cuando el defecto afecte solo a alguna de las fincas (o a parte de la finca, o de su descripción) o derechos independientes objeto del negocio jurídico y no exista perjuicio para nadie, de modo que en tal caso podrá practicarse la inscripción parcial de oficio por parte del registrador respecto de esa finca —o parte de la misma o de su descripción— o derecho no afectada por el defecto.

La prohibición de disponer del artículo 170.6 de la Ley General Tributaria comprende por tanto una limitación del poder de disposición de los bienes de una sociedad en el caso de embargo al titular de las acciones o participaciones de la misma que ostente una situación de control efectivo en ella, con la finalidad de evitar una depreciación de dichas participaciones objeto de la traba de embargo y como medio de asegurar el pago de las obligaciones tributarias contraídas por el titular de los títulos representativos del capital social, algo que no quedaría

garantizado en caso de admitirse la inscripción de la aportación debatida toda vez que la prohibición de disponer, dejaría de ser efectiva en cuanto a la citada transmisión del inmueble aportado.

Resolución de 16-3-2022  
*BOE* 4-4-2022  
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

#### REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍAS.

Se aclara cuál es alcance de la declaración de inconstitucionalidad del cálculo de la base imponible de plusvalías.

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo.

En el supuesto de este expediente, el recurrente alega que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos de la Ley Reguladora de Haciendas Locales supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad. El recurso no puede prosperar. Debe tenerse en cuenta que lo declarado nulo por la sentencia es el sistema de cálculo de la base imponible del impuesto, pero no el impuesto mismo.

Resolución de 21-3-2022  
*BOE* 11-4-2022  
Registro de la Propiedad de Albaida.

#### BIENES GANANCIALES: LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Se considera no discutible en el procedimiento registral el carácter de los bienes que han sido inventariados en un procedimiento judicial como gananciales.

La liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones puede llevarse a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, por el procedimiento judicial regulado en el capítulo II del título II del libro IV («de los procesos especiales») de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 806), en el que una de las operaciones esenciales es la formación del inventario de activo y pasivo de la sociedad de gananciales disuelta.

En el presente caso ha quedado probado que los derechos objeto de adjudicación tienen carácter ganancial, según sentencia firme, en un procedimiento con unos elementos de juicio mucho más amplios que los propios del procedimiento registral, y con intervención del titular registral, por lo que no hay obstáculo que

impida la modificación del contenido del Registro (cfr. arts. 1, 38, 40 y 82 LH). Por ello, el defecto invocado por la registradora debe ser revocado.

Resolución de 21-3-2022  
BOE 11-4-2022  
Registro de la Propiedad de Brihuega.

#### HERENCIA: DESHERADACIÓN.

Se recuerda cómo acreditar quienes son los descendientes del desheredado que estos no existen, a los efectos del 857 del Código Civil.

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 y 28 de enero de 2021), 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.

Resolución de 22-3-2022  
BOE 11-4-2022  
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 15.

#### HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Se analiza el diferente régimen de cancelación de la hipoteca por caducidad, según sea convencional o legal.

Por un lado, está la cancelación por caducidad convencional pactada por las partes. 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. No siempre es fácil decidir, en el caso concreto. Si estuviéramos ante 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.

Y, por otro lado, está la llamada caducidad legal, que se basa en el transcurso de los plazos determinados por la Ley y que tiene lugar si no se ha pactado esa caducidad convencional, contemplada en los artículos 82 y 210 LH. En el caso objeto de este expediente, existe inscrita una hipoteca en garantía de un préstamo cuyo plazo final de vencimiento era el día 5 mayo de 2008. Los recurrentes solicitaron la cancelación de la hipoteca por el transcurso de cinco años «desde

el fin del plazo de ejercicio» a tenor del párrafo primero del apartado octavo del artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria, referido a la cancelación de las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica. Sin embargo, la cancelación de las hipotecas por caducidad tiene previsto un régimen especial en los artículos 82.5.º y 210.1.8.ª, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria que ha quedado expuesto en el punto anterior.

Resolución de 22-3-2022

BOE 11-4-2022

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN *OB REM*.

Se concluye que no es necesaria licencia administrativa para acordar la desvinculación de elementos privativos.

En primer lugar, debe este Centro Directivo recordar que la vinculación «*ob rem*» de dos fincas no supone sino la determinación de la unidad de destino jurídico y económico entre las mismas, fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en consideración a circunstancias económicas y funcionales. Debe reconocerse, por tanto, la plausible desvinculación posterior en caso de desaparición de la finalidad perseguida.

El objeto de controversia se circunscribe en determinar si es necesaria una nueva licencia administrativa cuando, en la licencia original, se refería a la vinculación de las fincas objeto del título calificado. En el presente expediente, sin embargo, la vinculación no es circunstancia condicionante de la concesión de la licencia. Por último, debe recordarse que la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, en su artículo 330, establece las actuaciones sujetas a previa licencia urbanística municipal mediante un listado cerrado o de «números clausus», que no debe ser objeto de interpretación extensiva, y que concluye con un apartado letra «u», o cláusula de cierre, referido a «cualquier otra actuación que en la presente ley se someta al régimen de licencia urbanística».

Resolución de 23-3-2022

BOE 11-4-2022

Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz.

#### AGUAS: USO PRIVATIVO.

Se señalan los requisitos para inscribir un aprovechamiento privativo de aguas públicas.

Existen diferentes situaciones jurídicas relativas al agua que se configuran o reconocen en la nueva Ley de Aguas, a fin de considerar su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme a su naturaleza y estructura respectivas. En el supuesto al que se refiere el presente recurso se trata de un aprovechamiento de una hora de riego del río (...), por lo que debe calificarse como un uso privativo de aguas públicas (cfr. art. 52 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) por lo que procede la aplicación de la disposición transitoria pri-

mera del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. art. 33 RH), el complementario consistente en la certificación del organismo de cuenca o administración hidráulica de la comunidad autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, quedando legalizadas mediante la inscripción en el Registro de Aguas.

Resolución de 23-3-2022

BOE 15-4-2022

Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: NORMATIVA ANTERIOR AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TÍTULOS INTERMEDIOS NO INSCRITOS.

Por un lado, se recuerda el régimen aplicable a la expresión de la representación en las escrituras públicas antes de la vigencia del artículo 98 Ley 24/2001. Si faltan títulos intermedios que no han accedido al Registro es preciso aportarlos o acudir al procedimiento de reanudación del tracto.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función.

La doctrina actual del juicio de suficiencia, que la recurrente detalla en su escrito de interposición, no es aplicable a este supuesto, precisamente por el hecho de que por razón de la fecha de otorgamiento de la escritura calificada (2 de febrero de 1993), el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, no era aplicable por la sencilla razón de que no había entrado en vigor. Pues bien, hay que tener en cuenta que, conforme a la redacción de los artículos 164, 165 y 166 del Reglamento Notarial entonces vigente, el notario debía insertar en el cuerpo de la escritura o incorporar a ella, originales o por testimonio, las certificaciones o documentos fehacientes que acreditaran la representación legal o voluntaria de quien compareciera en nombre de otro. También se admitía que de tales documentos acreditativos de la representación se insertara lo pertinente, debiendo añadir que en lo omitido no existía nada que desvirtuara lo transcrito o testimoniado; y, asimismo, se permitió según tal regulación reglamentaria «reseñar en la matriz los documentos de los que resulta la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan», sin necesidad de su inserto ni de su incorporación. Al tratarse de un poder no inscrito (y, por tanto, no ser aplicable la presunción de exactitud y validez de los asientos del Registro —cfr. art. 20 del Código de Comercio—), es necesario que se indiquen no solo los datos relativos a la persona otorgante del poder sino también título representativo que vincule a esta última con la sociedad, de modo que el registrador pueda comprobar la existencia y vigencia de dicho poder.

Como ya señalara la resolución de 18 de septiembre de 1989, no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente

prescindiendo, frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 LH), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente. Es cierto que este poder se presume a todos los efectos legales (art. 38 LH), cuando así resulta del contenido tabular (y dicha presunción puede, mediante el juego del artículo 34 de la misma ley determinar el mantenimiento de la adquisición aun cuando fuera inexacta), pero el registrador debe calificar no solo por lo que resulte del Registro, sino también atendiendo al contenido del título presentado, sin que pueda prescindir del reconocimiento de la inexactitud de aquella presunción cuando se verifica por quien puede ser favorecido por ella. Como afirma el registrador en su calificación, si no es posible acreditar el consentimiento de todas las referidas personas, cabe acudir por los últimos adquirentes al expediente notarial para la reanudación del tracto sucesivo registral interrumpido.

Resolución de 28-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Alcalá la Real.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: FORMA DE HACER LAS NOTIFICACIONES.

Se aplica la doctrina del TC y la letra vigente de la LEC para determinar la forma de hacer las notificaciones al ejecutado.

En efecto, como ha señalado reiteradamente esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos») la calificación registral de los documentos judiciales, consecuencia de la eficacia «*erga omnes*» de la inscripción y de la proscripción de la indefensión ordenada por el artículo 24 de la Constitución española, abarca no a la fundamentación del fallo, pero sí a la observancia de aquellos trámites que establecen las leyes para garantizar que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista por las mismas para evitar su indefensión, de forma que debe resultar el cumplimiento de los trámites legalmente previstos en cuanto a la forma de citación del titular registral y sus causahabientes.

Entrando en el fondo del recurso, el artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula específicamente la forma en que debe efectuarse el requerimiento en el caso de ejecución hipotecaria. Parece pues evidente que la notificación y requerimiento de pago al deudor ha de realizarse, en primer lugar, en el domicilio que aparezca vigente según el Registro. No obstante, la dicción literal de la ley, la notificación mediante edictos fue considerada por nuestro Tribunal Constitucional como un mecanismo excepcional al que solo cabe recurrir cuando se hubieran agotado todas las posibilidades de notificación personal. En aplicación de esta doctrina, 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, dio nueva redacción al artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción que entró en vigor el día 15 de octubre de 2015), señalando: «Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164».

El registrador entiende que, si la notificación se ha efectuado fuera del domicilio señalado en el Registro, debe hacerse personalmente. Sin embargo, tratándose del requerimiento judicial, si la notificación se realiza fuera del domicilio señalado en la escritura y en el Registro, procede, como se ha dicho, que por la oficina judicial se realicen las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, habilitándose en último extremo la notificación por edictos. En efecto, lo señalado en el citado artículo 686.3 debe completarse, con las salvedades correspondientes, con lo dispuesto en el artículo 161.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 28-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Jaén, número 3.

#### REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Se admite la acreditación del pago del impuesto, aunque no se aporta la carta de pago, teniendo en cuenta la antigüedad de la autoliquidación.

Se excluye el acceso al Registro de la Propiedad y se impone al registrador el deber de comprobar, para la admisión del documento, el previo cumplimiento de las obligaciones tributarias a que pudiera estar sometido el acto o contrato que pretenda acceder al Registro, permitiéndose únicamente antes de que se verifique la presentación en la oficina fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, la práctica del asiento de presentación, suspendiendo en tal caso la calificación y la inscripción, con devolución del título presentado, a fin de satisfacer el Impuesto correspondiente o, en su caso, alegar ante la autoridad fiscal la no sujeción o exención del Impuesto de los actos contenidos en el documento presentado. La decisión del registrador de suspender la calificación del documento por falta de liquidación del Impuesto es susceptible de ser recurrida.

En el supuesto de este expediente, debe tenerse en cuenta que la escritura calificada se ha presentado a autoliquidación ante la Administración Tributaria competente; según consta en su primer folio y, si bien no se acompaña el ejemplar de la carta de pago, fue autoliquidado el impuesto e ingresadas las cantidades que figuraban en la citada autoliquidación. Por lo tanto, a efectos de proceder a la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta además el tiempo transcurrido y la dificultad de recuperar las cartas de pago, ha quedado debidamente acreditada la liquidación del impuesto y que la Administración Tributaria tuvo en su momento completo conocimiento de la existencia de la transmisión, cumpliendo el registrador su obligación de conservar la prueba de la presentación y pago mediante el archivo del contenido de la copia de la escritura en lo que resulte pertinente.

Resolución de 29-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Azepeitia.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CON QUIEN NO ES TITULAR REGISTRAL.

Se confirma la denegación de una anotación preventiva por no ser demandado el titular registral.

Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular; bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita, incluso aunque se haya instado la petición por un organismo judicial, sin que ello suponga, en ningún caso, una vulneración de los artículos 117 y 118 de la Constitución.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias relacionadas en el «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 e impone 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.

No cabe en el procedimiento registral la extensión de los efectos de las medidas acordadas a titulares registrales que no han sido parte ni han estado emplazadas en el procedimiento, sin que las mismas tengan oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga. En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto. Esta conclusión desestimatoria no puede verse enervada por las alegaciones del recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas, todo ello con arreglo a la detallada relación de los antecedentes de hecho que se hace en el escrito de interposición del recurso.

Resolución de 29-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Éibar.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CON QUIEN NO ES TITULAR REGISTRAL.

Se confirma la denegación de una anotación preventiva por no ser demandado el titular registral.

Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular; bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita, incluso aunque se haya instado la petición por un organismo judicial, sin que ello suponga, en ningún caso, una vulneración de los artículos 117 y 118 de la Constitución.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias relacionadas en el «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 e impone 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.

No cabe en el procedimiento registral la extensión de los efectos de las medidas acordadas a titulares registrales que no han sido parte ni han estado emplazadas

en el procedimiento, sin que las mismas tengan oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga. En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto. Esta conclusión desestimatoria no puede verse enervada por las alegaciones del recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas, todo ello con arreglo a la detallada relación de los antecedentes de hecho que se hace en el escrito de interposición del recurso.

Resolución de 29-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Bergara, número 1.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CON QUIEN NO ES TITULAR REGISTRAL.**

Se confirma la denegación de una anotación preventiva por no ser demandado el titular registral.

Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita, incluso aunque se haya instado la petición por un organismo judicial, sin que ello suponga, en ningún caso, una vulneración de los artículos 117 y 118 de la Constitución.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias relacionadas en el «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 e impone 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.

No cabe en el procedimiento registral la extensión de los efectos de las medidas acordadas a titulares registrales que no han sido parte ni han estado emplazadas en el procedimiento, sin que las mismas tengan oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga. En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto. Esta conclusión desestimatoria no puede verse enervada por las alegaciones del recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas, todo ello con arreglo a la detallada relación de los antecedentes de hecho que se hace en el escrito de interposición del recurso.

Resolución de 29-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CON QUIEN NO ES TITULAR REGISTRAL.**

Se confirma la denegación de una anotación preventiva por no ser demandado el titular registral.

Para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular; bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita, incluso aunque se haya instado la petición por un organismo judicial, sin que ello suponga, en ningún caso, una vulneración de los artículos 117 y 118 de la Constitución.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* sentencias relacionadas en el «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 e impone 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.

No cabe en el procedimiento registral la extensión de los efectos de las medidas acordadas a titulares registrales que no han sido parte ni han estado emplazadas en el procedimiento, sin que las mismas tengan oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga. En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto. Esta conclusión desestimatoria no puede verse enervada por las alegaciones del recurrente, referidas a la identidad subjetiva en la composición del capital de la sociedad mercantil titular registral de las fincas, todo ello con arreglo a la detallada relación de los antecedentes de hecho que se hace en el escrito de interposición del recurso.

Resolución de 30-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de La Palma del Condado.

#### HERENCIA: ACEPTACIÓN POR EL TUTOR DE UNO DE LOS HEREDEROS.

Se analiza la elevación a público de un contrato de compra con intervención de un tutor representando a uno de los herederos.

Es cierto que, como expresa el registrador en su calificación, este Centro Directivo, en el caso analizado en resolución de 1 de junio de 2012, respecto de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa otorgada, entre otros intervinientes, por la tutora de uno de los hijos herederos del vendedor fallecido, afirmó que, al implicar aceptación tácita de la herencia (conforme a lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 999 CC), era aplicable el apartado cuarto del artículo 271 del Código Civil (en su redacción entonces vigente; actual art. 287.5.º rel. 224), si bien el defecto quedaría subsanado mediante la correspondiente declaración de la tutora en documento público en el sentido de realizar la aceptación a beneficio de inventario en nombre del incapacitado, teniendo en cuenta que ello es posible dadas las especialidades de una aceptación tácita y de tratarse de un acto debido, sin necesidad — si se subsanase de ese modo— de la autorización judicial.

No obstante, el presente caso es diferente; primero, porque no se trata de un caso de aceptación tácita de la herencia, sino que, como ha quedado expuesto, la tutora —como acto necesario para la elevación a público que se formaliza— acepta expresamente la herencia deferida en favor del tutelado; y, segundo, por-

que en este caso hay un pronunciamiento judicial por el que se autoriza dicha elevación a público de compraventa.

Resolución de 30-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11.

#### OBRA NUEVA: LICENCIA DE EDIFICACIÓN.

Se concluye que la licencia de edificación no es sustituible por una declaración responsable y la de primera ocupación, que sí lo es.

Resulta indubitado que para inscribir una obra nueva en el Registro de la Propiedad debe acompañarse el acto de conformidad, autorización o aprobación administrativa que exige el artículo 28 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. De la literalidad de dicho precepto, resulta que el acto de la Administración debe ser expreso, sin que quepa una declaración responsable en su lugar. Como se ha señalado, otro requisito distinto del anterior, según resulta de la propia Ley y de reiterada doctrina de este Centro Directivo, es la licencia de uso o de primera ocupación que también se exige para practicar la inscripción y que, como prevé el citado artículo 28, sí puede ser sustituida por una declaración responsable si así lo admite la legislación aplicable. En este caso, la legislación aplicable es la de la comunidad autónoma de Madrid, que regula un régimen de declaración responsable para el inicio de actividades económicas que viene a sustituir a la licencia de uso. Pero esa declaración no excluye la necesidad de que también haya un expreso acto de conformidad, autorización o aprobación administrativa para inscribir la obra en el Registro, por exigencia del artículo 28 de la Ley del Suelo.

Aunque el procedimiento del caso aquí discutido se tramitó antes de la entrada en vigor de la modificación operada en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 por la Ley 1/2020 de 8 de octubre, rigiéndose, por tanto, por la normativa vigente en ese momento (véase su disposición transitoria única), no hay duda de que esta interpretación puede ampararse asimismo en la redacción del artículo 159.5 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid tras la referida reforma, que dispone que «la comprobación de la conformidad de la actuación con la normativa aplicable en los términos antes indicados resultará en la emisión por el ayuntamiento del correspondiente acto de conformidad cuando ello fuera necesario a los efectos previstos en el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana».

Como ha señalado la doctrina, es cierto que el legislador estatal no ha incorporado en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana una enumeración positiva de los supuestos sometidos a declaración responsable, como mecanismo para el aseguramiento de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad *ex* artículo 149.1.11.<sup>a</sup> de la Constitución española, al carecer de competencia para ello. Pero sí incorpora una delimitación negativa de los mismos, al establecer determinados supuestos donde se requiere de forma necesaria la tramitación del procedimiento de otorgamiento de licencia, conformidad o autorización, respecto del que establece el sentido negativo del silencio —cfr. artículo 11.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana—. Esto supone para las comunidades autónomas un límite infranqueable de supuestos que necesariamente deben estar articulados sobre la figura de

control *ex ante* justificado en razones como la seguridad, salubridad, ambientales o en la afección a intereses de terceros. En el caso de las obras de edificación, como se ha expuesto, se trata de uno de los supuestos que, con carácter básico, el legislador estatal determina sujetos necesariamente a un acto expreso de autorización, conformidad o aprobación administrativa siendo la respectiva legislación autonómica a la que corresponde concretar esa forma de intervención que será tramitada y resuelta por los órganos municipales competentes.

Al amparo de lo señalado anteriormente y sin entrar a valorar los argumentos y la interpretación de las sentencias invocadas por la recurrente que anulan las resoluciones de este Centro Directivo de 26 de febrero y 28 de septiembre de 2018, resulta que, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley de Suelo, es preciso distinguir entre la denominada licencia de obras, que no puede ser sustituida por una declaración responsable, y la licencia de uso, que sí puede serlo.

Resolución de 31-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 8.

#### HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

En la partición por contador partididor no es precisa la intervención de los herederos ni de los legitimarios.

La partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por otra parte, la restrictiva expresión «la simple facultad de hacer la partición» que contiene el artículo 1057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad, de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y partir. En este sentido debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relictiva, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que dé por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuente lo que en vida han percibido estos del testador.

Las particiones realizadas por el contador-partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas. Desde la resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente.

La causante dispone en su testamento que las donaciones efectuadas con anterioridad a aquel a favor de sus hijos tendrán todas el carácter de no colacionables y se atribuye a los contadores-partidores solidarios «las más amplias facultades,

incluso las del artículo 1057 del Código Civil, pago de legítimas en metálico y entrega de legados y las de realizar cualquier acto o negocio de disposición de toda clase y naturaleza». Pero, frente a lo que afirma el registrador, no puede entenderse que la operación de «colación» que realiza la contadora-partidora contradiga lo ordenado por la testadora sobre el carácter no colacionable de las donaciones referidas; y ello porque, como manifiesta expresamente la contadora-partidora, esa operación denominada con cierta impropiedad como «colación» no es sino la mera computación de tales donaciones a los únicos efectos de la fijación de las legítimas, conforme a lo establecido en el artículo 818 del Código Civil, y no debe confundirse con la colación a que se refieren los artículos 1035 y siguientes del mismo Código que es, precisamente, la que es objeto de dispensa por la testadora.

Resolución de 31-3-2022

BOE 19-4-2022

Registro de la Propiedad de Gérgal.

#### OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: ACREDITACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD POR CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Para usar la certificación catastral como medio de acreditación de la antigüedad de la edificación es preciso que la parcela catastral resulte coincidente con la finca en los términos previstos en el artículo 45 TRLC.

Para resolver el presente recurso hay que traer a colación la doctrina de la resolución de 10 de marzo de 2012, reiterada en la de 22 de diciembre de 2021, en el sentido de entender que 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. Y cuando hay un cambio en la naturaleza y datos descriptivos de una finca inscrita, no pueden acreditarse tales extremos mediante la simple aportación de una certificación catastral referida a una parcela que en nada se asemeja a la finca inscrita, sin perjuicio de que pueda acceder la edificación al Registro si se acredita por otros medios su antigüedad en los términos previstos en los artículos 28.4 de la Ley de Suelo y 52 del Real Decreto 1093/1997, y siempre que resulte justificado que las coordenadas de la edificación se encuentran ubicadas en la finca registral, como exige el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 4-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para rectificar la superficie de una finca resultante de una reparcelación es necesario rectificar el título original, a menos que el registrador no albergue dudas de la identidad de la finca.

La registraci3n de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificaci3n de un err3neo dato registral referido a la descripci3n de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificaci3n no se altera la realidad f3sica exterior que se acota con la descripci3n registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente es la que debi3 reflejarse en su d3a por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

Como ha declarado la resoluci3n de este Centro Directivo de 19 de diciembre de 2019, para rectificar la descripci3n de una finca resultante de un expediente administrativo de reorganizaci3n de la propiedad se exige la rectificaci3n del t3tulo original o la previa tramitaci3n del expediente administrativo correspondiente. Ahora bien, dice la Direcci3n General que debe admitirse la rectificaci3n, sin cumplir tales exigencias, cuando no exista duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificaci3n catastral aportada para acreditar tal rectificaci3n. Pero, en el presente caso, la inscripci3n de la representaci3n gr3fica ahora pretendida significar3a inscribir una reordenaci3n del territorio distinta de la que fij3 la reparcelaci3n.

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 representaci3n gr3fica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gr3fica inscrita o con el dominio p3blico, a la posible invasi3n de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificaci3n 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 seg3n 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 gen3ricas o remitirse a la mera oposici3n no documentada de un colindante. En el presente caso la calificaci3n contiene la fundamentaci3n necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposici3n del colindante que se acompa1a de documentaci3n t3cnica que acredita la nueva ordenaci3n de las fincas resultantes de reparcelaci3n.

Resoluci3n de 4-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Luarca.

#### PROCEDIMIENTO ART3CULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas alegadas por el registrador para denegar la inscripci3n de la base gr3fica han de estar suficientemente fundadas.

La registraci3n de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificaci3n de un err3neo dato registral referido a la descripci3n de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificaci3n no se altera la realidad f3sica exterior que se acota con la descripci3n registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente es la que debi3 reflejarse en su d3a por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. 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 representaci3n gr3fica de la finca coincida en todo o parte con otra base gr3fica 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 georreferenciación de la finca es circunstancia necesaria de la inscripción, al producirse una reordenación del terreno de dos fincas registrales, mediante la segregación de una parte de una y su posterior agrupación a otra, conforme al artículo 9.a), primer párrafo, de la Ley Hipotecaria. En la tramitación del expediente, la oposición del colindante no pone de manifiesto de forma evidente un conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. Además el registrador ha de calificar acudiendo a su herramienta de calificación registral gráfica, homologada por la resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016 y ha de fundar sus dudas, no solo en la oposición del colindante, sino también atendiendo al contenido del Registro y de lo que resulte de esta herramienta de calificación registral, superponiendo los archivos GML aportados con lo que resulte de la capa auxiliar de georreferenciaciones identificadas por el registrador, que resulten del contenido del Registro.

Resolución de 5-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de La Seu d'Urgell

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas alegadas por el registrador para denegar la inscripción de la base gráfica han de estar suficientemente fundadas.

Como ha declarado la resolución de este Centro Directivo de 19 de enero de 2022, la finalidad del expediente del artículo 199 no es resolver una controversia, por lo que no hay trámite de prueba y la documentación aportada por quien se opone a la inscripción solo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia; la cual, caso de haberla, solo puede resolverse judicialmente, como indica la registradora en su nota de calificación.

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 registrados. 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 la tramitación del expediente, la oposición del colindante revela de forma evidente un conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. En el presente caso, la oposición del colindante no parece estar basada en el único intento de paralizar el expediente, por lo que ha de ser valorada por la registradora que ha de fundamentar y justificar las dudas en la identidad de la finca que determinen la denegación de la inscripción de la georreferenciación.

Resolución de 5-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Canjajar.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD DESPUÉS DE LA STS DE 4 DE MAYO DE 2021.

Se reitera la doctrina ya expresada en resoluciones anteriores sobre el funcionamiento de la caducidad de las anotaciones de embargo tras la STS de 4 de mayo de 2021.

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.<sup>a</sup> 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.

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, 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 esta materia, 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, 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 supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, 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 de la prórroga desde la fecha de la anotación letra B, como si la contamos desde la fecha de expedición de la certificación de dominio y cargas.

Resolución de 5-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4.

#### PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Partiendo de la base de que el principio de legitimación solo ampara los datos de superficie en los casos del artículo 10 de la LH, no cabe cancelar una inscripción de rectificación de superficie en cuanto afecte al titular de una hipoteca que no ha sido parte en el procedimiento judicial.

En cuanto al primer defecto, la necesidad de que consten las circunstancias personales de la demandante deriva además de la propia redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria al señalar entre los datos que deben constar en el asiento que se practique en virtud del título presentado el de la persona natural a cuyo favor se haga la inscripción. El artículo 51.9.a del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del citado precepto legal, señala las circunstancias que deben reflejarse en la inscripción.

Respecto del segundo defecto, es doctrina de este Centro Directivo que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él, ni han intervenido de ninguna manera, ya que lo contrario supondría extender sus consecuencias a quien no ha sido parte violando el principio de tutela judicial efectiva y en definitiva el artículo 24 de la Constitución. Para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores, cuando no estuviera vigente la anotación preventivamente de la demanda o esta no se hubiera extendido, es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento. En el caso de que el procedimiento se haya entendido exclusivamente contra el adquirente cuya titularidad se anula, la sentencia solo producirá efectos contra este de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento (art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); pero no respecto del titular registral del derecho real de que se trate (en este caso hipoteca).

El principio de legitimación no se extiende a los datos de hecho, y especialmente al referente a la superficie de la finca, salvo que la georreferenciación de la misma se haya inscrito en los términos que resultan de los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria. Que en el supuesto que motiva el presente expediente, la registración del exceso de cabida se verificó en el año 2003, sin que, evidentemente, se hubiera tramitado el expediente previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria según redacción dada por Ley 13/2015, de 24 de junio. Desde la perspectiva estrictamente registral, aun y cuando el exceso de cabida y la superficie registrada no gocen del principio de legitimación registral, sin embargo,

la superficie es un elemento de especial importancia descriptiva, hasta el punto que la Ley Hipotecaria regula procedimientos especiales para su rectificación, de tal modo que el titular registral de la hipoteca no puede verse afectado por una resolución judicial sin haber sido parte en el proceso, por lo que no puede procederse a la cancelación del asiento solicitado.

Resolución de 5-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2.

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA BASE GRÁFICA.**

Tras recordar cuales son los efectos que produce la inscripción de una base gráfica, se confirma la denegación de la presentación de una instancia privada que solicita la cancelación de una inscripción gráfica.

El recurso gubernativo no tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, como podría ser la formulación de quejas sobre las supuestas deficiencias alegadas por el recurrente acerca del modo de efectuar notificaciones en procedimientos registrales ya concluidos y que culminaron en asientos registrales ya practicados.

El artículo 420 del Reglamento Hipotecario señala que los registradores no extenderán asiento de presentación de «documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral», ni de «documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». En el presente caso, el documento presentado es una mera instancia privada en la que se solicita la rectificación de una inscripción de georreferenciación ya practicada en una finca ajena.

En efecto, nos encontramos ante una finca registral que tiene formalmente inscrita una determinada georreferenciación, que, dando cumplimiento al principio de especialidad registral sobre la necesaria claridad en la determinación de sujeto, objeto y contenido del derecho inscrito, es la que determina con precisión la ubicación, delimitación y superficie del objeto del derecho de propiedad y demás derechos inscribibles sobre dicha finca, previa calificación del registrador, como se prevé en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

En el caso que nos ocupa, un interesado que no es titular registral de la finca en cuestión, por lo que no cumple con las exigencias del principio de legitimación ni el de tracto sucesivo registral, pretende que un asiento registral de georreferenciación de una finca ajena, que como ya se ha dicho está bajo la salvaguardia de los tribunales y se presume exacto y válido a todos los efectos legales, sea rectificado sin contar con el consentimiento del titular registral ni aportar sentencia firme recaída en procedimiento entablado contra dicho titular registral, y todo ello en abierta contradicción con los principios y preceptos esenciales del derecho registral que han quedado reseñados. En suma, es evidente que la instancia privada solicitando la cancelación o rectificación de una inscripción ya practicada en finca ajena es un documento que «por su naturaleza, contenido o finalidad no puede provocar operación registral alguna», por lo que el recurso contra la denegación de la práctica de su asiento de presentación ha de ser desestimado.

El registrador objeta que consultada la aplicación gráfica registral «(...) la representación gráfica que se pretende inscribir invade tanto el dominio público —pues se superpone con un camino colindante a la propia finca— como la representación gráfica de la finca 54991, previamente inscrita». Y por ello, dice, «resulta de manera palmaria y evidente la improcedencia» de la iniciación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Respecto de la primera objeción relativa a la posible invasión de dominio público, la nota de calificación no expresa ni detalla si esa supuesta invasión de un camino colindante resulta del contraste, en la aplicación gráfica registral homologada regulada en el artículo 9, entre la georreferenciación pretendida y la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado de tal dominio público, o si simplemente resulta de una apreciación visual al contrastarla con la capa de la ortofotografía. A falta de tal especificación, resulta más que probable que nos encontremos en la segunda hipótesis, por lo que no resultaría improcedente, sino plenamente procedente, iniciar la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En cambio, la segunda objeción, relativa a la invasión de una georreferenciación ya inscrita, sí ha de ser confirmada. Como se ha dicho más arriba, 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». Y así lo confirma el artículo 199 ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». Debe recordarse que el registrador practica o deniega inscripciones de georreferenciación de fincas registrales, pero no tiene competencias atribuidas para practicar o denegar alteraciones de inmuebles catastrales en la cartografía catastral, las cuales competen exclusivamente a las autoridades catastrales en base a los datos, documentos e información de que dispongan o se les aporten.

Resolución de 6-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 13.

#### DERECHO FORAL VASCO: DATOS SOBRE EL CÓNYUGE Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LAS ADQUISICIONES *MORTIS CAUSA*.

Siguiendo la línea de la resolución de 2 de febrero de 2022, se recuerda la necesidad de expresar los datos del cónyuge y del régimen económico matrimonial en las adquisiciones *mortis causa* en el País Vasco.

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, pues, tras la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Debe tenerse en cuenta la

diversidad de regímenes económico-matrimoniales legales supletorios existentes en el País Vasco, además de los problemas de derecho transitorio, como consecuencia de la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Ante esta complejidad se explica que el artículo 11 determine que en los instrumentos públicos que se otorguen en la comunidad autónoma del País Vasco se haga constar la vecindad civil vasca y la vecindad civil local del otorgante y, cuando pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o sus efectos, también el régimen de bienes que rija su matrimonio o pareja de hecho.

En el presente supuesto, en el que la escritura de herencia se otorgó en Bilbao y la heredera manifiesta que tiene vecindad civil vasca, local de Getxo, y que está casada en régimen de separación de bienes, 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.

Resolución de 6-4-2022

BOE 25-4-2022

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3.

#### **DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO LEGAL: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL.**

Se recuerda la doctrina según la cual debe excluirse la aplicación de los derechos de adquisición preferente de carácter legal, salvo expresa referencia en la Ley, los supuestos traslativos del dominio que no permitan subrogarse por pago del importe del precio en la posición del comprador.

Según nota al margen de la inscripción 1.<sup>a</sup> de determinada finca, esta se encuentra incluida en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco como bien cultural con la categoría de monumento, al amparo de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco, según Orden del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco de 2 de febrero de 1995.

Como ya dijera la resolución de este Centro Directivo de 10 de septiembre de 2021, la disolución y liquidación de una sociedad mercantil se rige por su normativa específica, y su causa económico-jurídica (la restitución del activo social a los socios, una vez pagados a los acreedores) no puede equipararse a la de la adquisición por precio o contraprestación o cualquier otro título oneroso, como es la compraventa. Este criterio ya ha sido sostenido en resoluciones anteriores (véase resolución de 10 de diciembre de 2007) excluyendo del ámbito de los derechos de adquisición preferente de carácter legal, salvo expresa referencia en la Ley, los supuestos traslativos del dominio que no permitan subrogarse por pago del importe del precio en la posición del comprador.

Finalmente debe recordarse a este respecto, que es ya doctrina de este Centro Directivo (véase resolución de 5 de septiembre de 1991) el criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad, de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto

de carácter legal, por lo que no caben interpretaciones extensivas forzadas de la norma.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 16-2-2022.

*BOE* 4-3-2022

Registro Mercantil de A Coruña, número 1.

**LOS RECURSOS NO PUEDEN RECAER SOBRE DOCUMENTOS NO CALIFICADOS POR EL REGISTRADOR. EL RECURSO NO ES LA VÍA PARA SUBSANAR LOS DEFECTOS APRECIADOS EN LA CALIFICACIÓN.**

**SE CONFIRMA**

Según reiterada doctrina de la Dirección General, en la tramitación del expediente del recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador; como ocurre en este caso en el que no se aportó por el representante de dicho depósito la certificación de junta.

El recurso no es la vía adecuada para subsanar los defectos apreciados por el registrador; sin perjuicio de que, aportado el documento junto con el resto de documentación exigible, previa calificación de su totalidad, se practique el depósito solicitado.

Resolución de 15-2-2022,

Resolución de 16-2-2022

Resolución de 17-2-2022.

*BOE* 4-3-2022

Registro Mercantil de Arrecife.

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: ENTRADA TELEMÁTICA FUERA DE LAS HORAS DE OFICINA. DEPÓSITO DE CUENTAS: HOJA COVID 19.**

**SE CONFIRMA**

Presentado el depósito de cuentas el día 26 de julio de 2021 fuera de las horas de oficina, el asiento de presentación en el Libro Diario se debe llevar a cabo al día siguiente, 27 de julio de 2021 (art. 23.1.c RRM).

El 27 de julio de 2021 entra en vigor la Orden *JUS* 2021, 794, de 22 de julio, por lo que el depósito de cuentas debe ser presentado con los modelos que exige la misma, consecuencia de lo anterior, la hoja COVID-19 es de obligada cumplimentación.

Resolución de 21-2-2022  
BOE 14-3-2022  
Registro Mercantil de A Coruña, número 1

DEPÓSITO DE CUENTAS: COMPROBACIÓN POR EL REGISTRADOR DE LA CIFRA DEL CAPITAL SOCIAL. OBJETO DEL RECURSO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL: DETERMINAR SI LA CALIFICACIÓN ES AJUSTADA A DERECHO O NO.

SE CONFIRMA

Según reiterada doctrina de la Dirección General, no puede procederse al depósito de unas cuentas anuales que arrojen un capital social distinto al que consta registrado en el registro amparado por el principio de legitimación, sin previa inscripción de escritura de ampliación o reducción de capital.

Por otro lado, el objeto del recurso ante la Dirección General es determinar, exclusivamente, si la calificación del registrador es ajustada a derecho o no.

Resolución de 28-2-2022.  
BOE 14-3-2022  
Registro Mercantil de Arrecife.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: ENTRADA TELEMÁTICA FUERA DE LAS HORAS DE OFICINA. DEPÓSITO DE CUENTAS: HOJA COVID 19.

SE CONFIRMA

Idéntica a las resoluciones del día 15 y 16 de febrero de 2022 publicada en el BOE de 4 de marzo de 2022.

Presentado el depósito de cuentas el día 26 de julio de 2021 fuera de las horas de oficina, el asiento de presentación en el Libro Diario se debe de llevar a cabo al día siguiente, 27 de julio de 2021 (art. 23.1.c RRM).

El 27 de julio de 2021 entra en vigor la Orden *JUS* 2021, 794, de 22 de julio, por lo que el depósito de cuentas debe ser presentado con los modelos que exige la misma, consecuencia de lo anterior, la hoja COVID-19 es de obligada cumplimentación.

Resolución de 7-3-2022.  
BOE 25-3-2022  
Registro Mercantil de Madrid, número 12.

CONVOCATORIA A JUNTA: FORMA DE CONVOCATORIA PREESTABLECIDA EN LOS ESTATUTOS. NOTIFICACIÓN A LOS SOCIOS DE LA CONVOCATORIA A JUNTA.

SE CONFIRMA

Confirma la Dirección General que existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios —en el caso

que nos ocupa, “con acuse con recibo”— dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema.

Únicamente el operador postal universal —Sociedad Estatal Correos y Telégrafos— goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones.

Resolución de 9-3-2022.

BOE 28-3-2022

Registro Mercantil de Granada, número 2.

#### ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDO SOCIAL: LEGITIMACIÓN DE FIRMAS.

##### SE CONFIRMA

Confirma la Dirección General, con el mismo criterio que indicó en la resolución de 11 de marzo de 2005, por considerar que para la inscripción en los registros mercantiles de los acuerdos sociales se exigen cautelas que brinden las garantías de la exigencia y contenido de esos acuerdos, y que afectan a tres aspectos: el órgano social competente para formar la voluntad social; la persona o personas legitimadas para exteriorizar esa voluntad, para acreditar su existencia y contenido; y la llamada, en su caso, a formalizar en escritura pública.

La Dirección General, a pesar de que el artículo 107 RRM no exige expresamente la legitimación de las firmas de quienes lo expidan o autoricen, considera que dicha legitimación de firmas es una exigencia inexcusable.

Resolución de 28-3-2022.

BOE 19-4-2022

Registro Mercantil de Vizcaya, número 3.

#### ELEVACIÓN DE ACUERDOS: SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL PARA NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS. DERECHO DE SEPARACIÓN DE SOCIOS

##### SE REVOCA

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que es coincidente con la Dirección General, las cláusulas que regulan la representación proporcional para el nombramiento de consejeros son válidas en las sociedades de responsabilidad limitada porque el hecho de que la ley no las regule no significa que estén prohibidas, por ello los socios podrán establecer este tipo de régimen con base en su libre autonomía de la voluntad.

Admitido el carácter inscribible del pacto estatutario sobre sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros debe decaer el defecto invocado sobre el pacto estatutario que establece como causa de separación del socio tanto la supresión por acuerdo de la junta general de ese sistema de representación proporcional, como el acuerdo de la junta general por el que se apruebe la supresión del consejo de administración como órgano de administración de la sociedad.



**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La importancia de las *circunstancias sobrevénidas* en el desequilibrio económico como causa de la extinción de la pensión compensatoria

## *The importance of the successful circumstances in the economic imbalance as a cause of the extinction of the compensatory pension*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE \*  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN:* La finalidad de la pensión compensatoria es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio, por ello se hace necesario tener en cuenta las *circunstancias sobrevénidas* tras la ruptura que reequilibran su situación. Las *circunstancias sobrevénidas* que supongan el paso de una situación de desequilibrio a un aumento del nivel económico en el cónyuge desfavorecido, posibilitan la necesaria extinción de la pensión, por su propio fundamento, aunque no esté explícitamente señalado en el Código Civil. El hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevénida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y, como tal,

---

\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

determinante de su modificación o extinción. No obstante, puede que no extinga la pensión compensatoria, pero puede reducirla.

*ABSTRACT: The purpose of the compensatory pension is to place the spouse harmed by the breakdown of the marriage bond in a situation of potential equality of opportunities to which he would have had if the marriage had not mediated, for this reason it is necessary to take into account the circumstances that occurred after the marriage. Rupture that rebalance their situation. The supervening circumstances that suppose the passage of a situation of imbalance to an increase of the economic level in the disadvantaged spouse, make possible the necessary extinction of the pension, by its own foundation, although it is not explicitly indicated in the Civil Code. The fact of receiving an inheritance is a circumstance that, in principle, is not foreseeable, but unexpected, capable of favorably influencing the economic situation of the beneficiary or creditor of the pension, and, as such, determining its modification or extinction. However, it may not extinguish the compensatory pension, but it can reduce it.*

**PALABRAS CLAVE:** Pensión compensatoria. Desequilibrio económico. Extinción. Circunstancias sobrevenidas.

*KEY WORDS: Compensatory pension. Economic imbalance. Extinction. Succeding circumstances.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO COMO FACTOR CLAVE EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—II. CONCEPTO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: LA DEDICACIÓN A LA FAMILIA: 1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ANTERIOR AL MATRIMONIO. 2. LA DEDICACIÓN A LA FAMILIA. 3. LA REINSERCIÓN LABORAL Y LA SUPERACIÓN DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO. 4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA RENUNCIA PREVIA DE LA PENSIÓN.—III. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 1. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN. 2. LA IMPORTANCIA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 3. LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* PREVIA AL MATRIMONIO A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN.—IV. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN: 1. LA PERCEPCIÓN DE UNA HERENCIA COMO CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA QUE EXTINGUE LA PENSIÓN. 2. CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA: MUERTE DEL EXCONYUGE OBLIGADO. SUPUESTO ESPECIAL. 3. CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA: NUEVO EMPEORAMIENTO DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DEUDOR.—V. LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CATALUÑA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.

## I. INTRODUCCIÓN. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO COMO FACTOR CLAVE EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El tema que hoy abordamos es un claro ejemplo de la importancia de la jurisprudencia en su labor de complemento del ordenamiento jurídico con su doctrina. Trabajo que, realiza de modo reiterado, el Tribunal Supremo al interpretar

y aplicar la ley —el artículo 97 del Código Civil—, la costumbre y los principios generales del derecho, pues es deber inexcusable de jueces y tribunales resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.6.º y 7.º CC). No obstante, en el caso en que nos encontramos, esta labor interpretativa se realiza conforme con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las leyes, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3 CC).

Pues bien, desde el año 2005 hasta la actualidad, han pasado 17 años en los que la jurisprudencia ha evolucionado, pasándose de un criterio objetivo como se interpretó, en los primeros años tras la reforma del artículo 97 del Código Civil, donde se resolvía que procedía la compensación si había desequilibrio económico entre los dos cónyuges al tiempo de la ruptura, al más actual, criterio subjetivo, a partir de la STS 19 de enero de 2010, en virtud del cual las premisas del artículo 97 del Código Civil se van a valorar no solo para determinar si hay derecho o no a esta pensión compensatoria, sino también para fijar su cuantía y duración<sup>1</sup>.

Así pues, desde la reforma de la Ley 15/2005, el artículo 97 del Código Civil, señala que «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un *desequilibrio económico* en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación». Se trata de un derecho de crédito personalísimo e intransmisible lo que implica que no podrá cederse a un tercero el derecho a cobrar pensiones futuras, y que no pueda reclamarse por los acreedores del cónyuge acreedor, por medio de la acción subrogatoria.

Su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio.

Solo tendrá lugar la pensión cuando concurra el efectivo desequilibrio económico en uno de los cónyuges que se produce con la ruptura, que implica su empeoramiento económico, una alteración sustancial<sup>2</sup>, en relación con la situación existente constante matrimonio, lo que significa que el desequilibrio trae causa de la ruptura matrimonial.

Y es, tras la ruptura, cuando la autonomía de la voluntad de las partes entra en juego, de modo que pueden concretar los pactos que consideren oportunos<sup>3</sup>, pues dicha autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del Código Civil: la ley, la moral y el orden público<sup>4</sup>. El pacto establecido por las partes realmente tiene carácter vinculante, y así lo ha concretado la jurisprudencia.

La figura del juez es clave para determinar que se cumpla el objetivo de la pensión compensatoria, que es *evitar que el peso de la ruptura caiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges*. Y ello porque no corresponde la pensión compensatoria ni cuando el divorcio perjudica económicamente a las dos partes, ni cuando ambas partes tienen bienes o ingresos propios que les permiten mantener un nivel económico similar al que tenían durante la convivencia, después de la separación.

El artículo 101 del Código Civil concreta que desaparecerá la pensión cuando se produzca el cese de la causa que lo motivó, es decir desaparece el desequilibrio económico de la parte acreedora de la pensión o porque esta contrae un nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona.

Cabe preguntarse si las causas de extinción de la pensión son tasadas. Entiendo que no. ¿Porqué? Porque se centran en la desaparición del desequilibrio económico... De modo que cesa la causa que motivó el desequilibrio en el momento en que el acreedor recupera su estatus económico.

Las partes pueden pactar todo lo relativo a la cuantía para que el cónyuge desfavorecido se sobreponga al desequilibrio y también la modalidad de compensación, por ejemplo, puede consistir en una *pensión por tiempo indefinido*, lo que no significa que sea vitalicia, pues se extinguirá en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101; o, cabe pactar *ab initio* una pensión temporal; o, puede concretarse en una prestación única.

En este último caso, si consiste en una prestación única, la pensión se abonará al cónyuge que corresponda en los términos que se fijen en el convenio regulador o en la sentencia. En el caso de pactarse como una pensión temporal o indefinida, también habrá que estar a lo que disponga el convenio regulador o la sentencia, pero lo habitual es que sea una entrega periódica de dinero, normalmente mensual. Salvo que el convenio o el juez dispongan otra cosa, el pago se realizará por plazos anticipados (aplicación analógica del art. 148.11 CC). En este caso, cabe fijarse por las partes o por el juez los criterios conforme a los cuales se podrá actualizar la pensión. La pensión compensatoria *es una deuda de valor*, y con ello se pretende garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo. Lo habitual es que se acuerde que la pensión se actualizará conforme al índice anual de precios al consumo. También podrán fijarse (a solicitud de parte) las garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación.

## II. CONCEPTO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: LA DEDICACIÓN A LA FAMILIA

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de enero de 2010, definió la expresión desequilibrio económico, criterio seguido por la jurisprudencia posterior<sup>5</sup>.

No obstante, no fue hasta la STS de 20 de febrero de 2014, donde se estableció, que «en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que *debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio*, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial»<sup>6</sup>. Criterio posteriormente recogido en la STS de 5 de octubre de 2016<sup>7</sup>, al indicar que «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, *la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio*».

La cuestión estriba en concretar en qué consiste el desequilibrio económico realmente, pues la jurisprudencia no es totalmente uniforme en la hipótesis de que los dos cónyuges tengan independencia económica al tiempo de la ruptura generalmente por razón de ingresos laborales pues a veces, se concede la pensión, incluso indefinida, si la disparidad de ingresos es muy abultada, aunque no se haya acreditado que se deba a la dedicación a la familia del perjudicado y en otros casos se descarta la pensión aunque haya diferencias entre los ingresos de cada uno, si tras el matrimonio han continuado trabajando y siguen trabajando al tiempo de la ruptura con arreglo a sus respectivas cualificaciones.

### 1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ANTERIOR AL MATRIMONIO

La pensión compensatoria, sostiene, «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración *lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial [...] e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación*» (STS de 5 de octubre de 2016 ya analizada).

### 2. LA DEDICACIÓN A LA FAMILIA

Hasta hace algunos años, el propio Tribunal Supremo señalaba que la causa del desequilibrio debía ser la *dedicación de la familia durante el matrimonio*. En 2005, momento de la reforma legislativa, se pensaba en el supuesto típico en el que la exesposa, generalmente, durante el matrimonio había estado dedicada y vinculada al hogar familiar, al cuidado de los hijos... y el legislador pensó en reparar su situación otorgando un mecanismo legal por el que su esfuerzo durante años se viera recompensado, de manera que pudiera continuar viviendo, en la mayoría de los casos sin esa dedicación, superando la desigualdad económica en la que quedaba<sup>8</sup>.

Otro factor a tener en cuenta en el desequilibrio es la *edad de los excónyuges, y la dedicación a la familia*, como ocurre en el supuesto de hecho de la STS de 25 de septiembre de 2019<sup>9</sup>, donde se concreta que, basta para conceder pensión indefinida con que se haya trabajado solo «para la familia» menos de una tercera parte de la duración del matrimonio, sin consideración a si la cualificación profesional conseguida u omitida después es imputable a la dedicación a la familia o a la actitud del acreedor<sup>10</sup>.

### 3. LA REINSERCIÓN LABORAL Y LA SUPERACIÓN DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Posteriormente, en la década siguiente, se percibió la posibilidad de que, aunque la dedicación a la familia durante el matrimonio produjera un desequilibrio económico, la parte desfavorecida podía trabajar, pese a que en la mayoría de los casos entrar en el mercado laboral podía ser difícil<sup>11</sup>. Es más, la jurisprudencia afina cada vez, teniendo en cuenta la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial<sup>12</sup>.

Se considera que, si la persona acreedora de la percepción compensatoria reingresa en el mercado laboral, en principio, desaparece el desequilibrio económico. Sin embargo, no siempre puede ser así, pues en el caso resuelto por la SAP de Badajoz el 8 de noviembre de 2016<sup>13</sup> se puntualizó y comparó la reinsertión progresiva en el mercado laboral y la superación real del desequilibrio económico. La beneficiaria de la pensión únicamente daba clases particulares de inglés, y se dedicaba puntualmente a la limpieza doméstica, tareas todas propias de economía sumergida. Por lo que se entendió por el Tribunal que no podía considerarse como una verdadera reinsertión en el mercado laboral. A lo que debe añadirse factores como la edad y la preparación que podían dar lugar a una introducción progresiva en el mercado laboral, por lo que estableció una pensión compensatoria con un límite temporal de dos años<sup>14</sup>.

La jurisprudencia también establece que no procede la pensión compensatoria amparándose en las *expectativas laborales frustradas por causa del matrimonio*.

En el caso de la STS de 13 de septiembre de 2017, la esposa, ex jefa del gabinete de la Ministra de Economía y Hacienda, había quedado con una incapacidad del 91% a causa de un ictus sufrido con ocasión del nacimiento de su tercer hijo; el marido pide el divorcio dos años después; ella queda con una pensión de 2554€, mas 1277€ de otra pensión por dependencia; la sentencia le adjudica a ella el uso de la vivienda familiar y queda descargada de obligación de pagar alimentos pese a que se adjudica al padre la custodia de los tres hijos. El tutor de la persona con discapacidad (su padre) pedía 2000€ indefinidos de compensatoria, que le fueron denegados<sup>15</sup>.

Otro problema surge cuando aun existiendo el desequilibrio económico y su imposibilidad de superarse, se produce de manera sobrevenida el cese de los ingresos por parte del obligado al pago, que es lo que sucede en la STS de 19 de enero de 2017, la cual se pronunció sobre la temporalidad de una pensión compensatoria. La acreedora de la pensión durante los 36 años de matrimonio se dedicó al cuidado de la familia y apenas contaba con un mes de experiencia laboral, hechos que predecían no solo la imposibilidad de superar el desequilibrio económico que justificó el establecimiento de la pensión, sino lo que para nuestro estudio es más importante y es el hecho de que esta decisión judicial del Supremo declara sin valor ni efecto la sentencia anterior que indica que no cabía imponerse un límite temporal a la pensión compensatoria porque no existía posibilidad de superar el desequilibrio y basándose en circunstancias que no se habían producido aún, como es el cese de los ingresos por parte del obligado al pago<sup>16</sup>.

#### 4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA RENUNCIA PREVIA DE LA PENSIÓN

También se puede *renunciar* con carácter previo a la pensión compensatoria y ello porque no contraviene la libertad, la igualdad ni la dignidad de los cónyuges, y no ser dicho pacto entre los excónyuges, contrario al orden público tal y como puso de manifiesto la STS de 30 de mayo de 2018<sup>17</sup>. Caso de matrimonio de abogado español de 59 años con mujer rusa, conocida por internet, 21 años más joven que él, con una hija de otra relación; formalizan mediante acta notarial seis meses antes del matrimonio por el que renuncian de modo bilateral a pedirse prestación compensatoria y acuerdan que el uso de la vivienda —privativa del marido— lo conservaría el dueño en todo caso, salvo que hubiera hijos comunes, en cuyo caso el marido les sufragaría el alquiler de otra vivienda. Se divorcian a los 8 años de matrimonio y ella pide pensión indefinida de 500 €. El Tribunal Supremo no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 CC).

#### 5. HACIA LA TESIS EXPANSIVA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA, DESDE SU OBJETIVACIÓN

Nos encontramos con una doctrina del Tribunal Supremo que tiende hacia una *corriente expansiva* de la pensión compensatoria, y entre ellas podemos concretar la de la sentencia de 17 de julio de 2009, la cual concreta que la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, *puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares»*<sup>18</sup>. Sin olvidar la afirmación de la STS de 16 de noviembre de 2012 basada en que el desequilibrio es compatible con que la perceptora tenga trabajo<sup>19</sup>.

Por su parte, la STS de 16 de julio de 2013 tiene en cuenta la situación de desequilibrio económico, pese a que ambos cónyuges tienen su cualificación profesional y trabajan, existente antes y después del matrimonio y «atiende a otros factores como la dedicación de la esposa a la familia y, en particular, el cuidado del hijo menor que, sin duda, va a condicionar su vida personal y profesional durante un tiempo al dejar de convivir en pareja con lo que ello comporta respecto de una mayor dedicación al hijo»<sup>20</sup>.

Corriente de expansión que llega hasta nuestros días, como puede verse en la STS de 29 de junio de 2020<sup>21</sup>, donde la pensión compensatoria se cruza con la relación laboral que ambos esposos mantienen en una empresa común en la que la esposa había sido administradora hasta un año antes del divorcio, si bien en ese momento se encontraba de baja laboral; la instancia le niega toda pensión compensatoria pero en apelación se le reconoce en cuantía de 700€ para el supuesto de que el esposo le impidiera seguir trabajando en la empresa que controlaba. Se da con esta sentencia un paso más, pues se subordina la relación personal a los conflictos laborales.

Curioso es el supuesto de hecho y la resolución de la STS de 15 de octubre de 2018 que afirma la existencia del desequilibrio, pese a tratarse de un matrimonio de dos años de duración, pues a consecuencia del matrimonio que ahora se divorcia, la esposa perdió una pensión compensatoria de 200€ a cargo de su primer marido. El Tribunal Supremo establece una pensión compensatoria indefinida por importe de 100€ a cargo del segundo marido, de 69 años al tiempo del divorcio<sup>22</sup>.

#### 6. CONVIVENCIA ENTRE LA TESIS EXPANSIVA Y LA RESTRICTIVA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

No obstante, esta línea jurisprudencial expansiva convive con la corriente restrictiva, y lo vamos a confirmar en las siguientes sentencias.

La STS de 23 de enero de 2012<sup>23</sup>, declara extinguida la pensión compensatoria acordada en el convenio de separación por importe de 3005 € mensuales a cargo del marido, cirujano cardiovascular que había sufrido un infarto tras la separación, a favor de su esposa, enfermera con plaza en propiedad y que había pedido excedencia 10 años antes de la separación sin reincorporarse a su puesto de trabajo con posterioridad. «El tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades».

En la STS de 17 de mayo de 2013, señala que la sentencia de apelación no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina, con estas palabras «resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 del Código Civil y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio»<sup>24</sup>.

También revoca la alzada, la STS de 19 de febrero de 2014 que había fijado indefinida la pensión compensatoria y por un importe de 900€, señalando que «cuando el reconocimiento de la pensión en favor de la esposa se hace descansar

en la mera constatación de su situación de desigualdad económica, con respecto a su marido, en atención al dato de la obtención de ingresos que cada uno percibe por su trabajo profesional, aisladamente considerado, se vulneran los parámetros apuntados por la doctrina jurisprudencial contrarios a identificar el necesario desequilibrio económico con una disparidad no desequilibrante, ya por no resultar reputada como absolutamente dispar, o bien por no confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que va a tener que soportar a resultas de esta. Desde esta perspectiva, que los ingresos del marido representen el doble de los que obtiene su mujer no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante»<sup>25</sup>.

La STS de 20 de febrero de 2014, donde se recoge la conclusión que si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante<sup>26</sup>.

La STS de 18 de marzo de 2014 indica que concurre la independencia laboral de la esposa, aunque trabaje por cuenta ajena en empresas controladas por el marido. «La sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no solo no está previsto en el artículo 97 del Código Civil, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala... El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial». Realiza una afirmación a tener en cuenta, indicando que tras la ruptura se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables<sup>27</sup>.

La STS de 14 de febrero de 2019 indica que no procede la pensión cuando la demandante se ha enriquecido durante el matrimonio y cuenta con suficiente patrimonio; si bien es cierto que la pensión compensatoria no tiene carácter alimenticio, no requiere un estado de necesidad en el acreedor, y es compatible con que ambos tengan ingresos o patrimonio, la existencia de un desequilibrio no es suficiente si este se ha debido en parte, a la realización de actos de disposición por quien ahora la demanda (la esposa había donado a sus hijos la nuda propiedad de la vivienda familiar, reteniendo usufructo y facultad de disposición)<sup>28</sup>.

### III. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El artículo 101 del Código Civil enumera las causas de extinción de la pensión que solo operan cuando la compensación es una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una única prestación.

Según el citado precepto la pensión compensatoria se extingue por las siguientes causas:

- por el cese de la causa que lo motivó, (es decir, por el cese del desequilibrio económico),
- por el matrimonio del cónyuge acreedor, y desde la fecha de su celebración,
- y, por la convivencia marital del acreedor con un tercero.

Pero existen otras causas de extinción de la pensión compensatoria no enumeradas en el artículo 101 del Código Civil, como el fallecimiento del acreedor, la renuncia del derecho a la pensión, el acuerdo entre los cónyuges en el que declaran extinguida la pensión o la sustituyen en los términos previstos en el artículo 99 del Código Civil, y la prescripción de la acción para reclamar las pensiones devengadas.

#### 1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN

La STS de 21 de junio de 2018<sup>29</sup>, señala que procede el pago de pensión compensatoria y su extinción en el caso de una compensación anual acordada en convenio extrajudicial acordado meses antes de la ruptura a cargo de una sociedad de la que el marido era socio y administrador único.

#### 2. LA IMPORTANCIA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El Alto Tribunal, en sentencia de 25 de octubre de 2016, tiene muy en cuenta los pactos sobre las cuestiones económicas derivadas de la separación y divorcio, y la *doctrina de los actos propios* en relación con la extinción de la pensión compensatoria. Y, señala que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos («*nemo potest contra proprium actum venire*»), actúa como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil y acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico al imponer un deber de coherencia en el tráfico, precisando para su aplicación la observancia de un actuar, sea a través de hechos o de actos, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la posición actual exista una incompatibilidad o contradicción<sup>30</sup>.

Cuestión que debemos conectar también en relación con la importancia de los acuerdos de las partes como marco de la regulación de la pensión por encima del criterio de los tribunales, por ejemplo, en cuanto al carácter indefinido de la pensión pactada por las partes, como se resalta en la STS de 18 de mayo de 2016 que indicó que «la fijación temporal de la pensión no es un imperativo legal. El artículo 97 del Código Civil la contempla como posibilidad, conforme a la ley 15/2005, de 8 de julio y esta norma prevé unas circunstancias determinantes de la cuantía a falta de acuerdo de los cónyuges». En este caso, el Supremo concretó que al pactarse en el convenio regulador de la separación un acuerdo en el que la pensión compensatoria no tenía límite temporal alguno, y que no se habían producido alteraciones en sus patrimonios, no procedía que

ningún juez o tribunal estableciera esta temporalidad por lo que determinó su carácter indefinido<sup>31</sup>.

Aunque la jurisprudencia cada vez concreta con mayor asiduidad el establecimiento de la limitación temporal de la pensión compensatoria, en contra del criterio del carácter indefinido de la misma. Por otra parte, no es necesario que se establezca un límite temporal que sea el transcurso de un determinado número de años, sino que puede ser que la realización de un hecho concreto. Como en el caso resuelto por el Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 donde la jubilación del deudor de la pensión compensatoria extinguía esta obligación. El obligado a abonar la pensión compensatoria tenía ya 53 años, los que sumados al tiempo de duración de la pensión (ocho años) se acercaban a los de su edad de jubilación, fecha en la que ambos cónyuges pactaron en el convenio regulador de separación que dejaría de percibirse. La STS estimó que no procedía establecer la pensión como vitalicia<sup>32</sup>.

La SAP de Madrid, en sentencia del 29 de noviembre de 2016 determinó que no se puede limitar judicialmente la duración de esta pensión si los cónyuges no fijaron límite alguno cuando la pactaron<sup>33</sup>.

### 3. LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* PREVIA AL MATRIMONIO A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA DURACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN

A efectos de determinar no solo la procedencia de la pensión compensatoria, o su cuantía sino sobre todo su *carácter temporal o indefinido* además de su duración, la jurisprudencia considera que la convivencia *more uxorio* previa de la pareja también es un factor a tener en cuenta, como se indica en la STS de 16 de diciembre de 2015, en cuyo supuesto de hecho se concretaron 5 años de convivencia paramatrimonial, 1 año de matrimonio, 38 años de edad de la esposa al tiempo del divorcio y sin descendientes comunes. La esposa colaboró con actividades administrativas y de gestión, así como de promoción de la figura del matador a través de una empresa de publicidad «on line»<sup>34</sup>.

Doctrina seguida por la STS de 10 de noviembre de 2016. En este caso, el matrimonio había durado 16 años, más los 15 años de convivencia previa, indicándose que «en los supuestos de convivencia *more uxorio* seguida de matrimonio sin solución de continuidad, podrá tenerse en cuenta esa convivencia precedente para decidir sobre la pensión compensatoria». Años de convivencia en los que la beneficiaria no realizó ninguna actividad laboral dedicándose al cuidado de su familia, y teniéndose en cuenta otros factores como su edad, se declaró que la pensión compensatoria debía tener carácter indefinido<sup>35</sup>.

Se ha criticado en este caso la interpretación expansiva, analógica y *contra legem* de la consideración del tiempo de convivencia prematrimonial para calibrar la procedencia, cuantía y duración de la pensión, y que se haga aplicando por analogía las normas del matrimonio a la pareja de hecho, que había sido rechazado por el Tribunal Supremo en sus inicios tras la reforma de 2005, como se indicó en la STS de 12 de septiembre de 2005<sup>36</sup>.

Sin embargo, dicha doctrina se ha consolidado porque hay multiplicidad de sentencias que la continua, por ejemplo, en la STS de 7 de febrero de 2019<sup>37</sup> en este supuesto existe un matrimonio de 19 años de duración tras lo cual se produce el divorcio con firma de convenio regulador y la esposa abandona el domicilio durante 9 meses; posteriormente, reinicia la convivencia durante dos años, y se vuelven a casar conviviendo 6 años. El Tribunal Supremo entiende

que el matrimonio y la convivencia habían durado 29 años, como si hubieran sido ininterrumpidos, sin tener en cuenta el divorcio ni los años de convivencia intermedios y sin otorgar eficacia al convenio regulador del primer divorcio.

La doctrina de las Audiencias también sigue este criterio mayoritariamente y en todos los supuestos de hecho la duración del matrimonio es ínfima, y curiosamente es mayor el tiempo de convivencia como pareja de hecho. Así podemos citar la SAP de Granada, de 9 de abril de 2007, que concede pensión indefinida del 15% de la pensión de incapacidad del marido a la exesposa cuando el matrimonio había durado un año, pero venían de una convivencia de 10 años<sup>38</sup>, o, la SAP de Baleares de 18 de octubre de 2010, que otorga la pensión cuando el matrimonio duró solo tres años, pero convivían desde 1993<sup>39</sup>. En el mismo sentido, se mantiene la SAP Madrid, de 11 de mayo de 2017, que aunque denegó la pensión compensatoria de 2000€ durante tres años que pedía la demandada en un divorcio entre dos mujeres, en que la convivencia prematrimonial había durado dos años y el matrimonio «apenas un mes», se reconoce que hubiera podido proceder la compensación en consideración a la convivencia prematrimonial, pero basa su denegación en que «cada una de las partes está profesionalmente preparada para obtener, por sus propios medios, su desenvolvimiento económico»<sup>40</sup>.

No obstante, hay también pronunciamientos entre la jurisprudencia menor contrarias a considerar la convivencia *more uxorio* y sumarla al matrimonio para establecer o denegar la pensión compensatoria. Por ejemplo, la SAP de Valencia, de 11 de julio de 2000<sup>41</sup> que deniega la pensión teniendo en cuenta no solo las circunstancias económicas de ambos, sino también la efectiva posibilidad de acceder a un empleo por exesposa, y, sobre todo, la breve duración del matrimonio, que fue de tan solo cinco años y algunos meses, sin que para la cuantificación de tal pensión sea preciso atender el periodo de convivencia de hecho que precedió a la unión matrimonial. En el mismo sentido la SAP de Las Palmas de 4 de diciembre de 2007<sup>42</sup>, que insistió en que «la corta duración del matrimonio, no puede soslayarse por la demandada por el hecho de haber mantenido una convivencia *more uxorio* en período anterior al de haber contraído matrimonio pues dicha unión no justifica la concesión de una pensión compensatoria la cual solo puede derivarse de la institución del matrimonio pues es claro que si consciente y voluntariamente se ha decidido no someterse a la relación rigurosa y formal de la institución matrimonial, no se puede pretender que se apliquen determinadas medidas expresamente reguladas para cuando se produce la ruptura matrimonial».

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2012 sentó jurisprudencia acerca de qué se entiende por «vivir maritalmente» con una persona a efectos de la extinción de la pensión compensatoria. Según explica en su sentencia la expresión «vivir maritalmente» debe interpretarse en base a dos cánones: la finalidad de la norma y la realidad social del tiempo. Teniendo en cuenta la finalidad de la norma, la Sala entiende que con la inclusión de esta especificación en la ley se pretende evitar que se oculten con el fin de que no se extinga una pensión compensatoria, «auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio». Por otro lado, en base a la realidad social del tiempo la expresión «vida marital con otra persona» supone desde un punto de vista subjetivo «que los miembros de la nueva pareja asuman un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma»; y desde un punto de vista objetivo una convivencia estable, es decir los sujetos viven como cónyuges *more uxorio*. Con

lo cual, siempre que la persona acreedora de una pensión compensatoria se encuentre en una situación en la que se cumplan estos requisitos complementarios la pensión se extinguirá<sup>43</sup>.

#### IV. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN

El caso de la circunstancia sobrevenida podemos encuadrarla dentro de estas causas genéricas, no enumeradas en el artículo 101 del Código Civil. Pero ¿qué es una circunstancia sobrevenida? En principio podríamos decir que son aquellas que *ocurren sin ser previsibles*. No podían esperarse, en un principio, porque se han producido por causas no previstas inicialmente<sup>44</sup>.

##### 1. LA PERCEPCIÓN DE UNA HERENCIA COMO CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA QUE EXTINGUE LA PENSIÓN

El hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y, como tal, determinante de su modificación o extinción, y así, lo indicó la STS de 31 de enero de 2022<sup>45</sup>.

Previamente, la doctrina jurisprudencial había sido contradictoria, indicando que no se extingue la pensión compensatoria al recibir una herencia aunque, por otro lado, se afirma que puede acreditarse que contribuye a la superación del desequilibrio. Así, la STS de 17 de marzo de 2014 declara como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción<sup>46</sup>. Y, por otro lado, la STS de 16 de noviembre de 2016 analizó un supuesto en el que la acreedora beneficiaria de la pensión, continuaba teniendo derecho a la percepción de la pensión compensatoria con cargo a su exmarido porque *se consideró probado el desequilibrio económico de esta a pesar de haber recibido una herencia*<sup>47</sup>. Es más, con carácter previo a dictarse la sentencia de separación, en la que se establecía la pensión compensatoria indefinida, ya se tenía la expectativa de que la beneficiaria iba a recibir una herencia, la cual fue considerada por la Sala como insuficiente para superar dicho desequilibrio, por la edad de la beneficiaria —64 años—, que no tenía cualificación profesional y que estuvo dedicada al cuidado de la familia durante toda la duración del matrimonio. En el mismo sentido, la STS de 3 de febrero de 2017 afirma que no se extingue la pensión compensatoria pese a haber recibido herencia porque su avanzada edad le dificulta el acceso al mercado de trabajo<sup>48</sup>. O, la de 17 de octubre de 2018 porque la liquidación del patrimonio común también supone para el deudor una mejora patrimonial y no se acredita que los bienes recibidos generen suficientes ingresos que representen una alteración en la fortuna de la demandada<sup>49</sup>.

La jurisprudencia menor es contradictoria pues en nuestro estudio hemos encontrado que hay sentencias de las Audiencias a favor de extinguir, o de reducir, o incluso de temporalizar la pensión por percibir una herencia como en el caso de la SAP de Gerona, de 26 de octubre de 2010<sup>50</sup>, o, de la SAP de Barcelona de 13 de abril de 2011<sup>51</sup>.

Pero también nos hemos encontrado sentencias en las que se mantiene la pensión compensatoria independientemente de la recepción de la herencia, como en la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010<sup>52</sup>, o en la SAP de La Coruña de 15 de septiembre de 2010<sup>53</sup>.

## 2. CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA: MUERTE DEL EXCONYUGE OBLIGADO. SUPUESTO ESPECIAL

En el caso del fallecimiento del excónyuge obligado si los herederos se ven perjudicados puede modificarse la cuantía, pero la obligación de la pensión compensatoria no cesa, sino que queda a cargo de los herederos<sup>54</sup>. Sin embargo, cuando el caudal hereditario sea insuficiente para atender a la pensión compensatoria y los derechos a la legítima de los herederos, estos podrán solicitar su reducción o supresión.

## 3. CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA: NUEVO EMPEORAMIENTO DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DEUDOR

La STS de 3 de octubre de 2008 otorgó el carácter indefinido de la pensión a la exesposa a cargo de un marido minusválido<sup>55</sup>.

La SAP de Cáceres de 11 de marzo de 2020 declara extinguida la pensión compensatoria fijada como indefinida 21 años antes (cuando la acreedora tenía 49 años), al no haber trabajado la esposa desde el divorcio, propietaria de tres viviendas alquiladas y otra más en Benidorm, vendida antes de este procedimiento, todas ellas compradas tras la liquidación de los gananciales y beneficiaria de un seguro de rentas; y estando el marido, incapacitado judicialmente a causa de un ictus, sujeto a tutela, y necesitado de asistencia permanente por inmovilidad (va en silla de ruedas) y afasia, con una pensión de 763,85 €<sup>56</sup>.

## V. LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CATALUÑA

El artículo 233-17,4 CCCat establece como regla general la temporalidad de la pensión en los siguientes términos «*La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un período limitado, salvo que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido*». Esto significa que recoge el sentir mayoritario y actual de la doctrina jurisprudencial del Supremo.

Y ello porque se concibe la pensión compensatoria como «una ayuda» por parte del excónyuge deudor a la readaptación del cónyuge acreedor, a su incorporación a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a su pérdida de oportunidades que ha tenido durante su vida en común.

No tiene ya la finalidad ni la función establecida en los primeros años de implantación, precisamente por el cambio sociológico evolutivo, cuando su finalidad principal era que el cónyuge acreedor debía continuar cuasi sosteniendo vitalmente al cónyuge acreedor porque sus circunstancias (edad, dedicación durante décadas al cuidado de la familia, la dificultad de la reinserción laboral...) hacían imposible su readaptación al mundo laboral. Tampoco se considera ya la pensión compensatoria como un derecho automático permanente. Cada cónyuge, por la evolución de la sociedad debe ser capaz de mantenerse por sí mismo y, tras la

disolución del vínculo, el menos favorecido debe actuar en forma proactiva para adquirir bienes propios que permitan su digna sustentación sin quedar sujeto a la permanente dependencia del otro» (sin embargo, en el caso concreto concede a la esposa nueve años de pensión por importe de 1200€ mensuales). Y así lo puso de manifiesto la sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2014<sup>57</sup>.

Realmente en la actualidad la excepción, sería *el otorgamiento con carácter indefinido* de la compensación, rara vez se otorga. Excepcionalidad que debe argumentarse y motivarse, por ejemplo, cuando en el caso concreto concurra una potencialidad real y acreditada de que el beneficiario, como consecuencia de sus circunstancias personales, ya sea por edad, estado de salud, formación profesional, posibilidades de adquirir ayudas públicas... junto con la ausencia de patrimonio, no podrá alcanzar en un plazo mayor o menor la autonomía pecuniaria de la que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, siendo por consiguiente necesario el carácter indefinido de la pensión que le permitiría sostener sus necesidades.

En cuanto a la *cuantía* de la pensión compensatoria debe ser la suficiente para restablecer la disparidad en las condiciones de vida entre ambos cónyuges, creadas por el divorcio, teniendo en cuenta el tiempo necesario para que el cónyuge que perdió o disminuyó sus oportunidades laborales pueda readquirirlas y reestablecer el desequilibrio que se produce en relación con el nivel de vida del otro y el mantenido durante el matrimonio. Así lo concreta la STSJ Cataluña de 14 de febrero de 2019<sup>58</sup>. Doctrina que había sido sentada por la sentencia del TSJC de 30 de octubre de 2014<sup>59</sup> que señala que si bien su fijación es competencia del tribunal de instancia puede ser revisada en casación cuando resulta ilógica, arbitraria o irracional. El caso resuelto es el de un matrimonio de un año de duración entre un jubilado español y esposa cubana de 23 años, a la que se le concede pensión compensatoria de 3000 € (500 al mes durante 6 meses para que se consiga una vivienda en alquiler) revocando la apelación que le había concedido 25 000, acreditado que no solo no había perdido expectativas laborales por su salida de Cuba, sino que había conseguido trabajo en España con ocasión del divorcio.

## VI. CONCLUSIONES

I. Figura muy criticada en la actualidad por su fundamento, propio de otras épocas y dirigida a un sector de la población concreto y definido, que incluso se señala como contrario al *principio de libertad civil, al de dignidad de la persona del artículo 10 CE del acreedor que generalmente son mujeres*.

II. La evolución de la interpretación objetiva del artículo 97 a la más actual subjetiva, otorga a la figura la capacidad de amoldarse a las situaciones de cada caso, poniendo el énfasis en fijar su cuantía y duración. Interpretación que evoluciona al fijarse distintos criterios objetivos a los que acogerse para saber si ha habido desequilibrio y porqué este se ha producido.

Desequilibrio que no es más que el *empeoramiento* en la situación actual del acreedor de la pensión en relación con la que tenía durante el matrimonio. Entre ellos se encuentra la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge...

Si bien en los primeros años de existencia de la figura cuando su finalidad principal era que el cónyuge acreedor debía continuar cuasi sosteniendo vitalmente al cónyuge acreedor porque sus circunstancias (edad, dedicación durante

décadas al cuidado de la familia, la dificultad de la reinserción laboral...) hacían imposible su readaptación al mundo laboral. Hoy tales motivos no tienen razón de ser; en la mayoría de los casos, pues actualmente la pensión compensatoria se considera «una ayuda» por parte del excónyuge deudor a la readaptación del cónyuge acreedor, a su incorporación a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a su pérdida de oportunidades que ha tenido durante su vida en común.

La realidad actual pone de manifiesto como cada cónyuge, debe ser capaz de mantenerse por sí mismo y, tras la disolución del vínculo, el menos favorecido debe actuar en forma proactiva para adquirir bienes propios que permitan su digna sustentación sin quedar sujeto a la permanente dependencia del otro. De otorgarse, su *cuantía* debe ser la suficiente para restablecer la disparidad en las condiciones de vida entre ambos cónyuges, y reestablecer el desequilibrio. Hoy la excepción es *el otorgamiento con carácter indefinido* de la compensación.

III. Teniendo en cuenta que su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio, se hace necesario tener en cuenta las *circunstancias sobrevenidas* tras la ruptura que reequilibraban su situación.

La compensación nace cuando es necesario solventar el efectivo desequilibrio económico en uno de los cónyuges. La autonomía de la voluntad de las partes, que es vinculante, entra en juego tras la ruptura. El juez debe *evitar que el peso de la ruptura caiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges, y ahí es donde concretará la existencia, cuantía, duración límites de la compensación...* No habrá compensación, por innecesaria, ni cuando el divorcio perjudica económicamente a las dos partes, ni cuando ambas partes tienen bienes o ingresos propios que les permiten mantener un nivel económico similar al que tenían durante la convivencia, después de la separación.

De ahí que las *circunstancias sobrevenidas* que supongan el paso de una situación de desequilibrio a un aumento del nivel económico en el cónyuge desfavorecido, suponga la necesaria extinción de la pensión, por el propio fundamento de la figura aunque no esté explícitamente señalado en el Código Civil.

Circunstancias sobrevenidas que tienen un fundamento común a lo señalado en el artículo 101 del Código Civil, que aboga por la desaparición del desequilibrio económico de la parte acreedora de la pensión cuando contrae un nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona. Circunstancias sobrevenidas que no son tenidas en cuenta para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; pero sí operan para su posible disminución o extinción.

El juzgador realiza una valoración basada en aproximaciones de futuro tanto a la hora de su concesión, o, de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, incluso previendo el que si se otorga límite temporal al finalizar el plazo fijado ya se habrá considerado compensado definitivamente el desequilibrio sufrido. De modo que al surgir una circunstancia sobrevenida como «tener un décimo de lotería premiado» o la aceptación de una herencia cuantiosa... automáticamente hace desaparecer el desequilibrio en la situación económica del acreedor de la pensión.

Incluso en el caso de que las partes hayan pactado previamente, antes incluso de la celebración del matrimonio, la posibilidad de fijar una pensión para una de las partes cualquier modificación de circunstancias puede afectar a su efectividad, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Código Civil.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala Primera; sentencia de 31 de enero de 2022. Número Sentencia: 59/2022 Número Recurso: 5189/2021. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 358:2022. Ecli: ES:TS:2022:358
- STS, Sala Primera, sentencia 29 de junio de 2020. Número Sentencia: 369/2020 Número Recurso: 3672/2019. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Numroj: STS 2091:2020. Ecli: ES:TS:2020:2091
- STS Sala Primera; sentencia de 25 de septiembre de 2019, núm. 495/2019, rec. 64/2019. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2949:2019. Ecli: ES:TS:2019:2949
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 14 de febrero de 2019. Número Sentencia: 96/2019 Número Recurso: 3497/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCAN. Numroj: STS 462:2019. Ecli: ES:TS:2019:462
- STS, Sala Primera, sentencia de 17 de octubre de 2018. Número Sentencia: 584/2018 Número Recurso: 691/2018. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3528:2018. Ecli: ES:TS:2018:3528
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 15 de octubre de 2018. Número Sentencia: 555/2018 Número Recurso: 593/2018. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3427:2018. Ecli: ES:TS:2018:3427.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 21 de junio de 2018. Número Sentencia: 387/2018 Número Recurso: 4378/2017. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2320:2018. Ecli: ES:TS:2018:2320.
- STS, de la Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2018, núm. 315/2018, rec. 1933/2017 Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1925:2018. Ecli: ES:TS:2018:1925.
- STS de la Sala Primera, de 13 de septiembre de 2017. Número Sentencia: 499/2017 Número Recurso: 1289/2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3273:2017. Ecli: ES:TS:2017:3273.
- STS, de la Sala Primera, de 3 de febrero de 2017, Número Sentencia: 69/2017 Número Recurso: 2098/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. TOL5.960.246.
- STS de la Sala Primera, sentencia de 19 de enero de 2017, Número Sentencia: 34/2017. Número Recurso: 2550/2015. José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 115:2017. Ecli: ES:TS:2017:115.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 18 de mayo de 2016. Número Sentencia: 323/2016 Número Recurso: 841/2015. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Numroj: STS 2132:2016. Ecli: ES:TS:2016:2132.
- STS, Sala Primera, sentencia de 5 de octubre de 2016. Número Sentencia: 598/2016 Número Recurso: 282/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4278:2016. Ecli: ES:TS:2016:4278.
- STS, Sala Primera de lo Civil, 25 de octubre de 2016. Número Sentencia: 635/2016. Número Recurso: 2142/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4640:2016. Ecli: ES:TS:2016:4640.
- STS Sala Primera; sentencia de 16 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 674/2016 Número Recurso: 448/2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 5101:2016. Ecli: ES:TS:2016:5101. TOL5.892.438.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 10 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 657/2016 Número Recurso: 3150/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4843:2016. Ecli: ES:TS:2016:4843.

- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 713/2015 Número Recurso: 1888/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. TOL5.618.274.
- STS, Sala Primera; sentencia de 11 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 678/2015 Número Recurso: 1722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj:5216:2015. Ecli: ES:TS:2015:5216. TOL5.595.880.
- STS, de la Sala Primera, sentencia, de 3 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 616/2015 Número Recurso: 945/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: 4591:2015. Ecli: ES:TS:2015:4591.
- STS, de la Sala Primera, sentencia, de 25 de marzo de 2014. Número Sentencia: 134/2014 Número Recurso: 1313/2011. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS.
- STS Sala Primera; sentencia de 17 de marzo de 2014, Número Sentencia: 133/2014 Número Recurso: 1482/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, TOL4.142.357.
- STS de 18 de marzo de 2014. Número Sentencia: 106/2014 Número Recurso: 201/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL4.183.456.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 19 de febrero de 2014. Número Sentencia: 91/2014 Número Recurso: 2258/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. TOL4.124.378.
- STS, de la Sala 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2014. Número Sentencia: 104/2014 Número Recurso: 2489/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Numroj: 2807911001201410010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, 17 de mayo de 2013. Número Sentencia: 355/2013 Número Recurso: 419/2011. Ponente: José Antonio Seijas. TOL3.745.500.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de julio de 2013, Número Sentencia: 499/2013 Número Recurso: 1044/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.858.954.
- STS Sala Primera; sentencia de 4 de diciembre de 2012. Número Sentencia: 749/2012 Número Recurso: 691/2010. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Numroj: STS 8531/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de noviembre de 2012. Número Sentencia: 710/2012 Número Recurso: 1215/2010. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL2.685.953.
- STS, Sala Primera, de 20 de abril de 2012. Número Sentencia: 233/2012 Número Recurso: 2099/2010, Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (TOL2.532.595)
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de enero de 2012. Número Sentencia: 1/2012 Número Recurso: 124/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. TOL2.407.043.
- STS, Sala Primera, sentencia de 31 de marzo de 2011. Número Sentencia: 217/2011. Número Recurso: 807/2007, Ponente: María Encarnación ROCA TRIAS.
- STS, de la Sala Primera, sentencia de 19 de enero de 2010. Número Sentencia: 864/2009 Número Recurso: 52/2006. Ponente: María Encarnación ROCA TRIAS. Numroj: STS 327:2010. Ecli: ES:TS:2010:327.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 17 de julio de 2009. Número Sentencia: 562/2009 Número Recurso: 1369/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de octubre de 2008, N.º 917/2008, ref. 2727/2004. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. TOL1.386.042.
- STS Sala Primera, sentencia de 12 de septiembre de 2005. Número Sentencia: 611/2005 Número Recurso: 980/2002. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. TOL725.211.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Número Sentencia: 76/2014 Número Recurso: 47/2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. TOL4.698.174.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 30 de octubre de 2014. Número Sentencia: 69/2014 Número Recurso: 68/2014. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. TOL4.609.824.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 14 de febrero de 2019. Número Sentencia: 10/2019 Número Recurso: 167/2018. Numroj: STSJ CAT 1324/2019. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Ecli: ES:TSJCAT:2019:1324. TOL7.141.575.
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 11 de marzo de 2020. Número Sentencia: 203/2020 Número Recurso: 101/2020. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. Número: SAP del Código Civil 276/2020. Ecli: ES:APCC:2020:276. TOL7.925.850.
- SAP de Madrid —24.—, sentencia de 11 de mayo de 2017, núm. 405/2017, rec. 827/2016. Ponente: María José DE LA VEGA LLANES. Numroj: SAP M 7941/2017. Ecli: ES:APM:2017:794.
- SAP de Madrid, Sección: Vigésimosegunda, sentencia de 29 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 875/2016 Número Recurso: 1558/2015. Ponente: María DEL PILAR GONZALVEZ VICENTE. Numroj: SAP M 16382:2016. Ecli: ES:APM:2016:16382.
- SAP de Badajoz, de 8 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 237/2016 Número Recurso: 318/2016. Ponente: Joaquín GONZALEZ CASSO. Numroj: SAP BA 906:2016. Ecli: ES:APBA:2016:9066.
- SAP de Madrid. Sección 24.— de 15 de octubre de 2010. Número Sentencia: 1215/2010 Número Recurso: 497/2010. TOL2.070.927. Ponente: María José DE LA VEGA LLANES.
- SAP de La Coruña, Sección Tercera, de 15 de septiembre de 2010. Número Sentencia: 351/2010 Número Recurso: 56/2010. Ponente: Rafael Jesús FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA. TOL1.952.235.
- SAP de Gerona, Sección Primera, de 26 de octubre de 2010. Número Sentencia: 355/2010 Número Recurso: 389/2010. Ponente: Fernando FERRERO HIDALGO. TOL1.986.774.
- SAP Baleares, sección cuarta, de 8 de octubre de 2010, núm. 376/2010, rec. 226/2010. Ponente: Antonia PANIZA FULLANA. TOL2.003.572.
- SAP de Las Palmas, sección tercera, de 4 de diciembre de 2007, núm. 540/2007, rec. 232/2007. Ponente: Francisco Javier José MORALES MIRAT. Numroj: SAP GC 3155/2007. Ecli: ES:APGC:2007:3155.
- SAP de Valencia, Sección octava, de 11 de julio de 2000, núm. 584/2000, rec. 471/1999. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. TOL3.022.568.

NOTAS

<sup>1</sup> STS, de la Sala Primera, sentencia de 19 de enero de 2010. Número Sentencia: 864/2009 Número Recurso: 52/2006. Ponente: María Encarnación ROCA TRIAS. Numroj: STS 327:2010. Ecli: ES:TS:2010:327.

Los criterios jurisprudenciales que se han ido consolidando en la interpretación del artículo 97 del Código Civil son los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges. Se puede resumir la doctrina en argumentos de la sentencia de 10 febrero 2005: La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor.

<sup>2</sup> Por su parte, la STS, de la Sala Primera, sentencia de 25 de marzo de 2014. Número sentencia: 134/2014 Número Recurso: 1313/2011. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIES-TAS, precisa que no puede incluirse en el marco de la alteración sustancial las circunstancias expresamente previstas por las partes, y así señala: Las partes convinieron una pensión «vitalicia», salvo nuevo matrimonio o convivencia marital. La pensión compensatoria está regida por el principio dispositivo. Es importante constatar que la demanda se interpone por el pretendido crecimiento económico de la esposa y no por el empobrecimiento del esposo, por lo que la situación inicialmente prevista no se ha desequilibrado. Siguen estando en las mismas circunstancias previstas en el convenio regulador, en el que se aceptaba, que aún cuando la esposa trabajase, no se extinguiría, aunque sí se reduciría, parcialmente la pensión a partir de cierto nivel de salario, ya descrito.

En función de lo razonado, procede la estimación del recurso de casación, y asumiendo la instancia acordamos la desestimación de la demanda en lo que se refiere a la petición de extinción de la pensión compensatoria manteniendo el resto de lo acordado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

<sup>3</sup> Claramente se concretó en la STS, Sala Primera, de 20 de abril de 2012. Número Sentencia: 233/2012 Número Recurso: 2099/2010, Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (TOL2.532.595) que establece:

«1.º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. «2.º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación.

La STS, Sala Primera, sentencia de 31 de marzo de 2011. Número Sentencia: 217/2011. Número Recurso: 807/2007, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997. «El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 de noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes».

<sup>4</sup> La STS, Sala Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 678/2015 Número Recurso: 1722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj:5216:2015. Ecli: ES:TS:2015:5216. TOL5.595.880, señala que: «Partiendo de esta doctrina, la sentencia desconoce aspectos básicos de lo que aquí se resuelve. La autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del Código Civil: la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común

acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona. Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y el de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los artículos 1225 y 1091 del Código Civil, al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice rompa con la seguridad jurídica contractual, como se dijo en la sentencia de 25 de marzo 2014».

<sup>5</sup> STS, de la Sala Primera, sentencia 19 de enero de 2010. Número Sentencia: 864/2009. Número Recurso: 52/2006. Ponente: María Encarnación ROCA TRIAS. Numroj: STS 327/2010. Ecli: ES:TS:2010:327.

<sup>6</sup> STS, de la Sala Primera, sentencia de 20 de febrero de 2014. Número Sentencia: 104/2014. Número Recurso: 2489/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Numroj: 2807911001201410010.

<sup>7</sup> En este caso la beneficiaria no había trabajado durante el matrimonio, el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes y su situación económica había empeorado respecto a la que tenía durante el matrimonio, por lo que el alto tribunal estimó que no procedía establecer un límite temporal para la pensión compensatoria. STS, Sala Primera, sentencia de 5 de octubre de 2016. Número Sentencia: 598/2016. Número Recurso: 282/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4278:2016. Ecli: ES:TS:2016:4278.

<sup>8</sup> STS Sala Primera, sentencia de 4 de diciembre de 2012. Número Sentencia: 749/2012. Número Recurso: 691/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Numroj: STS 8531/2012. Se desestima la pensión pedida por el marido, porque la desigualdad económica no es suficiente si no fue consecuencia de la dedicación a la familia. Tanto la AP como el Juzgado coinciden en que el solicitante tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico, conclusión asentada en datos fácticos que no es posible revisar en casación. Además, aunque no se mencione expresamente en la sentencia recurrida, el solicitante es una persona joven (39 años en el momento de la ruptura) que en ningún momento ha esgrimido (ni han sido acreditados) problemas de salud que le impidan continuar la misma actividad profesional que, según dijo el Juzgado y ratificó la AP, vino desempeñando sin mayor problema durante el tiempo de duración del matrimonio (7 años), ni se ha declarado probado en ninguna instancia que la relación matrimonial se convirtiera en obstáculo para el desarrollo profesional del marido, como no lo fue para la esposa, ni que fuera motivo de pérdida de derechos económicos o expectativas que de no mediar dicho vínculo pudiera haber obtenido. Por tanto cabe considerar como razonable la conclusión a la que se llegó en la instancia en cuanto que el matrimonio no supuso una rémora para ninguno de los esposos y la situación de cada uno al término de su relación más tenía que ver con los méritos, capacidades y aptitudes individuales o con factores ajenos o preexistentes (la procedencia socio-familiar de la esposa) que con la pérdida o el sacrificio que uno de ellos hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 del Código Civil y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil.

STS, Sala Primera, sentencia de 17 de mayo de 2013. Número Sentencia: 355/2013. Número Recurso: 419/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. No procede, si la esposa trabajó antes, durante y después del matrimonio. La pensión compensatoria NO es un mecanismo equilibrador de las economías si hay desigualdad por razón distinta de la dedicación a la familia.

El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de ganan-

ciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 del Código Civil y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil (SSTS de 25 de noviembre 2011, 4 de diciembre 2012).

<sup>9</sup> Nos referimos a la STS Sala Primera, sentencia de 25 de septiembre de 2019, (núm. 495/2019, rec. 64/2019. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2949:2019. Ecli: ES:TS:2019:2949), que insiste en que se deduce en la sentencia de apelación que la demandada *perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria* (art. 97.4 CC), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona. No procede fijar una duración máxime a la pensión dado que, por la edad de la demandada, no es previsible la superación del desequilibrio.

<sup>10</sup> Concede pensión compensatoria indefinida de 600€ a la esposa. La Sala razona, para confirmar la cuantía y el carácter indefinido de la pensión que: «se deduce en la sentencia de apelación que la demandada perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (art. 97.4 CC), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona».

<sup>11</sup> STS, de la Sala Primera, sentencia de 20 de febrero de 2014 (Número Sentencia: 104/2014 Número Recurso: 2489/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Numroj: 2807911001201410010) cuyo supuesto de hecho se centra en el alcance del desequilibrio patrimonial, que a los efectos de la pensión no se corresponde con los planos valorativos enunciados para su concesión, ya que la ratio decidendi (razón de la decisión) de la sentencia recurrida descansa, en la mera situación de desigualdad económica considerada en sí misma y, por tanto, sin entrar a valorar o contrastarla con la situación anterior a la ruptura, o con la situación resultante del divorcio, en donde el marido asume la carga del mantenimiento de la hija que con él convive y la pensión de alimentos respecto de la otra, así como el 80% de los gastos extraordinarios que se produzcan; como también respecto de la perspectiva causal expuesta, de donde se infiere que el desequilibrio económico no trae causa de la mayor dedicación del cónyuge más desfavorecido al cuidado de la familia, ni tampoco de la dedicación a la actividad económica del otro cónyuge.

<sup>12</sup> STS, Sala Primera, de 3 de noviembre de 2015, Número Sentencia: 616/2015 Número Recurso: 945/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4591:2015. Ecli: ES:TS:2015:4591.

«En orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial». En este caso la concede porque, aunque los ingresos de cada uno sean conforme a su situación profesional, el marido tiene más gastos porque tiene que pagar pensión alimenticia a un hijo menor a cargo de la madre. Él, carnicerero, ganaba 900 € y ella, lotera por herencia, ganaba 7600 €.

<sup>13</sup> SAP de Badajoz el 8 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 237/2016 Número Recurso: 318/2016. Ponente: Joaquín GONZÁLEZ CASSO. Numroj: SAP BA 906:2016. Ecli: ES:APBA:2016:9066.

<sup>14</sup> De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en la jurisprudencia que se estableció a partir del año 2005, concretamente en sentencias de 10 de febrero de 2005, 28 de abril de 2005 y, 19 y 29 de diciembre de 2005 que recogió la doctrina que a partir de los años 90 establecieron muchas audiencias favorables a la temporalidad de la pensión compensatoria que luego ha recogido el legislador en la reforma de 2005, la finalidad de la pensión es reequilibradora como consecuencia del empeoramiento de la situación económica de uno de los cónyuges causada por la ruptura matrimonial. La SAP de Badajoz el 8 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 237/2016 Número Recurso: 318/2016. Ponente: Joaquín GONZÁLEZ CASSO. Numroj: SAP BA 906:2016. Ecli: ES:APBA:2016:9066.

<sup>15</sup> STS de la Sala Primera, de 13 de septiembre de 2017. Número Sentencia: 499/2017 Número Recurso: 1289/2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3273:2017. Ecli: ES:TS:2017:3273.

«La pensión compensatoria —declara— «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias. b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria. b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia. c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Una de las circunstancias que el artículo 97 exige tener en cuenta es el caudal y medios económicos y necesidades de cada uno de los cónyuges. Es la que tiene en cuenta la sentencia, cuando hay otras. La cuantía del patrimonio no es determinante por si sola para justificar un eventual derecho a la pensión ni resulta directa y obligadamente del matrimonio. Lo esencial es tener en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, entre otras cosas, pues a ninguna más se refiere la sentencia, el cuidado y atención de los hijos, ahora bajo la custodia y alimentación exclusiva del padre, el uso de la vivienda familiar, atribuido a la esposa, y el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en el que podrán canalizarse esas disposiciones que se dicen hechas por el esposo, y que en el caso es el de gananciales en el que los mayores ingresos del esposo durante el matrimonio se podrán de manifiesto en el momento de la liquidación de la sociedad.

<sup>16</sup> STS de la Sala Primera, sentencia de 19 de enero de 2017 sentencia núm. 34/2017. Número Recurso: 2550/2015. José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 115:2017. Ecli: ES:TS:2017:115. «El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil que, según la doctrina de esta Sala, fijada en sentencia de 19 de enero de 2010, de Pleno, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y criterios de certidumbre o potencialidad real, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, determinada por altos índices de probabilidad, que es ajeno a lo que se denomina futurismo o adivinación. El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio».

Pues bien, en primer lugar, el matrimonio se contrajo en el año 1978 y durante 35 años la esposa estuvo al cuidado de la familia e hijos, sin apenas trabajar y sin ingresos. La conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio en tres años, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes.

<sup>17</sup> La STS de la Sala Primera, sentencia de 30 de mayo de 2018, núm. 315/2018, rec. 1933/2017 Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1925:2018. Ecli: ES:TS:2018:1925, indicó que «Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público...» Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria, en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 CC). Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad y donde la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada arts. 14, 17 y 19 CE).

<sup>18</sup> La STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 17 de julio de 2009. Número Sentencia: 562/2009 Número Recurso: 1369/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS, afirmó que el artículo 97 del Código Civil establece una compensación para aquel cónyuge que sufra «un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio», redacción dada por la ley 15/2005, pero que no hace más que aclarar lo que decía la redacción de 1981. Ambas disposiciones parten de la base del desequilibrio económico, que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio. El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura... Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria».

De ello se deduce que no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. El argumento del recurrente es falaz y el término de comparación es equívoco: no es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el artículo 97 del Código Civil utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión y ello con independencia de que el argumento del recurrente pudiera ser más o menos convincente para una reforma de esta materia. Pero esta es una cuestión que no corresponde determinarla a este Tribunal.

<sup>19</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de noviembre de 2012. Número Sentencia: 710/2012 Número Recurso: 1215/2010. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL2.685.953. La fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa se hace armonizando «el párrafo 1.º con las circunstancias que, como “*numerus apertus*”, enumera el mismo», y estas circunstancias son valoradas de forma expresa en la sentencia: edad de la esposa, duración del matrimonio (22 años), dedicación pasada a la familia, la escasa

cualificación profesional y una mínima experiencia dados los años de edad laboral dedicados exclusivamente al cuidado de la familia, que le ha permitido acceder a un empleo a tiempo parcial para el Ayuntamiento de Mentrída (asistente domiciliaria), del que obtiene un pequeño salario.

<sup>20</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de julio de 2013, Número Sentencia: 499/2013 Número Recurso: 1044/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL3.858.954. La sentencia recurrida no infringe esta doctrina, y lo que realmente se ofrece como interés casacional no es más que la expresión de una serie de resoluciones que resuelven según los hechos planteados, diferentes según los procedimientos, sobre el valor de los ingresos de uno y otro cónyuge, ya que la sentencia no se sustenta únicamente en base al inferior salario de la esposa tras la ruptura, antes al contrario, tiene en cuenta la situación de desequilibrio económico existente antes y después del matrimonio y atiende a otros factores como la dedicación de la esposa a la familia y, en particular, el cuidado del hijo menor que, sin duda, va a condicionar su vida personal y profesional durante un tiempo al dejar de convivir en pareja con lo que ello comporta respecto de una mayor dedicación al hijo.

<sup>21</sup> STS, Sala Primera, sentencia de 29 de junio de 2020 Número Sentencia: 369/2020 Número Recurso: 3672/2019. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Numroj: STS 2091:2020. Ecli: ES:TS:2020:2091: «se empezará a abonar desde el mes siguiente, en que dejando de percibir la prestación por baja temporal, se le deniegue la incorporación laboral a la sociedad X, SL y hasta que perciba una pensión de jubilación u otra prestación, igual o superior a esa suma». La casación la confirma, pero la esposa contaba por entonces más de 64 años, lo que en la práctica dejaba virtualmente inefectivo su reconocimiento. Sentencia en la que se otorga una pensión compensatoria cuando no existe desequilibrio económico en el momento de la ruptura pero el mismo puede producirse en un futuro por una actuación que depende del marido.

<sup>22</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 15 de octubre de 2018. Número Sentencia: 555/2018 Número Recurso: 593/2018. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3427:2018. Ecli: ES:TS:2018:3427. Considera la sentencia que la esposa tiene, al tiempo de dictarse, 63 años de edad. Se casó con 61 años, y no trabajaba cuando contrajo matrimonio, ni tampoco después, percibiendo únicamente 200 euros de su anterior marido en concepto de pensión compensatoria, que dejó de percibir cuando contrajo matrimonio con el ahora recurrente, de 69 años de edad, con ingresos de 624 euros al mes y con una vivienda en la que reside recibida por herencia, pendiente de división, por lo que el divorcio ha ocasionado a la esposa un desequilibrio económico respecto a la situación anterior en el matrimonio, pues entonces percibía una pensión compensatoria vitalicia y la expectativa de percibir una pensión de viudedad en su momento, que ha perdido con el nuevo matrimonio.

Valora también la sentencia que está difícil su incorporación al mercado laboral con sus circunstancias personales y que existe una previsión razonable de que no va a lograr superar eses desequilibrio en un plazo determinado, de todo lo cual era conocedor su esposo al tiempo de contraer matrimonio.

La decisión de la Audiencia es el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, pues no se compecece mal con la edad, con los recursos económicos del matrimonio, especialmente de la esposa, así como con la posible dificultad de rehacer esta su vida laboral.

Cierto que el matrimonio ha tenido una duración de menos de dos años, pero al mismo llegó la esposa, conociéndolo el esposo, no solo con una pérdida razonable de expectativas, sino perdiendo los únicos recursos que tenía, y ello se debe valorar a los efectos de fijar en su favor una pensión compensatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil.

<sup>23</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de enero de 2012. Número Sentencia: 1/2012 Número Recurso: 124/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. TOL2.407.043.

<sup>24</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, 17 de mayo de 2013. Número Sentencia: 355/2013 Número Recurso: 419/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS. TOL3.745.500.

<sup>25</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 19 de febrero de 2014. Número Sentencia: 91/2014 Número Recurso: 2258/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. TOL4.124.378.

<sup>26</sup> STS, de la Sala Primera, sentencia de 20 de febrero de 2014. Número Sentencia: 104/2014 Número Recurso: 2489/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Numroj: 2807911001201410010.

En el presente caso el alcance del desequilibrio patrimonial a los efectos de la pensión no se corresponde con los planos valorativos enunciados para su concesión, ya que la ratio decidendi (razón de la decisión) de la sentencia recurrida descansa, prácticamente, en la mera situación de desigualdad económica considerada en sí misma y, por tanto, sin entrar a valorar o contrastarla con la situación anterior a la ruptura, o con la situación resultante del divorcio, en donde el marido asume la carga del mantenimiento de la hija que con él convive y la pensión de alimentos respecto de la otra, así como el 80% de los gastos extraordinarios que se produzcan; como también respecto de la perspectiva causal expuesta, de donde se infiere que el desequilibrio económico no trae causa de la mayor dedicación del cónyuge más desfavorecido al cuidado de la familia, ni tampoco de la dedicación a la actividad económica del otro cónyuge.

<sup>27</sup> STS de 18 de marzo de 2014. Número Sentencia: 106/2014 Número Recurso: 201/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. TOL4.183.456

<sup>28</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 14 de febrero de 2019. Número Sentencia: 96/2019 Número Recurso: 3497/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCAN. Numroj: STS 462:2019. Ecli: ES:TS:2019:462.

<sup>29</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 21 de junio de 2018. Número Sentencia: 387/2018 Número Recurso: 4378/2017. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 2320:2018. Ecli: ES:TS:2018:2320. Se afirma la existencia de un pacto por el que los litigantes convinieron el pago de 3.400 euros a la Sra. X como negocio jurídico de derecho de familia, atípico, no equivalente en su identidad a la pensión compensatoria (art. 1255 CC) para cuya instauración estaban facultadas las partes, exigible dentro del proceso de divorcio al haberse acordado dentro de «un pacto de convivencia familiar o convenio regulador. Solo es posible reclamar al exesposo, y no a la empresa mercantil, en cuanto firmante del convenio regulador, al constar que comparece «en nombre propio y por su derecho», pues solo le vincula a él, y no a la Sra. Milagrosa, la cual no tiene dominio o control sobre la sociedad, por lo que puede reclamarlo directamente de quien firmó con ella el convenio regulador.

<sup>30</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 25 de octubre de 2016. Número Sentencia: 635/2016. Número Recurso: 2142/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4640:2016. Ecli: ES:TS:2016:4640.

<sup>31</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 18 de mayo de 2016. Número Sentencia: 323/2016 Número Recurso: 841/2015. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Numroj: STS 2132:2016. Ecli: ES:TS:2016:2132.

<sup>32</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 5 de abril de 2016. Número Sentencia: 209/2016 Número Recurso: 2967/2014. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 1414:2016. Ecli: ES:TS:2016:1414. Se concede abonar a favor de la esposa una pensión compensatoria de 300 euros mensuales durante cinco años, que se actualizará cada año conforme al IPC con contribución de cada consorte al 50 porcentaje de los gastos inherentes a la vivienda familiar propiedad de ambos.

<sup>33</sup> SAP de Madrid, Sección: Vigésimosegunda, sentencia de 29 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 875/2016 Número Recurso: 1558/2015. Ponente: María del Pilar GONZÁLEZ VICENTE. Numroj: SAP M 16382:2016. Ecli: ES:APM:2016:16382. En la demanda se solicitaba la supresión o extinción de la pensión compensatoria desde la interposición de la demanda, con carácter subsidiario su reducción con efectos desde la sentencia a 900 euros el primer año y 500 euros el segundo año, con el mismo carácter subsidiario se decreta la limitación temporal al máximo de dos años desde el dictado de la sentencia.

<sup>34</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 713/2015 Número Recurso: 1888/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. TOL5.618.274.

<sup>35</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 10 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 657/2016 Número Recurso: 3150/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4843:2016. Ecli: ES:TS:2016:4843.

<sup>36</sup> El Tribunal Supremo parte de la premisa de que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, —señala el Alto Tribunal— hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Partiendo de esta consideración, el Tribunal Supremo afirma que debe huirse de la aplicación por «*analogia legis*» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. STS Sala Primera, sentencia de 12 de septiembre de 2005. Número Sentencia: 611/2005 Número Recurso: 980/2002. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. TOL725.211.

<sup>37</sup> STS de 7 de febrero de 2019 (rec. 164/2018), El juzgado confiere a la esposa el uso indefinido de la vivienda familiar y pensión compensatoria indefinida de 700 €; la AP reduce la pensión a 300€. Interesante es la solución del Tribunal Supremo.

<sup>38</sup> La SAP Granada, Sección 5.ª, de 9 de abril de 2007, núm. 149/2007, rec. 797/2006. Ponente: Antonio MASCARO LAZCANO. Numroj: SAP GR 794/2007. Ecli: ES:APGR:2007:794, afirma que «Aunque el matrimonio se celebró en enero de 2003 y la demanda de separación se presentó en el mes de octubre de 2004, es lo cierto que la relación provenía del año de 1993, según se acredita con la documental relativa a las certificaciones censales de domicilio (empadronamiento)». La llamada pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil no puede acordarse por el juez, de oficio y si, solo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación a la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio.

<sup>39</sup> Los litigantes iniciaron una relación de convivencia «*more uxorio*» ininterrumpida desde 1993 y el 1 de febrero de 2006 contrajeron matrimonio en Calviá. Se otorgó la concesión de una pensión compensatoria de 400 euros basándose en La edad y el estado de salud (59 años y que tiene bastante difícil su incorporación al mercado de trabajo. Además, según los documentos médicos acompañados con la demanda son muchas las dolencias que padece), la cualificación profesional (no tiene estudios) y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia (no han tenido hijos pero realizaba las tareas del hogar en cuanto su salud se lo permitía);y, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. SAP Baleares —4.— 18 de octubre de 2010, (núm. 376/2010, rec. 226/2010). Ponente: Antonia PANIZA FULLANA. TOL2.003.572.

<sup>40</sup> La parte apelante interesó una pensión compensatoria por el plazo de tres años y por importe de 2000 euros mensuales y lo hace sosteniendo que resulta aplicable la legislación catalana, al tener ambas cónyuges vecindad civil catalana y estar empadronados en aquel lugar; por lo que alega que la sentencia de instancia incurre en error normativo, al no tener en cuenta, para la aplicación del derecho a pensión compensatoria, los años de convivencia previa a la celebración del matrimonio. La Audiencia concluye que se celebró el matrimonio entre los litigantes que duró apenas un mes. La diferencia de ingresos económicos entre una y otra litigantes no es motivo, por sí solo, para reconocer un derecho de pensión compensatoria, por cuanto que cada una de las partes está profesionalmente preparada para obtener, por sus propios medios, su desenvolvimiento económico. SAP de Madrid —24.— 11/05/2017, núm. 405/2017, rec. 827/2016. Ponente: María José DE LA VEGA LLANES. Numroj: SAP M 7941/2017. Ecli: ES:APM:2017:794).

<sup>41</sup> La SAP de Valencia —8.— de 11 de julio de 2000. núm. 584/2000, rec. 471/1999. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. TOL3.022.568. La sentencia accedió a la separación por ruptura de la «*afectio maritalis*» entre ambos cónyuges y acordó como pensión compensatoria a favor de la esposa cuarenta mil pesetas mensuales durante tres años.

<sup>42</sup> La SAP de Las Palmas, sec. 3., de 4 de diciembre de 2007, (núm. 540/2007, rec. 232/2007). Ponente: Francisco Javier José MORALES MIRAT. Numroj: SAP GC 3155/2007. Ecli: ES:APGC:2007:3155.

Se desestima la pensión compensatoria fundamentando su decisión en: la corta duración del matrimonio; la edad de la esposa; el hecho de haber trabajado antes del matrimonio,

durante el mismo y reconociendo que tiene fácil acceso al mercado laboral, y, la circunstancia de que había vivido con total independencia económica durante 14 meses.

<sup>43</sup> STS Sala Primera, sentencia de 9 de febrero de 2012. Número Sentencia: 42/2012 Número Recurso: 1381/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. TOL2.450.794.

<sup>44</sup> STS Sala Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 678/2015 Número Recurso: 1722/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 5216:2015. Ecli: ES:TS:2015:5216. TOL5.595.880. El Tribunal Supremo reconoce el derecho de una mujer a cobrar pensión indemnizatoria de su exmarido pese a convivir con otra pareja. Los cónyuges habían pactado la pensión en el momento de la separación, cuando el marido ya sabía que ella vivía con otra persona.

El FJ 3.º dice: «No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible *extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado*, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad.» En definitiva, concluye dicha sentencia, fijando como doctrina jurisprudencial que: «[...] a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público».

<sup>45</sup> STS Sala Primera; sentencia de 31 de enero de 2022. Número Sentencia: 59/2022 Número Recurso: 5189/2021. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 358:2022. Ecli: ES:TS:2022:358.

<sup>46</sup> STS Sala Primera; sentencia de 17 de marzo de 2014, Número Sentencia: 133/2014 Número Recurso: 1482/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, TOL4.142.357. Extinción de la pensión compensatoria como consecuencia de la herencia recibida de su madre por la esposa. Declara como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción.

<sup>47</sup> STS Sala Primera; sentencia de 16 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 674/2016 Número Recurso: 448/2016. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 5101:2016. Ecli: ES:TS:2016:5101. TOL5.892.438. Es doctrina reiterada de esta sala que las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (sentencias 27 de octubre 2011 y 19 de febrero 2016), señalando las sentencias de 20 de diciembre 2012, 20 de junio y 24 de octubre 2013 que constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas: alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art. 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). Es el cambio de las circunstancias que justificaron el desequilibrio que motivó su reconocimiento, el mismo que determina su extinción o modificación.

Pues bien, las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en una resolución anterior y son ellas las que justificaron no solo la concesión del derecho y su cuantía de duración indefinida, sino la posibilidad que tenía entonces la actora de superar sus expectativas de mejora patrimonial, que la sentencia recurrida califica de insuficiente, lo que supone que, por ahora, y con los datos que la misma valora no se estime concurrente que esta nueva situación patrimonial derivada de una herencia sea idónea o apta para considerar superado este desequilibrio económico, pues si bien es cierto que «el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su

modificación o extinción», también lo es que para que tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial es preciso examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular «su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (...)» (sentencias de 3 de octubre de 2022; 17 de marzo de 2014; 1 de marzo de 2016).

<sup>48</sup> La STS, de la Sala Primera, de 3 de febrero de 2017, Número Sentencia: 69/2017 Número Recurso: 2098/2016.

Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. TOL5.960.246. Señala que acordada en convenio regulador la pensión compensatoria, consecuencia de la separación conyugal, no cabe extinguirla ni modificarla en posterior procedimiento de disolución del matrimonio por razón de divorcio, salvo modificación sustancial de circunstancias. El Tribunal Supremo confirma la pensión compensatoria para una mujer divorciada. El tribunal argumenta la decisión teniendo en cuenta las dificultades del mercado laboral en la actualidad para una persona sin formación y con un delicado estado de salud.

<sup>49</sup> STS, Sala Primera, Sentencia de 17 de octubre de 2018. Número Sentencia: 584/2018 Número Recurso: 691/2018. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 3528:2018. Ecli: ES:TS:2018:3528.

Esta Sala ha dicho repetidamente que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (sentencias 864/2010, de 19 enero; 133/214, de 17 de febrero, entre otras). Pero se olvida con frecuencia que estamos en un procedimiento de modificación de medidas en el que se juzga si han cambiado o no las circunstancias que se tuvieron en cuenta para atribuir a uno de los cónyuges una pensión compensatoria. Es cierto que el patrimonio de la esposa se ha incrementado con los rendimientos del local recibido a resultas de la liquidación, pero cierto también que este desequilibrio no ha desaparecido a tenor de los datos que valora la sentencia.

El importe de la pensión ya se revisó en el año 2007 como consecuencia de la jubilación del esposo, pero fuera de este incremento patrimonial las circunstancias siguen siendo las mismas y si se quiere agravada por la edad de la esposa y lo que hace el recurrente es traer a colación lo recibido por la esposa, omitiendo lo suyo. Si compró una vivienda de protección oficial con el dinero recibido es porque no la tenía tras la ruptura y si no tiene posibilidad de acceder a una pensión de jubilación contributiva es por la falta de cotizaciones, y lo que es peor sin posibilidad de recuperar todo el tiempo dedicado a la familia y a las actividades mercantiles del esposo, algo que al no haberlo hecho el marido le ha permitido recibir una pensión de jubilación de 2109,58 euros en catorce pagas y disponer además de suficientes recursos económicos que puede, como la esposa, rentabilizarlos.

2. Tampoco la herencia recibida justifica la extinción. Esta Sala ha declarado como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción; cosa que no se produce en este caso como declaró la sentencia recurrida que no advirtió, previa valoración de la prueba, que los bienes recibidos «sean aptos para generar ingresos que impliquen una alteración de la fortuna de la esposa o en sus ingresos que sea significativa».

<sup>50</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Primera, de 26 de octubre de 2010. Número Sentencia: 355/2010 Número Recurso: 389/2010. Ponente: Fernando FERREIRO HIDALGO. TOL1.986.774.

Se insiste en que debe mantenerse la pensión compensatoria, aunque la adquisición por herencia de una vivienda y de la cantidad de 40.000 euros, le ha supuesto una mejora económica, independientemente del mejor o peor estado en que se encuentre tal vivienda. Vivienda que no puede ser ocupada, aunque tenga que rehabilitarla, teniendo dinero para ello, con lo cual, una vez vendida la vivienda conyugal y el resto de propiedades que tenían en común podrá obtener liquidez para satisfacer sus necesidades. Ante ello, es claro que, *aunque la pensión debe mantenerse es procedente acordar su rebaja*, a 500,00 euros mensuales.

<sup>51</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección decimoctava. Sentencia de 13 de abril de 2011. Número Sentencia: 278/2011 Número Recurso: 328/2010. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. Tol. 2.176.751. El tema central es el de determinar si procede o reducir una pensión cuando ya se había cuantificado y temporalizado con anterioridad en virtud a lo pactado, es decir si cabe la posterior temporalización o reducción o si quedó ya fijado el posible desequilibrio y su compensación con el establecimiento del pago de una cantidad que podía hacerse efectiva a tanto alzado y no mediante la prestación periódica. Se acuerda la procedencia de la reducción de la pensión, pero se amplía hasta los 5 años a contar de la sentencia de instancia, teniendo en cuenta la duración del matrimonio y edad de los litigantes.

<sup>52</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Sección 24, de 15 de octubre de 2010. Número Sentencia: 1215/2010 Número Recurso: 497/2010. TOL2.070.927. Ponente: María José DE LA VEGA LLANES.

La esposa había recibido 100 000€ por herencia, pero por liquidación de gananciales con su esposo, dueños de una cadena de hoteles, había recibido antes 15 veces más— que había invertido en varios inmuebles. Confirmando la instancia, se mantiene la compensatoria indefinida de 2250 € mensuales, en concepto de «gastos de mantenimiento de la casa», pese a que se había acreditado que la esposa tenía una nueva pareja, por haberse alegado extemporáneamente.

La apelante pretende a través del presente proceso de modificación de medidas un incremento de la cuantía de la pensión compensatoria voluntariamente pactada por los cónyuges en el convenio regulador suscrito y homologado judicialmente en sentencia de 4 de septiembre de 2006 ; y a cuyos términos deben sujetarse las partes por cuanto los artículos 90 y 91 del Código Civil solo permiten la modificación de las medidas complementarias acordadas en sentencia de separación, divorcio o nulidad, en el supuesto de haberse alterado substancialmente las circunstancias que determinaron su inicial adopción y, en concreto, en lo que concierne a la pensión por desequilibrio económico, en las hipótesis de alteración sustancial de fortuna, a los efectos de su modificación cuantitativa.

<sup>53</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Tercera, de 15 de septiembre de 2010. Número Sentencia: 351/2010 Número Recurso: 56/2010. Ponente: Rafael Jesús FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA. TOL1.952.235.

«Tras la tramitación correspondiente, el juzgado de instancia dictó sentencia en la que, además de un amplio y detallado estudio de la pensión compensatoria, se establece que «no puede admitirse hoy en día que un matrimonio que ha durado un 10 años haya dado lugar a que por la esposa haya estado percibiendo una pensión compensatoria durante casi 30 años, sin que la misma se haya buscado los medios propios para su mantenimiento, máxime cuando por su edad y cualificación profesional (licenciada en filosofía y letras y con experiencia profesional ya que había trabajado como profesora antes y durante el matrimonio) podía realizarlo con éxito, cuando no contaba con ninguna carga familiar pues del matrimonio no había descendencia ... debiendo valorarse también que la demandada cuenta con patrimonio inmobiliario suficiente para tener cubiertas su necesidades; por lo que estimo la demanda en lo esencial, declarando la extinción de la pensión compensatoria».

<sup>54</sup> El Código Civil, en el artículo 101 antes referido, establece al respecto que: «El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima».

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de octubre de 2008, núm. 917/2008, ref. 2727/2004. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. TOL1.386.042, donde se afirma que «En cuanto a la limitación temporal, no puede obviar el recurrente que el desequilibrio se ha de apreciar en el momento de la ruptura, siendo la Sentencia de la Audiencia que puso fin al pleito de divorcio la que reconoció a la esposa una pensión por desequilibrio con carácter vitalicio. Aunque esta Sala no comparta los razonamientos de dicha resolución, es incuestionable que el recurrente no recurrió dicha resolución, determinando la inatacabilidad en este nuevo pleito las circunstancias tácticas a que hace alusión el artículo 97 del Código Civil —en particular la larga duración del matrimonio, la dedicación de la esposa a la familia,

su avanzada edad y la falta de fehaciente de cualificación profesional, incluyendo la propia voluntad de los esposos expresada en Convenio Regulador donde nada se dijo de sobre la limitación temporal de la pensión—, que llevaron, no solo a tener por cierto el desequilibrio y reconocer el derecho, sino además a hacerlo sin límite temporal».

<sup>56</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1., de 11 de marzo de 2020. Número Sentencia: 203/2020 Número Recurso: 101/2020. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. Número: SAP del Código Civil 276/2020. Ecli: ES:APCC:2020:276. TOL7.925.850. El juzgador de primera instancia ha optado por la temporalidad de la pensión compensatoria, fijando un plazo de 3 años en la duración de la pensión y estableciendo su cuantía en la cantidad de 250 euros al mes. El artículo 97 del Código Civil se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora.

<sup>57</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Número Sentencia: 76/2014 Número Recurso: 47/2014. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚÉS. TOL4.698.174. El Código Civil no fijaba límite de tiempo alguno en la pensión que se concebía como prolongación de la solidaridad matrimonial aun disuelto el vínculo y para reestablecer el desequilibrio que se producía tras el divorcio en el nivel de vida de uno de los cónyuges respecto del que el otro podía mantener.

<sup>58</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 14 de febrero de 2019. Número Sentencia: 10/2019 Número Recurso: 167/2018. Numroj: STSJ CAT 1324/2019. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Ecli: ES:TSJCAT:2019:1324. TOL7.141.575.

La finalidad actual de la prestación compensatoria es la readaptación del cónyuge acreedor a la vida activa como consecuencia de las desmejoras económicas consiguientes a la disolución del matrimonio y a la pérdida de oportunidades experimentada precisamente por estos.

<sup>59</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sección 1.º. Sentencia de 30 de octubre de 2014. Número Sentencia: 69/2014 Número Recurso: 68/2014. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. TOL4.609.824.

## 1.2. Derecho de Familia

# El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio

## *The legal regime of guardianship after Law 8/2021, of June 2*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio supone 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. Se impone así un cambio del sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad hasta ahora vigente, a otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la que tome sus propias decisiones y, asimismo, por la adopción de un sistema de medidas de apoyo que son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por lo que, la tutela, con su tradicional función representativa, queda reservada para los menores de edad no emancipados que no estén protegidos a través de la patria potestad, eliminándose del ámbito de la discapacidad como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. El presente estudio se va a centrar en el régimen jurídico de la tutela como instrucción tutelar de los menores de edad no emancipados tras la citada reforma.

**ABSTRACT:** *The reform operated by Law 8/2021, of June 2 supposes the adaptation of our legal system to the International Convention on the rights of persons with disabilities, made in New York on December 13, 2006. Thus a change is imposed from the system of substitution in the decision-making of people with disabilities in force until now, to another based on respect for the will and preferences of the person who, as a general rule, will be the one to make their own decision and in addition, for the adoption of system of support measures that are furthermore to those of voluntary nature, de facto guardianship, curatoship and judicial defender. Therefore, guardianship, with its traditional representative function, is reserved for non-emancipated minors who are not protected through parental authority, eliminating from scope of disability such as extended parental authority and rehabilitated parental authority. The present study is going to center on the legal regime of guardianship as a guardianship instruction for minors not emancipated after the aforementioned reform.*

**PALABRAS CLAVES:** Tutela. Menores de edad no emancipados. Interés superior del menor. Patria potestad. Desamparo. Representación legal.

*KEY WORDS: Guardianship. Non-emancipated minor. Best interest of the minor. Parental authority. Abandonment. Legal representation.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, ÁMBITO SUBJETIVO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA: 1. CONCEPTO. 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA TUTELA: LOS SUJETOS A TUTELA. 3. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. 4. PERSONAS QUE PUEDEN SER TUTORES. CONDICIONES Y APTITUD PARA SER NOMBRADOS.—III. LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR: 1. TUTELA UNIPERSONAL O ÚNICA Y TUTELA PLURAL.—IV. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA: 1. OBLIGACIONES. 2. REPRESENTACIÓN LEGAL: ESFERA PERSONAL Y PATRIMONIAL.—V. CAPACIDAD PARA SER TUTOR.—VI. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR.—VII. EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE TUTOR.—VIII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSOS Y RESPONSABILIDAD.—IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En general, la función tutelar viene a englobar a distintas instituciones de guarda y resulta paralela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple el mismo objetivo, aunque con la importante diferencia que, mientras la Ley confía en la patria potestad, y le da un amplio margen de libre arbitrio, no lo hace plenamente en las instituciones tutelares y las somete a control judicial. Se puede decir que la función tutelar tal como se configura ahora es subsidiaria a la patria potestad —respecto de menores no emancipados—, dejando de ser semejante respecto de las personas mayores con discapacidad, al haber dejado de ser una institución de guarda para las mismas. Por lo que, la existencia de menores de edad no emancipados no sometidos a patria potestad o en situación de desamparo (art. 199 CC) determina la necesidad de procurar la guarda y protección por medio de ciertas instituciones jurídicas de carácter subsidiario como la tutela.

Recordemos que, tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se instauró en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de pluralidad de guarda, frente al sistema anterior de unidad de guarda, asimismo, se posibilitaba el desdoble de la protección personal y patrimonial de la persona, llegándose a considerar que con la citada reforma tenía lugar una cierta «despatrimonialización» de las instituciones tutelares<sup>1</sup>. En todo caso, y con la excepción de la curatela y, la figura del administrador, que podían tener un contenido exclusivamente patrimonial, las demás —incluso la curatela de la persona con la capacidad modificada judicialmente (antiguo art. 289 CC), y el defensor judicial—, mezclaban ambas facetas. Con posterioridad se modificó la tutela de menores por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil dejando sin efecto la vigencia de los artículos 202 a 214; también con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre en que se atribuyó por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de menores e incapacitados; por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (—en adelante, LOPJM—) que, además de modificar la regulación del acogimiento y la adopción, se consagraron una serie de derechos de menor; por la

Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como por la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria; y, por las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y Ley 26/2015, de 28 de julio) que, modifican entre otras la citada LOPJM en cuyo artículo 2 establece que: «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

A estas leyes hay que añadir la publicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que, tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. Se entiende por violencia, a los efectos de esta Ley, toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital (art. 1).

Y, en fin, la que ha tenido lugar por Ley 8/2021, de 2 de junio —aprobada dos días antes y con el carácter de ordinaria— en la que, se eliminan del ámbito de la discapacidad no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por considerarlas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. Por lo que, la tutela, tal como indica el preámbulo de la citada Ley 8/2021, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. Si bien, junto a la tutela —órgano tuitivo por excelencia—, está la regulación guarda de hecho y el defensor judicial de menores de edad no emancipados a los que se les da un tratamiento diferenciado respecto de la guarda de hecho de personas con discapacidad y el defensor judicial de personas con discapacidad respectivamente. De todas formas, la reforma no varía el hecho que como institución tutelar que es la tutela sigue estando sometida al control judicial, ni que, la función tutelar sea subsidiaria respecto de la patria potestad.

Centrándonos en la nueva regulación de esta última reforma señalada, el artículo 200.1 del Código Civil señala que «*las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado, y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*». De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/función que se impone a las personas que asumen la guarda y protección de los menores no emancipados<sup>2</sup>. Es decir, se concede un poder, unos derechos, para cumplir unos deberes. La función tutelar,

por tanto, constituye un deber jurídico que, incumbe a toda persona nombrada, y, responde a una finalidad tuitiva y protectora, que se da en interés no del que la ejerce, sino del sometido a ella, siendo su contenido, un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función<sup>3</sup>. Al configurarse como deber, determina que únicamente se admita la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos (art. 223 CC remite normas para regir las excusas respecto del cargo de curador; y, los art. 236 y 297 CC hace lo mismo en cuanto al cargo de defensor judicial). El cargo tutelar, se configura como un *officium* o cargo de Derecho privado, no teniendo quien lo desempeña el carácter de autoridad, sino que simplemente asume una función en la que no solo existe el interés del protegido, sino también un interés familiar y social o público<sup>4</sup>, pues, tal configuración no pugna con la intromisión de lo público en su funcionamiento. Ciertamente, aunque se habla de instituciones tutelares, antes se vinculaban a aquellas que se entendían subsidiarias de la patria potestad (tutela, curatela, defensor judicial, guarda de hecho) y con un destinatario doble: menores e incapacitados. Lo que, además, tenían su plasmación normativa en un capítulo dedicado a las disposiciones generales que se aplicaba a todas ellas (antiguos arts. 216 y 217 CC). Ahora las funciones tutelares en sentido estricto operan respecto de la tutela, pues, no hay disposiciones generales, sino que el título comienza con la regulación concreta de la tutela y alcanza únicamente a los menores de edad no emancipado. Además, a diferencia del antiguo artículo 217.2 del Código Civil, las medidas de artículo 158 del Código Civil operan solo en «los supuestos de tutela de menores» en los términos del artículo 200 del Código Civil; 2. Las funciones tutelares se ejercen en beneficio o interés del tutelado<sup>5</sup>, que actúa como principio rector de la actuación del guardador, y significa que este ha de buscar el mayor interés del tutelado, interés que debe prevalecer sobre otros, y, por supuesto, sobre el suyo propio; y que, ha de entenderse desde la condición del tutelado como sujeto de derecho, operando con parámetros esencialmente objetivos o cuasi objetivos<sup>6</sup>. Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, ha de determinar el sentido de la propia intervención judicial cuando proceda (arts. 200.2, 202, 203, 207, 210, 211, 213, 214, 222 y 227 CC —que atendiendo a lo que dispone el art. 154 CC en sede de patria potestad establece que «los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos»—, entre otros). Además, este criterio del interés del menor habrá de interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996; 3. Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, mediante el establecimiento de medidas de vigilancia y control (art. 210 CC), de remoción de la tutela (art. 223 CC), cuando proceda; y, hay que añadir, también bajo el amparo del Ministerio Fiscal (arts. 200.3, 207, 209 y 222.3 CC). En todo caso, esta vigilancia permanente de la actuación de los órganos tutelares por parte de la autoridad judicial, posibilita, asimismo, que esta pueda acordar las medidas cautelares que, enumera el artículo 158, en cuanto sean convenientes para la más adecuada protección del menor. La adopción de estas medidas pueden ser decididas por el juez de oficio o a petición del propio hijo, de cualquier pariente y del Ministerio Fiscal; y, tales medidas no tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino también de su patrimonio, durante el tiempo que el juez considere oportuno. Se trata de medidas dirigidas a apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. alguna de estas medidas alcanza al menor sometido a tutela, en concreto la prohibición de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro

educativo y otros lugares que frecuente con respecto al principio de proporcionalidad (número 4); o la prohibición de comunicación con el menor que impediría al tutor establecer contacto por escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático con respecto al principio de proporcionalidad (número 5). Aunque referido a los que ejercen la patria potestad, podría plantearse en caso de incumplimiento de la prestación de alimentos y proveer necesidades futuras del menor tutelado, la posibilidad de plantear una remoción de la tutela (número 1). En caso de desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal, o bien en expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma (art. 158.6 apartado segundo CC). Recordemos que, la Ley 13/1983 sustituyó el sistema de tutela de familia por el de tutela de autoridad que, se mantiene en la Ley 8/2021 con un simple cambio terminológico al sustituirse la palabra «juez», por la de «autoridad judicial». De todas formas, la autoridad judicial controla el ejercicio de la tutela desde que se constituye hasta su extinción: así constituye la tutela —artículo 208 del Código Civil—; nombra el tutor y organiza el funcionamiento y ejercicio de la tutela —artículos 211 a 228 del Código Civil—; fija una retribución para el tutor en caso que el patrimonio del menor lo permita (art. 229 CC); por la remisión del artículo 224 del Código Civil a la normativa de la curatela puede exigir la constitución de fianza —artículo 284 del Código Civil— o autorización judicial para la realización de los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil; por remisión del artículo 223 del Código Civil, de nuevo, a la curatela podrá remover al tutor o excusarle del cargo —artículos 278 y 279 del Código Civil—; puede, además, al constituir la tutela establecer las medidas de vigilancia y control, que estime oportunas en beneficio del menor tutelado (art. 210); acordar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; o, en fin, podrá exigirle que le informe sobre la situación del menor y la rendición de cuentas de la administración anualmente (arts. 210 *in fine* y 228.5 CC) y al cesar del cargo de tutor con la rendición final de cuentas —artículo 232 del Código Civil—. 4. La tutela se ejercerá, asimismo, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier interesado (art. 209 CC). Se ha introducido la posibilidad que el Ministerio Fiscal actúe en su labor de vigilancia a instancia del propio menor. En relación con la referencia «a cualquier interesado» parece lógico pensar que, se legitima a cualquier persona para instar la intervención del Ministerio Público en base a un deber de solidaridad de la ciudadanía y en coherencia con lo establecido en el artículo 207 del Código Civil y artículo 13 de la LOPJM<sup>7</sup>. No obstante, no falta quienes entienden que, tal expresión solo alcanza a quien acredite un interés directo en el buen ejercicio de la tutela<sup>8</sup>. En todo caso, al igual que, la autoridad judicial en cualquier momento podrá exigir al tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de administración de la tutela. Si bien, con un matiz, el artículo 209 del Código Civil opera de forma personalizada con respecto al Ministerio Fiscal (le informe); en cambio, para la autoridad judicial procede a impersonalizar tal información al simplemente exigir que informe. Por lo que, parece que ante el mandato judicial esa información puede proporcionarse indistintamente al juez o al ministerio fiscal; por el contrario, cuando la pide el Ministerio Fiscal solo puede proporcionársela a él. También se puede pensar que, ha sido un error el legislador y el «leísmo» alcan-

za a ambas instituciones dirigidas a la protección de los menores tutelados. De todas formas, en esta labor de seguimiento de la tutela el tutor, además, de los informes periódicos que tiene la obligación de presentar, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal pueden, en cualquier momento, exigirle que les informe de la situación de menor y del estado de la administración de la tutela. Además de la rendición de cuentas anual que tiene que presentar el tutor al juez (art. 228.5 CC y art. 51 de la LJV). No obstante, conviene precisar que la toma de decisiones derivada de los informes y rendiciones de cuentas presentadas corresponden al juez por medio de auto (art. 51 de la LJV) y que podrán derivar, *vgr.*, en una remoción del tutor y el nombramiento de uno nuevo (arts. 223 y 278 CC y art. 49 de la LJV).

En este contexto, es posible que las labores de vigilancia del Ministerio Fiscal operen de forma compartida, por una parte, con los órganos de fiscalización propuestos por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 201 CC) y establecidos en la correspondiente resolución judicial de constitución de la tutela (art. 45.4 de la LJV); y, por otro que, lo hagan con aquellos acordados por la autoridad judicial de oficio o incluso, a propuesta del propio Ministerio Fiscal (art. 45.4.2 de la LJV).

Lo cierto es que, el juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio, y como función decisoria, en la rendición de cuentas<sup>9</sup>.

En todo caso, de tratarse de menores bajo la tutela de la entidad pública, tales medidas solo podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. Si bien, la entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al director del centro residencial o a la familia acogedora (art. 200 párrafo tercero CC).

En síntesis, sobre tales bases, se puede afirmar que la tutela se configura como una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados (art. 199 CC) y siendo el tutor el representante legal del menor a quien sustituye, salvo para aquellos actos que puede realizar por sí solo o para los que únicamente necesite asistencia (art. 225 CC); mientras la curatela también es un órgano estable, pero su actuación es referible a los asistencia de la persona discapacitada en el ejercicio de su capacidad, sin que el curador le represente o le sustituya<sup>10</sup>, salvo que excepcionalmente se le atribuyan facultades representativas. No se constituye en representante legal, sino que el curador simplemente, asiste a la persona con discapacidad. En consecuencia, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, como sucede con la tutela, sino para asistirle, completarla en aquellos actos que, la ley lo requiera como regla general<sup>11</sup>. Finalmente, en caso de oposición de intereses o de vacío transitorio en la tutela o curatela, el defensor judicial actúa en tales casos, provisionalmente. Se trata de un órgano de actuación no habitual ni estable, sino intermitente o provisoria.

A las instituciones de guarda legal anteriormente citadas, el Código Civil dedica el título IX del libro II del Código Civil capítulo I De la tutela —artículos 199 a 234—; capítulo II al defensor judicial del menor —artículos 235 y 236—; capítulo III a la guarda de hecho del menor —artículos 237 y 238—. A su vez, el capítulo I dedicado a la tutela se divide en cuatro secciones: la primera, contiene disposiciones generales sobre referibles a la tutela; la segunda, regula la delación de la tutela y el nombramiento de tutor; la tercera, se dedica al ejercicio de la tutela; y la cuarta, se refiere a la extinción y rendición de cuentas.

En virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de aquellas está integrado por las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber, que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —artículo 200.1 del Código Civil—. Por lo que, la tutela se configura en el sistema actual como una tutela de autoridad, destacando su carácter de deber y que debe ejercerse siempre en beneficio o interés del tutelado menor de edad<sup>12</sup>; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, solo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —artículo 223 del Código Civil—; 3) Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil (art. 300 CC)<sup>13</sup>; 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 230 CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar el artículo 226 del Código Civil se le prohíbe: a) Representar al tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se persigue evitar la autocontratación que pueda ocasionar un perjuicio al tutelado por existir un conflicto de intereses. Por lo que, de existir una coincidencia de intereses en un mismo acto o contrato, no opera esta prohibición; b) Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión. La referencia a causahabientes entiende la doctrina ha de ser en sentido amplio —tanto si es a título universal o particular— y, solo respecto los créditos o deudas que no han perdido su carácter tutelar<sup>14</sup>. Asimismo, consideran que, el término liberalidad se entiende referido a donaciones onerosas, remuneratorias y *mortis causa*, excluyéndose las liberalidades de uso y cortesía y de escaso valor<sup>15</sup>. Para el ámbito *mortis causa*, el artículo 753 del Código Civil dispone que: *«Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este, si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato»*. En todo caso, esta prohibición tiene una limitación temporal hasta que se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor —plazo de tres meses prorrogable por el tiempo que sea necesario, si concurre justa causa—; y, una vez prescrita la obligación de rendir cuentas; y, c) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título. Su alcance es más amplio que, la prohibición establecida en el artículo 1459.1 del Código Civil, pues, abarca tanto la prohibición de adquirir como la de transmitir y, en todo caso, tiene como límite temporal el de aprobación definitiva de su gestión, aunque no falta quien a falta de mención expresa como la establecida en el artículo 226.1 del Código Civil y ser objeto de interpretación restrictiva, solo opera hasta la extinción de la tutela. En todo caso, estos tres supuestos hacen referencia a aquellos actos o contratos cuya realización se prohíben realizar al tutor con la finalidad de evitar que este se valga de su especial relación con el tutelado y, por ende, de su situación de superioridad y privilegio. En cuanto a la sanción

para el acto o contrato realizado vulnerando las citadas prohibiciones es la de nulidad al ser una norma imperativa<sup>16</sup>; aunque para BADOSA COLL el supuesto contemplado en el antiguo artículo 221.1 determinaría la nulidad, mientras que, para otros darían lugar a la anulabilidad<sup>17</sup>. Quizá habría que, operar atendiendo a la regulación actual en este último sentido.

Ahora bien, antes de finalizar este apartado, procede señalar que, mientras la Ley 8/2021 descansa sobre dos pilares fundamentales: la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, la adopción de medidas de apoyo de carácter preferentemente voluntarias (apoderamiento y mandato preventivo y autotutela), junto a las legales y judiciales (curador —asistencial o representativo— guarda de hecho y defensor judicial) siempre que, estas resulten necesarias y proporcionadas a la situación de la persona con discapacidad. En cambio, con relación al menor de edad no emancipado se opera fundamentalmente sobre el interés superior del mismo y, en su atención se estructura la regulación de la tutela como institución tutelar.

## I. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

### 1. CONCEPTO

No se da en nuestro Código Civil un concepto legal de la tutela o guarda, pues, el artículo 200.1, sino que simplemente se describe el objeto de la protección, a lo que hay que añadir que, se indica la pluralidad de instituciones mediante las que se va a dispensar aquella —tutela, guarda de hecho y defensor judicial—. LETE DEL RÍO señala que «el tutor es la persona que, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad judicial, y de acuerdo con las disposiciones establecidas por los padres, o en su defecto o por falta de homologación, con las impuestas por el juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o solo de la persona o solo de los bienes del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último puede obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y, añade «su función es esencialmente de dirección, administración, y ejecución, la cual se manifiesta en derechos, facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza». En resumen, «al tutor le corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del menor o incapacitado»<sup>18</sup>. LASARTE ÁLVAREZ, por su parte, dispone que, «la tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor que, le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado»<sup>19</sup>.

Sobre tales bases, la tutela es, pues, una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores no emancipados que presenta los siguientes caracteres<sup>20</sup>: 1. Subsidiariedad, al configurarse como un mecanismo paralelo y subsidiario de la patria potestad; 2. Naturaleza pública del cargo y como función u oficio de Derecho privado; 3. Generalidad, pues, la tutela se atribuye al cuidado y protección «integral» de la persona y los bienes del tutelado. Nos encontramos ante un supuesto de representación legal; 4. Obligatoriedad. Las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado, y solo se admite excusa en los supuestos legalmente previstos. De ahí que, la tutela no sea, por su caracterización como deber, un cargo renunciable, al margen de las eventuales causas de inhabilidad para el desempeño del mismo (arts. 216 y 217 CC);

5. El interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego<sup>21</sup>;  
6. Control judicial. El ejercicio de la función tutelar se realiza bajo el control y vigilancia del juez, y del Ministerio Fiscal que, actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 209)<sup>22</sup>; y, 7. La tutela como oficio, en ocasiones, remunerado (art. 229.1 CC)<sup>23</sup>.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA TUTELA: LOS SUJETOS A TUTELA

En cuanto al ámbito de actuación de la tutela, el artículo 199 del Código Civil señala que, estarán sujetos a tutela: 1.º. Los menores no emancipados en situación de desamparo. El artículo 172.1 párrafo segundo del Código Civil considera como situación de desamparo: «*la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*». Se trata, por tanto, de menores privados de la asistencia moral o material necesaria, derivada no solo de carecer de la debida guarda legal, sino también aun estando el menor bajo patria potestad, tutela o guarda de hecho, se encuentran sin la debida asistencia moral o material. El desamparo procede por el incumplimiento o imposible ejercicio de los deberes de protección, esto es, por falta de ejercicio o que este se ejerza de forma inadecuada o deficiente, sin que sea necesario que obedezca a culpa de los progenitores; por lo que, se opera sobre un concepto objetivo del desamparo; de ahí que, se indique por la doctrina que es posible que exista situación de desamparo ante un menor desatendido por enfermedad del guardador<sup>24</sup>.

Estamos ante una tutela automática —por ministerio de la ley— que queda atribuida a la entidad pública que, en cada territorio esté encomendada la protección de los menores (art. 222 párrafo 1 CC), sin perjuicio que, se pueda optar por nombrar un tutor conforme a las reglas ordinarias (art. 222 párrafo segundo CC), cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con el correspondiente beneficio para el menor; u optar por un acogimiento familiar o la adopción<sup>25</sup>. En todo caso, la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este.

Asimismo, la entidad pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 CC)<sup>26</sup>.

Ciertamente, previa a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución en la que se procede al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. En todo caso, están legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela (art. 222.3 y 4 CC). En consecuencia, se podrá solicitar como medidas tras la asunción de la tutela por parte de la entidad pública la suspensión o privación de la patria potestad o la suspensión de la tutela, o en su caso, la remoción del tutor, y están legitimados para ejercer

las acciones de privación o suspensión de la patria potestad, o suspensión de la tutela, o en fin, promover la remoción del tutor el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela (atendiendo a los arts. 172.3 y 4 y 222.3 y 4 CC).

De todas formas, conviene precisar que, no existe situación de desamparo, si pese a carecer de progenitores, porque estos han fallecido o de tutor que no ha sido nombrado, está atendido de forma adecuada por un guardador de hecho. Por eso no se entiende la redacción del artículo 237.2 del Código Civil al proceder la declaración de desamparo, cuando además de darse la circunstancia de la existencia de un guardador de hecho, haya desasistencia material o moral. Pues, la propia existencia de la guarda de hecho impide la citada desasistencia moral o material. De forma que, resulta si hay guarda de hecho, en principio, impide que el menor esté desasistido. Resultará bastante difícil, que, aun existiendo guarda de hecho, el menor no esté adecuadamente protegido por el guardador de hecho. Quizá el legislador está pensando en un supuesto poco frecuente, por su propia excepcionalidad, en que la guarda de hecho coexista con la desasistencia del menor guardado. No parece que, sea otra la explicación a esta inexplicable redacción del artículo 237.2 del Código Civil que, por cierto, tiene un precedente en el artículo 303 —reformado por la Ley 26/2015 en este sentido—. Además recordemos que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014<sup>27</sup> fija como doctrina jurisprudencial que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, no se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

Ahora bien, esta tutela administrativa que en el respectivo territorio tenga la entidad pública encargada de la protección de los menores no emancipados en situación de desamparo, opera en cumplimiento de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución española y su asunción, como hemos indicado, es automática por ministerio de la ley (*ex lege*), sin necesidad de constitución judicial como la tutela ordinaria<sup>28</sup>.

No obstante, conviene precisar que, ante el desamparo del menor se pueden adoptar dos medidas por parte de la Administración pública competente: la guarda administrativa que puede constituirse cuando se pretende evitar una situación futura de riesgo o desamparo; y la tutela administrativa cuando ya ha sido declarado el desamparo. En el primer caso, la Administración asume solo la guarda del menor; en el segundo, además de la guarda, la tutela que, puede derivar en un acogimiento familiar o residencial como forma de ejercer esa guarda/tutela.

2. *Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad* (art. 154 CC)<sup>29</sup>. Puede suceder que un menor no esté sometido a la patria potestad, bien desde el inicio, por no haberlo estado nunca (filiación desconocida) respecto de ambos progenitores, o bien por causas posteriores (muerte o declaración de fallecimiento de los padres o ausencia de los titulares de la patria potestad —artículo 169.1.º— CC), o por privación total o parcial, o suspensión de la patria potestad —artículo 170 del Código Civil—<sup>30</sup>; o estuvieran imposibilitados de ejercerla de hecho (art. 231.4 CC), o incumplieran de forma sistemática los deberes inherentes a la patria potestad, o cuando dándose cualquiera de las circunstancias mencionadas, además el otro progenitor ha sido excluido de la patria potestad atendiendo a lo previsto en el artículo 111 del Código Civil —cuando haya sido condenado a

causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición<sup>31</sup>. En estos supuestos, los menores necesitan una persona que sea su representante legal, pues, carecen de capacidad de obrar y, que, al mismo tiempo, vele por su persona y bienes. De ahí que, esta carencia se tenga que, suplir mediante la institución de la tutela, siendo esta supletoria de la patria potestad. El tutor como representante del menor, le sustituye, salvo para aquellos actos que este puede realizar por sí solo o que, únicamente, exigen asistencia (art. 225 CC).

Tal tutela será plena, comprendiendo todos los derechos y obligaciones, tanto respecto a la persona como a los bienes del pupilo, salvo que, como dice el artículo 218.1.º del Código Civil, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar los cargos de tutor de la persona y el de los bienes. No obstante, como señalaba GÓMEZ OLIVEROS atendiendo a la regulación anterior que, si fallecía uno de los titulares de la patria potestad, estando el otro privado de la misma, la sujeción del menor a la tutela no sería automática, pues, cabe la posibilidad que el padre privado del ejercicio, lo recupere, si el juez lo considera beneficioso para el menor<sup>32</sup>. De todas formas, procede señalar que, la Ley 8/2021 ha eliminado del artículo 156.4 la referencia a la «incapacidad» como causa de ejercicio exclusivo de la patria potestad por el otro progenitor. Por tanto, los progenitores sean personas con discapacidad necesiten o no apoyos podrán ejercer la patria potestad, sin que, si se diera el caso que necesitasen medidas de apoyo, ello le impida ejercer aquella, y la necesidad de nombrar tutor.

En todo caso, la tutela y la patria potestad no pueden operar simultáneamente, si existe una o la otra, al resultar incompatibles. De ahí que, la tutela se extingue cuando el titular de la patria potestad la recupera o desaparece la causa que le impedía ejercitarla de hecho, o cuando el menor es dado en adopción (art. 231 CC)<sup>33</sup>.

En este contexto, queda fuera de la tutela, los emancipados, los que obtengan el beneficio de la mayoría de edad, que pasan a someterse a defensor judicial, si no es posible la asistencia paterna (art. 235.3 CC). Recordemos que, desde la reforma por Ley 8/2021 vienen a asumir las funciones que hasta este momento se atribuían al curador en relación con los menores de edad emancipados.

Ahora bien, la enumeración de los supuestos por los que pueden constituir la tutela tiene carácter de «*numerus clausus*», solo las personas enumeradas en el citado precepto pueden y deben ser sometidos a tutela. Se ha de interpretar, por tanto, tal enumeración de forma taxativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ni analógica, por tratarse de una materia que afecta al estado civil<sup>34</sup>.

### 3. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

Dándose algunos de los dos supuestos contenidos en el citado artículo 199 del Código Civil, están obligados a promover la constitución de la tutela, tanto los parientes llamados a esta —que son los que señala el artículo 206 del Código Civil: ascendientes y hermanos del menor (por naturaleza o por adopción; de doble vínculo o de vínculo sencillo— (art. 213.2 CC); como la persona física (guardador de hecho —artículo 237 del Código Civil—), o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor (citado art. 206 CC), sin que exista prelación entre ellos. Respecto a los parientes, además de tal vinculación familiar, deben ser llamados; por lo que quedan excluidos aquellos parientes que no son llamados

como los tíos, o los no parientes. En realidad, estos últimos no tienen obligación de promover la tutela, no están legitimados para ello, pero sí podrán operar por la vía del artículo 207 del Código Civil —poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho determinante de la tutela—.

Ahora bien, los parientes obligados a promover la constitución de la tutela, deberán hacerlo desde el momento que, tuvieran conocimiento del hecho que motivare la tutela —cuando se trata de menores no emancipados que no están bajo patria potestad o menores no emancipados en situación de desamparo—, con la mayor celeridad y diligencia posible —diligencia superior a la media—, pues, si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización por los daños y perjuicios que se causen (art. 206 *in fine* CC). En todo caso, existe coincidencia en la doctrina, en entender que la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor no emancipado, puede ser tanto el guardador de hecho (art. 237 CC), como el guardador legal (entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores e incapaces —art. 172.1 y 2 CC—). De todas formas, se parte del conocimiento del hecho que lo motivare, por lo que su operatividad descansa en dicho momento temporal y no cuando se produzca el hecho determinante de la tutela. Sobre tales bases, el incumplimiento de esta obligación de promover la constitución de la tutela determina la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al menor tanto en el ámbito personal como patrimonial. Se trata de una responsabilidad solidaria y objetiva<sup>35</sup>. Y corresponderá su ejercicio al nombrado tutor o al propio tutelado cuando llegue a la mayoría de edad. No obstante, se podría dar el caso que, el obligado a promover la tutela no cumpla con tal obligación, pero, sin embargo, el juez opte por nombrarlo tutor, al no ser este incumplimiento de la obligación de promoción de la tutela causa de inhabilidad para el cargo. Si bien, ante la posible existencia de un conflicto de intereses, la acción de responsabilidad por daños y perjuicio no corresponda ejercitarla al tutor; sino que se proceda al nombramiento de un defensor judicial para que la ejercite (arts. 226.1 y 235.1 CC).

Asimismo, se impone el deber de constitución de la tutela a la autoridad judicial y, al Ministerio Fiscal, cuando tuvieran conocimiento que en el territorio de su jurisdicción existe alguna persona que, ha de ser sometida a tutela (arts. 207 y 208 CC). Conocimiento que puede provenir de terceras personas, pues, el artículo 207 faculta a cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de esta naturaleza a comunicarlo al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, a fin de que se dé inicio al expediente<sup>36</sup>. Corresponde, por tanto, a todos los que no tienen la obligación de promover la tutela, esto es, a extraños y los restantes parientes que, no tienen obligación de hacerlo —estos son parientes no llamados ni guardadores: por ejemplo, tíos; o no parientes; por ejemplo, amigo paterno o materno, vecino/a, profesores, padrino o madrina—. No están obligados, sino facultados para comunicarlo al Ministerio Fiscal o al juez. No están, en consecuencia, legitimados para solicitar el inicio del expediente, sino para informar de la necesidad de tutela del menor. No obstante, en caso de menores en situación de riesgo o desamparo, sí existe una obligación de comunicarlo a la autoridad competente. Así en el artículo 13 de la LOPJM se establece como obligación para toda persona o autoridad, especialmente aquellas que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de riesgo o posible desamparo de una persona menor de edad, lo comuniquen inmediatamente a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. Asimismo, cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación,

durante el periodo obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización. En fin, las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva y en todas estas actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

Sobre tales bases, el expediente de constitución de la tutela puede iniciarse por el juez de primera instancia a solicitud del Ministerio Fiscal, cuando estos conozcan el hecho determinante de la tutela por la tramitación de cualquier procedimiento, o porque se le dé noticia de ello cualquier persona (art. 207 CC); o a instancia de parte, esto es de cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela, o de las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor. A diferencia del antiguo artículo 228 del Código Civil que permitía actuar de oficio al juez cuando tenía conocimiento que existía en el territorio de su jurisdicción alguna persona que debía ser sometida a tutela; ahora no se ha previsto tal posibilidad. De forma que, si el juez conoce que existe un menor que necesite ser sometido a tutela, se lo habrá de comunicar al Ministerio Fiscal para que este solicite —si lo considera oportuno— el inicio del expediente. No obstante, en relación con la guarda de hecho, el artículo 52.2 de la LJV establece que el juez puede promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Por lo que, en este supuesto se le permite actuar de oficio. Ante esta previsible contradicción y falta de técnica legislativa adecuada y el hecho que el propio artículo 237 del Código Civil en sede de guarda de hecho —no haga referencia a esta actuación de oficio como sí hacía el antiguo artículo 303 del Código Civil con la remisión al artículo 228 del citado cuerpo legal— entendemos que, el juez deberá también en este caso informar al Ministerio Fiscal para que sea él el que solicite el inicio del expediente<sup>37</sup>.

En este contexto, promovida la constitución de la tutela por las personas que están obligadas a ello, corresponde a la autoridad judicial constituir la tutela mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 208 CC). Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Asimismo, el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que el menor o persona con discapacidad resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud. En estos expedientes no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en los relativos a la remoción del tutor en los que será necesaria la intervención de abogado (art. 43 de la LJV).

El expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela. En ella deberá expresarse el hecho que dé lugar a una u otra, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de esta y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores. En la comparecencia se oír al promotor; a la persona cuya designación se proponga

si fuera distinta al promotor; a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno (art. 45 de la LJV).

Tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El juez designará tutor a persona o personas determinadas, de conformidad con lo prevenido en el Código Civil.

En la resolución acordando el nombramiento de tutor se podrán adoptar las medidas de fiscalización de la tutela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 201 CC).

Asimismo, en la resolución por la que se constituya la tutela u otra posterior, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor informe sobre la situación personal del menor y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírá previamente al tutor; al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y al Ministerio Fiscal (art. 45.5 de la LJV).

Por otra parte, el juez, en la resolución por la que constituya la tutela o en otra posterior, podrá exigir al tutor o curador de modo excepcional la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma según prevé el artículo 284 del Código Civil por remisión del artículo 224 del citado cuerpo legal.

También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al tutor o curador; a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si tuviere más de doce años, y al Ministerio Fiscal.

En todo caso, mientras se sustancia el expediente de tutela, si el menor no está bajo guarda de hecho se podrá nombrar un defensor judicial aplicando analógicamente lo previsto en los artículos 235, 278 y 279 del Código Civil; o, en su caso, asumir la guarda provisional del menor por la entidad pública competente mediante la correspondiente resolución administrativa sobre la base de la obligación de prestar atención inmediata (arts. 172.4 CC, 14 y 14 bis de la LOPJM —este último en casos de urgencia)<sup>38</sup>.

La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos.

Si bien, durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del tutor electo, en su caso, el cuidado del menor y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al juez (art. 45 de la LJV).

De todas formas, cuando se prevea que, un menor sujeto a patria potestad o a tutela razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, va a precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, una vez, alcanzada aquella, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del propio menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.

Si bien, estas medidas se adoptarán siempre que, el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias provisiones para cuando alcance la mayoría de edad

(acuerdo de apoyo). En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC).

Estamos ante un supuesto donde la situación de discapacidad del menor es una realidad ya en su minoría de edad, y, con seguridad, se mantendrá durante la mayoría de edad. Y, anticipándose a esta situación, la autoridad judicial podrá proceder a la adopción de medidas de apoyo que serán efectivas una vez concluya la minoría de edad —y por tanto, se extinga la patria potestad y la tutela—. Tal anticipación en la adopción de medidas viene precedida de la petición del propio menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal y siempre que, se estime necesaria su adopción. El procedimiento es el previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en caso de oposición el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, se dará participación al menor en el proceso de adopción de tales medidas y se atenderá a su voluntad, deseos y preferencias, si bien, en un ámbito temporal de dos años anteriores a la mayoría de edad. Nos parece adecuado darle participación en el proceso, pero no entendemos que significa atender a su voluntad, deseos y preferencias en este momento, si esta medida va a ser efectiva al llegar a la mayoría de edad. Quizá en ambos momentos temporales habrá que atender a su voluntad, deseos y preferencias.

Por otra parte, también se dará campo de actuación al menor de edad, al permitir al mayor de dieciséis años no emancipado que, pueda fijar las medidas de apoyo que quiera que surtan efecto al llegar la mayoría de edad. Documento que, a falta de mención en cuanto a su forma, pueden ser en documento privado como público. Por lo que, en esta situación concreta, las medidas de apoyo pueden ser judiciales o voluntarias.

Respecto de las medidas judiciales que se puede prever anticipadamente, se puede designar a los propios progenitores como curadores del hijo —lo que antes constituía la patria potestad prorrogada—. También a falta de medidas judiciales o voluntarias previstas en el citado artículo 254 del Código Civil cuya adopción no es obligatoria, al llegar el menor de edad discapacitado a su mayoría de edad, pueden los padres operar como guardadores de hecho de su hijo mayor discapacitado, por lo que el hijo no queda sin apoyos, si estos resultan necesarios, una vez extinguida la mayoría de edad. Y de ser insuficiente o inadecuada la medida, proceder a una provisión de apoyo judiciales que, puede ser una curatela.

En todo caso, como indica GUILARTE MARTÍN-CALERO la anticipación de la solicitud de medidas judiciales de apoyo sería aplicable, dado su carácter excepcional en «aquellas situaciones en las que puede encontrarse un menor con discapacidad que imposibilita la conformación de una voluntad suficiente para otorgar un acuerdo de apoyos y la guarda de hecho se vislumbra insuficiente o inadecuada; aquellas en las que la situación familiar es conflictiva y o existe acuerdo sobre la o y/o titularidad de la guarda de hecho por parte de los progenitores (nulidad, separación y divorcio); aquellas en las que la situación patrimonial del menor con discapacidad tiene una entidad que requiere para su ágil intervención en el tráfico una medida de apoyo formal. En estos casos y en aquellos otros de naturaleza análoga, la curatela desplegaría sus efectos a partir de la mayoría de edad»<sup>39</sup>.

Para PARRA LUCÁN de lo que se trata con el citado artículo 254 es, simplemente «evitar vacíos en la presentación de apoyos en el momento en el que la persona con discapacidad alcanza la mayoría de edad (y por tanto, se extingue la patria potestad y la tutela) y el nombramiento de apoyos judiciales»<sup>40</sup>.

#### 4. PERSONAS QUE PUEDEN SER TUTORES. CONDICIONES Y APTITUD PARA SER NOMBRADOS

Los artículos 211 a 223 del Código Civil se refieren a las personas que son llamadas a la tutela de menores de edad incluyendo: los requisitos y capacidad o idoneidad que tiene que tener una persona para ser nombrado tutor; y, la remoción —deje de serlo si es nombrado— y excusa del cargo —no llegue a ser designado—.

Pueden ser tutores tanto personas físicas, como fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores<sup>41</sup>.

El artículo 211 del Código Civil determina que para ser tutor la persona física tiene que cumplir dos requisitos: en primer lugar, tener las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en segundo lugar, que en el tutor no concurren causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes (arts. 216 y 217 CC). Resulta conveniente que se trate de personas mayores de edad, aunque, el Código Civil no fija una edad determinada. Incluso, puede plantearse el nombramiento de una persona menor de edad emancipada en caso que, sea tutor de la persona; más dudas del patrimonio, si atendemos a lo establecido en los artículos 246 a 248 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 212 del Código Civil referido a las personas jurídicas públicas o privadas excluye a aquellas que no tengan una finalidad lucrativa y que entre sus fines no figure expresamente la protección de los menores, siempre y cuando estén válidamente constituidas conforme a derecho (art. 35 CC). Las personas jurídicas que tienen finalidad lucrativa son las fundaciones y las asociaciones, no así las sociedades civiles y mercantiles por tener la obtención de lucro. Ahora bien, puede darse el caso que entre sus fines no figure exactamente la protección y asistencia de menores, por lo que la doctrina opta por una interpretación amplia del precepto en el sentido que basta con que en términos generales se dediquen a la protección de menores<sup>42</sup>. Ciertamente, corresponde al juez valorar si atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, hacen aconsejable el nombramiento de tutor a una persona jurídica concreta.

En todo caso, tanto en el caso de tutor persona física como persona jurídica, el llamado a ser tutor no puede incurrir en las causas de inhabilidad establecidas legalmente, con una aclaración que algunas causas de inhabilidad no podrán ser aplicables a las personas jurídicas. Ahora bien, cuando se trate de un tutor persona jurídico-pública, es decir, entidad pública que en el respectivo territorio tiene las funciones de guarda y protección de menores no pueden excusarse del cargo, alegando ausencia de recursos económicos o personales. Además, en caso de desamparo, recordemos, asumen la tutela *ex lege* de los menores.

En este contexto, constituye una realidad que, resulta más conveniente que, el llamamiento recaiga en una persona física, máxime si se trata de un familiar del menor, aunque el Código Civil no concrete tal preferencia expresamente, aunque implícitamente se deduce del artículo 213.2 que establece como nombramiento preferente al ascendiente o hermano. Si bien, todo ello depende de la decisión del juez que, puede no nombrar a las personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial, como al ascendiente o hermano, si considera que es lo más beneficioso para el menor y designar a una persona jurídica como tutor. De todas formas, los progenitores pueden designar tanto personas físicas como jurídicas para ser tutores de sus hijos menores de edad no emancipados en testamento o documento público notarial. Además, como persona jurídica privada más idónea, suele considerarse las fundaciones.

En esencia, la práctica habitual es el nombramiento como tutor de una persona física, un familiar, por ser lo más beneficioso para el menor, pero en los casos en que no sea posible encontrar personas físicas que pueda desempeñar el cargo, lo más adecuado es acudir al nombramiento de una persona jurídica como tutor —preferentemente, personas jurídico-privadas (fundaciones)—. Frente a esta implícita subsidiariedad deducible de la normativa del Código Civil, en otros ordenamientos civiles parece contenerse de una forma más explícita. Así el artículo 222-10 del Código Civil catalán dispone que: «*Si no existen personas del entorno familiar o comunitario que quieran asumir la tutela, la autoridad judicial debe designar a personas jurídicas, públicas o privadas, sin ánimo de lucro, que puedan asumirla satisfactoriamente*»<sup>43</sup>.

### III. LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR

Como señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ «La delación consiste en el llamamiento de una persona a algo, en concreto, y por lo que aquí respecta, para desempeñar la tutela»<sup>44</sup>. A lo que añade que «aunque *a priori* pudiera parecer que la delación y el nombramiento de tutor son dos momentos diferentes y sucesivos, en realidad la tutela comienza con el nombramiento del tutor que, se identifica con la constitución»<sup>45</sup>. Por su parte, precisa SERRANO ALONSO que, significa llamamiento de una persona a algo; en este caso, para desempeñar la tutela<sup>46</sup>. A lo que añade, que es la simple designación de personas que potencialmente pueden llegar a ser tutoras, si son nombradas para el cargo. Sin embargo, para LACRUZ BERDEJO, si por delación se entiende, precisamente, un llamamiento que, para su efectividad, depende solo de la aceptación del llamado, no hay en el nuevo sistema verdadera delación, sino acaso vocación<sup>47</sup>.

En esencia, supone la designación de personas físicas o jurídicas que pueden llegar a ser nombradas tutoras. Por lo que, la constitución de la tutela comienza con el nombramiento del tutor y finaliza con la toma de posesión del cargo por parte de aquel<sup>48</sup>. La sección 1.ª del capítulo I del título IX del libro I del Código Civil lleva la rúbrica «De la delación y el nombramiento de tutor», sin embargo, no se trata de dos momentos sucesivos, sino que la tutela comienza con el nombramiento del tutor que, se identifica con la constitución.

El artículo 213 del Código Civil ha fijado un orden preferente de llamamientos al que el juez debe acudir para designar tutor del menor no emancipado; si bien, el designado habrá de cumplir las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no estar incurso en causa de inhabilidad —artículo 211 del Código Civil—.

No obstante, excepcionalmente, y en resolución motivada, el juez puede alterar el orden legal establecido en el citado artículo 213 apartado segundo del Código Civil, siempre que resulte que el interés superior del menor así lo exigiera<sup>49</sup>. De manera que, el juez designará como tutor a la persona que considere, que va a ejercer el cargo de la forma más conveniente para el tutelado, tanto si para ello se nombra una como varias personas.

Se preferirá en el nombramiento:

1. A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 213.1 CC)<sup>50</sup>. A este respecto, el artículo 201 del Código Civil establece que «*los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así*

como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre las personas o bienes de sus hijos menores»<sup>51</sup>. Los progenitores pueden hacer uso de esta facultad a favor de los hijos matrimoniales, como no matrimoniales y adoptivos menores de edad no emancipados (arts. 108, 154.1 y 169.2 CC), siempre y cuando ostenten la patria potestad sobre sus hijos como precisa el artículo 204 del Código Civil; de forma individual o conjunta. Aunque el precepto habla de nombrar, lo que realmente se atribuye a los progenitores es la facultad de designar tutor, ya que el nombramiento es competencia exclusiva del juez. Los progenitores que, pueden hacer tal designación, son los que tienen la patria potestad, y recae sobre los hijos menores de edad, sometidos a ella —por lo que no es precisa la tutela—. Se hacen para el caso en que, faltando los padres, sea necesaria la tutela. Ahora bien, no se trata de una facultad concedida a los padres que, a su vez, sean menores de edad<sup>52</sup>, pese a que no falta en la doctrina, quien sobre la base legal del artículo 157 del Código Civil, considera que, los menores de edad pueden ejercer esta facultad, si poseen la capacidad requerida para otorgar el acto, que ha de contener las disposiciones sobre la tutela; eso sí, con la asistencia de sus padres y a falta de estos del tutor o intervención judicial en caso de desacuerdo o imposibilidad<sup>53</sup>.

Concede a los padres el artículo 201 del Código Civil no solo la posibilidad de designar tutor, o excluir las personas que bajo ningún concepto quieran que sean tutoras, como también los órganos de fiscalización de la tutela y personas que los integren, debiendo reunir los mismos requisitos de capacidad que se exigen para los tutores y se les aplica las causas de remoción, no así las de excusa, al no ser cargo obligatorio —por lo que, puede aceptarlo o no—<sup>54</sup>. En todo caso, estos órganos de fiscalización no puedan suprimir la función fiscalizadora del Ministerio Fiscal o la del juez, aunque si completarla, ni pueda sustituir al juez en el otorgamiento de la autorización judicial a la que se refieren los artículos 287 y 289 del Código Civil, —pues, no se pueden disminuir las garantías que, el Código Civil establece en los citados preceptos, alegando un presumible beneficio o interés para el hijo menor<sup>55</sup>—, sino también cualesquiera otras disposiciones relativas a la persona y bienes de los hijos, tales como la de nombrar varios tutores, disponer un ejercicio de la tutela de forma solidaria (art. 218.3 CC en relación con el art. 219 del mismo cuerpo legal); separar los cargos de tutor de la persona y tutor de los bienes (art. 218 CC); excluir a determinadas personas del cargo de tutor (art. 217.1 CC); fijar la remuneración del tutor (art. 229.1 CC), o la atribución de frutos por alimentos (art. 229.3 CC), etc.

De todas formas, en la resolución acordando el nombramiento del tutor, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela establecidas por el progenitor en testamento o documento público notarial, salvo que sea otro el interés de la persona afectada. Asimismo, en tal resolución, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes (art. 210 CC)<sup>56</sup>. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírán previamente al tutor o curador, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y al Ministerio Fiscal (art. 45.4 de la LJV). No obstante, conviene precisar que, el documento público notarial no testamentario puede ser otorgado por ambos cónyuges, no así el testamento, al no estar permitido en derecho común, el testamento mancomunado.

Si bien, para que puedan ser eficaces las citadas disposiciones sobre la tutela es preciso que, en el momento de adoptarlas, el disponente no estuviera privado de

la patria potestad, esto es, se hayan realizado antes de la privación (art. 204 CC), como hemos precisado, en líneas precedentes. Para un sector doctrinal al tratarse de una norma de carácter sancionador, debe interpretarse su campo de actuación de forma restrictiva, y considerar que solo se aplica al supuesto de privación total de la patria potestad, y no en caso de privación parcial en el momento de adoptar las disposiciones sobre la tutela, pudiendo en este supuesto el padre o la madre hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 201 del Código Civil<sup>57</sup>. Se incluye, no obstante, también la suspensión, al ser una privación temporal, y no el caso en que el ejercicio de la patria potestad esté atribuido a uno solo de los padres, en los casos de nulidad, separación y divorcio<sup>58</sup>. La prohibición afecta a quien se encuentre privado de la patria potestad en el momento de adoptar las disposiciones ordenando la tutela, y no en el momento de constituir esta<sup>59</sup>.

Ahora bien, si se optase por designar tutor en testamento, se podrá hacer en cualquiera de las formas admitidas en nuestro ordenamiento (testamento común o especial), correspondiendo a cada uno de los progenitores otorgar uno, pues, en el Código Civil no se admite el testamento mancomunado. Por lo que, en el campo del derecho común por la vía testamentaria solo se admite la designación individual. Tal testamento es revocable, sin que puedan subsistir con tal revocación, las disposiciones relativas a la tutela dispuestas en el testamento revocado, al no poderse aplicar analógicamente el artículo 741 del Código Civil, salvo que, en el nuevo testamento el testador haya manifestado su voluntad de que subsista la designación de tutor (art. 739 CC)<sup>60</sup>. En todo caso, la designación puede hacerse conjunta en aquellos ordenamientos civiles que permiten tal modalidad de testamento mancomunado —así los Derechos civiles de Aragón, País Vasco, Galicia y Navarra (en este ordenamiento, se denomina testamento de hermandad)—. No obstante, el artículo 222-6 del Código Civil catalán opta por preferir el nombramiento realizado en testamento posterior. Al respecto dispone que: «*En caso de concurrencia de nombramientos o exclusiones realizados por los titulares de la potestad parental, es preferida la voluntad de quien la ha ejercido en último lugar, sin perjuicio, en su caso, de la eficacia del nombramiento realizado por el otro del titular de la administración especial de los bienes que él mismo haya dispuesto por donación o título sucesorio en favor del menor o incapaz*»<sup>61</sup>.

Si los progenitores se deciden por el documento público notarial, será mediante escritura pública otorgada a tal efecto<sup>62</sup>, o por cláusula contenida en cualquier escritura, pues, no es preciso que, esta tenga por objeto exclusivo la designación de la persona del tutor<sup>63</sup>. En todo caso, la escritura podrá ser otorgada por ambos progenitores, armonizando con ello las disposiciones relativas a la tutela.

De existir disposiciones de uno y otro progenitor y resultar compatibles las distintas disposiciones realizadas por los mismos (por ejemplo, uno designa tutor, y el otro órganos de fiscalización), se aplican conjuntamente; si son incompatibles, el juez adoptará en resolución motivada la que considera más conveniente para el tutelado —artículo 203 del Código Civil—. O, incluso, podrá prescindir de ellas, pues el nombramiento del tutor corresponde al juez y siempre lo hará en interés del menor.

En todo caso, serán eficaces las disposiciones de los progenitores: 1. Si se hubieran hecho en testamento o documento público (arts. 201 y 203 CC); y, 2. En el momento de adoptarlas el progenitor disponente no hubiera sido privado de la patria potestad (art. 204 CC). Se habla de privación, sin embargo, existen otros cauces que la ley establece para apartar a un progenitor de la patria potestad: la exclusión (art. 111 CC) y la suspensión de la patria potestad. Frente a quienes optan por limitar el carácter sancionador del artículo 204 del Código

Civil y optar por una interpretación restrictiva<sup>64</sup>; otros consideran que lo que se ha de preservar es el interés del menor y, en consecuencia, ampliar también a estos supuestos el alcance del citado artículo 204 del Código Civil<sup>65</sup>. No obstante, si el progenitor recupera la patria potestad privada o, en su caso, suspendida (arts. 170.2 y 172.3 o 111.3 CC en caso de exclusión), las disposiciones otorgadas en su momento no resultan eficaces, al llevarse a cabo en un momento en que no tenía la patria potestad.

De todas formas, el progenitor con discapacidad puede ejercer la patria potestad, igualmente, podrá establecer las previsiones del artículo 201 del Código Civil con los apoyos que, en su caso, precise, si se diera el caso.

En este contexto, es posible que ambos progenitores hayan adoptado previsiones individualmente que se aplicarán en cuanto sean compatibles —*vgr.*, uno ha designado el tutor de la persona y otro el tutor del patrimonio; o uno haya designado el tutor o tutores y el otro los órganos de control o fiscalización—. De no ser compatibles corresponde al juez decidir en resolución motivada —tutela de autoridad judicial— cuál de las disposiciones resulta más conveniente para el interés superior del menor (art. 203 CC).

Ahora bien, tal facultad concedida a los padres vincula relativamente al juez, pues, puede prescindir de la designación realizada por aquellos mediante resolución motivada, cuando el interés superior del menor exija otra cosa (arts. 202 y 213 apartado segundo CC), siendo útil el trámite de audiencia que establece el artículo 45.2 de la LJV para valorar si las previsiones de los progenitores son o no perjudiciales para el menor en aras a su interés superior. Al ser la resolución motivada, corresponde al juez justificar su decisión de desvincularse de lo establecido por los progenitores, teniendo como telón de fondo el interés superior del menor al ser la causa sobre la que permite al juez desvincularse de las disposiciones de los progenitores. En todo caso, no olvidemos que, el artículo 45.6 de la LJV dispone que, la resolución que se dicte será recurrible en apelación, sin que produzca efectos suspensivos. Si bien, durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del tutor o curador electo, en su caso, el cuidado del menor o persona con discapacidad y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al juez. Si bien, conviene precisar que, el orden de preferencia para el nombramiento del tutor previsto en el artículo 213.1 del Código Civil, puede excepcionalmente y en resolución motivada ser alterado por el juez y, en consecuencia, prescindir tanto de la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial o de ascendiente o hermano, si el interés superior del menor así lo exigiera (art. 213.2 del citado cuerpo legal). En todo caso, a la hora de optar por las opciones de nombramiento del citado artículo 213.1, se entiende beneficioso para el menor el hecho de que se integre en la familia del tutor<sup>66</sup>.

Sobre tales bases, el expediente para la constitución de la tutela se iniciará mediante una solicitud a la que se acompañará el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos, en los que se disponga sobre la tutela de sus hijos menores.

De todas formas, ni el propio menor, ni otros parientes pueden realizar estas disposiciones sobre tutela de los menores. La Ley 8/2021 solo permite que la persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica pueda prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativa a su persona o bienes, o incluso proponer en este mismo documento

público el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (arts. 255 y 271.1). Respecto de otros sujetos distintos a los progenitores, la regulación del Código Civil contrasta con la existente en otros ordenamientos civiles como el Código de Derecho Foral de Aragón que, permite la delación de la tutela por los titulares del ejercicio de la autoridad familiar —artículo 110— que, pueden ser los padres, los padrastrros —artículo 85—; los abuelos —artículo 86— y los hermanos mayores —artículo 87—.

En fin, pese a que ni los artículos 4 y 77 de la LRC los menciona, el artículo 300 del Código Civil establece que: «*las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y las medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil*». Por lo que, los documentos públicos notariales del artículo 201 del Código Civil son inscribibles en el Registro Civil. En todo caso, apunta acertadamente MAYOR DEL HOYO que los documentos públicos que otorgan los progenitores no tienen porque, ser específicamente tutelares, sino que pueden ser cláusulas que se contengan en escrituras públicas con otro contenido como las capitulaciones matrimoniales<sup>67</sup>.

2. Al ascendiente<sup>68</sup> o hermano que designe el juez<sup>69</sup>, sin que entre ellos haya de seguirse un orden de preferencia, pues, la autoridad judicial puede designar indistintamente a unos u otros, ya que están en plano de igualdad<sup>70</sup>. Si bien, se puede preferir dentro de la misma línea y grado al que conviva con el menor.

En todo caso, en relación al nombramiento de tutor, el Código Civil admite el juego de la autonomía de la voluntad a los efectos de excluir a determinadas personas del cargo. En efecto, respecto de la designación del tutor, el artículo 201 del Código Civil otorga relevancia a la voluntad excluyente de los progenitores, establecimiento que «*tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial*». Sin embargo, esta exclusión procedente de los padres o del propio interesado, no opera cuando «*el juez al constituir la tutela en resolución motivada estime otra cosa en interés superior del menor*» (art. 202 CC).

Como regla general el juez habrá de proceder al nombramiento de tutor conforme al orden de prelación establecido por el artículo 213 del Código Civil y con sujeción a las exclusiones que, a tales efectos hubieren hecho los padres. No obstante, con carácter excepcional<sup>71</sup>, se permite que, en resolución motivada, el juez altere el orden legal de preferencia, y que incluso prescinda de las personas incluidas en el mismo, «*si el beneficio del menor así lo exigiere*» (art. 213 párrafo segundo CC)<sup>72</sup>. Precisaba, ALBALADEJO conforme a la anterior regulación de la tutela que, en todo caso, esta facultad que atribuye al juez, tiene carácter *excepcional*, y solo corresponde su actuación, si lo *exige* el beneficio del tutelado —luego, no basta por tanto que puramente parezca *mejor o más conveniente*, sino que resulte *necesario*—<sup>73</sup>. En base a lo establecido en el citado artículo 213 apartado segundo *in fine* se puede nombrar a la tía materna frente a la pretensión de los abuelos maternos (auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2001); o a los abuelos maternos (auto del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, número 13, de 15 de febrero de 2011; y, auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2019); a favor del abuelo paterno (auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1998); o a favor de un transexual que ejerció de guardador de hecho y desempeñó el papel de madre desde hace 10 años (auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 1999).

De todas formas, a los efectos de la valoración judicial de lo más favorable para el menor, en defecto de las personas mencionadas —inhabilidad o inexis-

tencia— la autoridad judicial podrá designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de este, se considere más idóneo (art. 214 CC). Se trata de una designación de carácter subsidiario, que solo procede en defecto de las personas mencionadas en el artículo 213 del citado cuerpo legal. Lo hará mediante resolución motivada —pese al silencio del mencionado artículo 214 del Código Civil— y podrá efectuar el llamamiento a favor de algún pariente no comprendido en la enumeración del citado artículo 213 del Código Civil, siempre que, por sus relaciones con el tutelado y, en interés o beneficio de este, se consideren más idóneas. En los supuestos de adopción resulta posible nombrar a los padres biológicos<sup>74</sup>. Si se diera el caso que, no pudiera nombrarse un tutor, y no existiese guardador de hecho el menor será declarado en desamparo con la consiguiente asunción de la tutela por ministerio de la ley (tutela *ex lege*) por la entidad pública (art. 222 CC). En todo caso, conviene reiterar que la decisión judicial tiene un límite el interés superior del menor; no obstante, las relaciones con el tutelado, *vgr.*, la integración del menor en la familia del tutelado, o su convivencia con el tutor pueden ser criterios a tener en cuenta. ÁLVAREZ ÁLVAREZ establece como parámetros o condicionantes que determinen que la autoridad judicial se incline por una u otra persona como el más idóneo para asumir el cargo de tutor no solo en el momento del nombramiento, sino también en previsión de su evolución futura: «circunstancias como la edad del posible tutor; su estabilidad psíquica y anímica; si el posible llamado ha venido cuidando o asistiendo al menor de manera total o parcial en un periodo temporal anterior y como lo ha realizado; la capacidad económica que ostente el tutor; la posibilidad de otorgar al menor una dimensión pedagógica o un clima que permita la mejora del menor; el horario laboral del posible tutor, así como otras circunstancias como la disponibilidad de tiempo y la ausencia de otras obligaciones familiares, o incluso la incapacidad de cuidado de sus propios asuntos, siendo, por el contrario, valorado positivamente el hecho de ser médico o tener conocimientos necesarios para administrar convenientemente un patrimonio del tutelado de elevada cuantía o complejidad»<sup>75</sup>.

Por otra parte, si hubiese que designar tutor para varios hermanos, «*el juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona*» (art. 215 CC)<sup>76</sup>. Norma esta que responde a la finalidad de evitar separar a los hermanos, y que tiene su equivalente en el artículo 92.10 del Código Civil en sede de patria potestad, y en el artículo 172 ter.2, respecto a la tutela administrativa. Si bien, no se trata de una norma imperativa, y, por ende, de una obligación impuesta a la autoridad judicial, pues, la propia redacción del precepto habla de procurar. En todo caso, puede que los progenitores hayan designado en testamento o en documento público notarial a un mismo tutor para todos sus hijos. No obstante, como hemos señalado hasta ahora, el juez puede no atender a tal designación, si el propio interés de los hijos menores de edad exige la designación de varios tutores a cada uno de ellos, razonando para ello las circunstancias o los motivos que, determinan dicha decisión.

Ahora bien, tras establecer en los artículos 211 y 212 del Código Civil que, pueden ser nombradas tutores tanto las personas físicas como jurídicas, siempre que concurren determinados requisitos y tras establecer un orden de prelación para el nombramiento, el artículo 214 del Código Civil como norma de cierre dispone que, en defecto de las personas mencionadas en el artículo 213 del citado cuerpo legal, la autoridad judicial designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior del mismo, considere más idóneo. Por lo que, el juez puede nombrar como tutor a quien considere más adecuado sin

establecer ningún orden ni preferencia. Además, de proceder a ello por falta de personas que se contempla como posibles llamados a ser tutores, o de haberlas o las considere idóneas para el ejercicio del cargo, o sean inhábiles para ello, en cuyo caso, habrá de operar conforme dispone el citado artículo 214. Por tanto, esta elección tendrá carácter subsidiario. Si bien, esta libertad que tiene el juez en la designación de la persona más idónea para desempeñar el cargo de tutor tiene doble límite como es que ha de tener en cuenta las relaciones que tenga con el menor con el designado, así como el interés superior del menor. Respecto de estas relaciones con el menor no serán precisamente familiares, pensemos en aquellas de cercanía, proximidad, convivencia, de amistad, vecindad. En todo caso, aunque el artículo 214 del Código Civil no se refiera a ello, el juez deberá argumentar, razonar, en esencia, motivar la relación de conveniencia y de interés para el menor que, tiene la designación de la persona distinta de las fijadas en el artículo 213 del Código Civil.

Como señalamos, el artículo 199.1 del Código Civil incluye entre las personas sometidas a tutela los menores no emancipados que se hallen en situación de desamparo, correspondiendo la tutela a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores (art. 172.1 CC). La tutela de la entidad pública es automática y *ex lege*. Asimismo, se inscribirá en el registro individual del menor en situación de desamparo la sujeción a la tutela administrativa por la entidad pública (art. 75 de la LRC). Si bien, ha de considerarse esta tutela como supletoria, pues, el artículo 222.2 del Código Civil posibilita el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. Ahora bien, previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución de nombramiento, el juez procederá a acordar la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. A tal fin, estarán legitimado para ejercitar las acciones de privación de la patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela.

#### 1. TUTELA UNIPERSONAL O ÚNICA Y TUTELA PLURAL

En este contexto, como regla general el cargo de tutor es único o unipersonal; de manera que, el nombramiento del juez recaerá en una sola persona, estableciendo expresamente el artículo 218 del Código Civil que «*la tutela se ejercerá por un solo tutor*»<sup>77</sup>. Sin embargo, este mismo precepto admite el ejercicio de la tutela por más de un tutor en los siguientes casos<sup>78</sup>: 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado y su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes<sup>79</sup>. Cada uno de los tutores actuará de forma independiente en el ámbito de su competencia y, las decisiones concernientes a ambos tutores se tomarán de forma conjunta. En todo caso, el tutor de la persona debe velar por el tutelado y el tutor del patrimonio por gestionar los bienes del menor; esto es, por administrar sus bienes. De ser el número de tutores igual o superior a tres podrá ser adoptado el acuerdo por mayoría (mayoría simple), y, de no alcanzarse, será el juez quien resuelva; 2. Si se designa a alguna persona tutor al tío/a carnal respecto de sus sobrinos, hijos de su hermano y se considera conveniente que, el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad ejerza también la tutela. Se le

nombra cotutor<sup>80</sup>, por lo que, ambos serán tutores en igualdad de condiciones y deben cumplir las obligaciones derivadas del cargo de tutor, siendo, asimismo, ambos responsables del ejercicio inadecuado de la tutela. Por otra parte, conviene señalar que, antes de la reforma de 2021 solo se aludía al cónyuge del tío. En cualquier caso, se entiende que en estos supuestos resulta beneficioso la integración del menor en la vida familiar, potenciando los vínculos afectivos no solo con su tío/a, sino también con su cónyuge o pareja. En caso de tener lugar una crisis matrimonial o de pareja, no parece que dicha ruptura influya en el ejercicio de la tutela y conlleve la exclusión de la tutela del excónyuge o expareja del tío/a del menor, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes, considere lo contrario en interés del menor; 3. Cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del menor hayan designado en testamento o en documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente. Ejercerán la tutela, como regla general, conjuntamente, salvo que el progenitor o progenitores hayan dispuesto de modo expreso que, las personas designadas han de ejercer la tutela de modo solidario, en cuyo caso corresponde al juez decidir si se van a ejercitar o no de este modo, todo ello, teniendo presente aquello que resulta más beneficioso para los intereses del tutelado (art. 219.1 CC)<sup>81</sup>. En el supuesto de tutela plural, por tanto, las facultades de la tutela habrán de ejercitarse de forma conjunta por todos los tutores<sup>82</sup>. Por lo que, la regla general para el ejercicio de la tutela es la mancomunidad, esto es, que todos los tutores deberán desempeñar el cargo conjuntamente. En todo caso, todos los nombrados han de participar en la toma de decisiones; si son dos los tutores, el acuerdo habrá de tomarse unánimemente, pero si son más de dos, valdrá el acuerdo tomado por la mayoría (mayoría simple). Por tanto, las facultades encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por estos conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. A falta de acuerdo, el juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. De ser reiterados los desacuerdos y entorpecieran gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su funcionamiento, e incluso nombrar un nuevo tutor (art. 219.2 CC). Ahora bien, conviene precisar que, la mancomunidad en la actuación de varios tutores implica que, esta actuación mancomunada alcanza no solo al ejercicio del cargo y el cumplimiento de las obligaciones, sino también a su responsabilidad<sup>83</sup>.

Si son varios los tutores con especificación de funciones —uno para la persona y otro para el patrimonio del tutelado— cada uno decidirá en su ámbito de actuación; pero si alguna decisión afecta a ambos extremos, deberá tomarse conjuntamente. De haber incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá ser este realizado por el otro tutor o de ser varios, por los demás en forma conjunta (art. 220 CC). Por lo que, en los casos de tutela plural no será necesario acudir al nombramiento de un defensor judicial (art. 235.1 CC).

Ahora bien, en el caso que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso (art. 221 CC). De forma que, el ámbito objetivo de aplicación de este precepto alcanza cuando haya varios tutores de la persona o varios tutores del patrimonio o bien varios tutores en general sin tener atribuidos cada uno de ellos un ámbito de actuación específico (personal o patrimonial). No así, cuando se nombra un tutor para la persona y otro tutor para el patrimonio, salvo que el juez entienda que es posible el intercambio de funciones, lo que deberá reflejarlo en el nombramiento o designación de tutor;

en el caso de no ser posible, ante el cese del tutor, se habrá de proceder al nombramiento de uno nuevo. Tras el cese de la tutela por el tutor individual, este deberá rendir cuentas de su gestión. De ser la tutela plural, el cese de uno de los tutores también exige tal rendición de cuentas de la gestión por todos los tutores, no solo por el que cesa en el cargo.

Por otra parte, si las facultades de la tutela se ejercitan de forma solidaria —bien cuando la tutela corresponda a los padres, y estos lo solicitan, o bien, si estos los hubieran dispuesto en testamento o documento público notarial respecto de quien o quienes hubieran designados como tutores—, cualquiera de los tutores nombrados puede llevar a cabo, de forma individual, los actos propios del desempeño de la tutela, como si los restantes tutores no existiesen, esto es, puede actuar cualquier tutor, sin previa deliberación con los demás<sup>84</sup>.

No se prevé que, sucede en caso de urgencia, parece que, cabe la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 896 del Código Civil en sede de albaeazgo, y, en consecuencia que, pueda actuar uno de los tutores y dar cuenta posteriormente a los demás<sup>85</sup>.

Sobre tales bases, si la tutela la ejercitan conjuntamente ambos padres, y el conflicto se plantea con uno de ellos, el otro, automáticamente, representará y amparará a su hijo/a o hijos/as menores no emancipados (art. 220 CC). Si el conflicto tiene lugar con ambos, se procederá a nombrar defensor judicial (art. 235.1 CC). En los demás casos de tutela plural, si los tutores tuvieran atribuidas sus facultades conjuntamente, sin distinción de campos de actuación, y hubiese conflicto (incompatibilidad y oposición de intereses —dice el art. 220 CC—) con el tutelado respecto de alguno o algunos de los tutores, el acto o contrato en los que se plantee el conflicto, se realizará por aquel de los tutores respecto de los que no exista tal conflicto. Igualmente, si hay distinción de campos de actuación, podrá actuar el tutor no incompatible, siempre que sea de la misma naturaleza del incompatible. Pero si se plantea con todos, el Juez deberá nombrar un defensor judicial, que le represente y ampare por disposición expresa de la ley (art. 235.1 CC). De todas formas, la incompatibilidad u oposición de intereses debe estar referida a un acto o contrato determinado, porque si se refiere a una serie de actos o a la mayor parte de las funciones tutelares, entra en juego la prohibición del artículo 278.1 del Código Civil y, habrá que proceder a la remoción de tutor o tutores.

Finalmente, en estos supuestos de tutela plural, si por cualquier causa, cesase alguno de los tutores, de conformidad con el artículo 221 del Código Civil «*la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso*». No parece que pueda ser aplicable al caso de tutores con especificación de funciones (citado art. 221 CC), en que si cesa uno será preciso el nombramiento de otro, que ocupe su puesto, y ejerza la función que, tienen encomendada; ni tampoco a la cotutela de los padres, puesto que, en este caso, tendrán aplicación preferente las reglas de la patria potestad. No plantea problemas cuando estamos ante una tutela conjunta sin distribución expresa de funciones, o cuando existiendo esta, hay pluralidad de tutores para cada una de ellas o si el ejercicio es solidario<sup>86</sup>. El término expreso habrá de ser entendido en el sentido que al constituirse la tutela, se atribuyó la tutela personal o la tutela real a esas concretas personas por sus especiales circunstancias profesionales, técnicas y personales o afectivas que, determinaron su especial actitud para el desempeño de la tutela. O lo que es lo mismo se han nombrado dos tutores (personal y real) atendiendo a las especiales cualidades o circunstancias señaladas, que hacen que solo ellos puedan desempeñar adecuadamente tales

funciones en las esferas indicadas, sin que puedan intercambiar sus posiciones. No obstante, ante esta situación el juez puede decidir o bien nombrar un nuevo tutor, o reestructurar la tutela, ampliando la esfera de operatividad de ambos tutores, dándoles entrada en la esfera inicialmente no atribuida.

En este contexto, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ propone que también puede establecerse él o los sustitutos de los nombrados «para el caso que el primero de ellos no acepte el cargo o cese posteriormente en el mismo o en el ejercicio de las facultades por los otros»<sup>87</sup>.

#### IV. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA

El Código Civil regula en la sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo I al ejercicio de la tutela. El artículo 224 del Código Civil comienza por indicar que se aplicarán como supletorias las normas de la curatela en lo que, expresamente no se regule en la citada sección. Así los artículos 282 a 290: obligaciones del curador durante el ejercicio de la curatela (art. 282); el nombramiento de defensor judicial cuando el curador no puede desempeñar su cargo o cuando exista conflicto de intereses (art. 283 CC); la posibilidad de exigir la constitución de fianza (art. 284 CC); la obligación del curador con facultades representativas de hacer un inventario del patrimonio de la persona a la que asiste (arts. 286 y 286 CC); y la necesidad de autorización judicial para la realización de determinados actos que se exige al curador representativo (arts. 287 a 290 CC).

A lo anterior el artículo 227 del Código Civil añade que, los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respecto a sus derechos, pudiendo recabarse el auxilio de la autoridad judicial, cuando fuera necesario. Lo que está en consonancia con el artículo 10 de la Constitución española —libre desarrollo de su personalidad— y la consideración del interés como criterio rector del ejercicio de la tutela.

Al respecto el artículo 2.1 de la LOPJM señala que, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A continuación en su número 2 establece los criterios generales que han de tenerse en cuenta a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés del menor, sin perjuicio de los dispuestos en la legislación específica aplicable, entre otros: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Si bien, estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica,

o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Y, tales elementos se habrán de valorar conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Además el artículo 3 de la citada Ley precisa que, los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Entre estos derechos está: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4); el derecho a la información (art. 5); el derecho a la libertad ideológica (art. 6); el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7); el derecho a la libertad de expresión (art. 8) y el derecho a ser oído y escuchado (art. 9).

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 227 del Código Civil permite al tutor recabar el auxilio de la autoridad cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela. Alcanza a cualquier autoridad —sea, por tanto, judicial como administrativa (órganos de la Administración pública competente)—.

## 1. OBLIGACIONES

Al aplicarse supletoriamente la normativa de la curatela, podrá exigirse al tutor la prestación de fianza. Por lo que, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial (art. 284.4 CC).

A tal fin, el artículo 165 de la LH establece que, para constituir o ampliar judicialmente y a instancia de parte cualquier hipoteca legal, se procederá con sujeción a las reglas siguientes. En concreto, la sexta establece que, tratándose de hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, la competencia para decretar la hipoteca legal y la tramitación de la misma corresponderá al Juzgado en el que se tramite el nombramiento de los tutores, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, aplicándose lo dispuesto en las reglas anteriores en lo que no se opongan a dicho precepto.

En todo caso, al artículo 168 de la LH establece que tendrán derecho a exigir hipoteca legal:» 4. Los menores de edad sujetos a tutela sobre los bienes de los tutores, por razón de la responsabilidad en que pudieran incurrir; siempre que la autoridad judicial considere necesario que presten fianza y sin perjuicio de los casos en que se ofrezca otra garantía real o personal que sea suficiente a juicio de la autoridad judicial».

De todas formas, como establece el artículo 284.2 del Código Civil en cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

Además de fianza, se puede exigir al tutor que realice un inventario de los bienes del tutelado, aplicando el artículo 285 del Código Civil en sede de curatela. Por lo que, deberá hacerlo en el dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente.

El letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto, si concurriese causa para ello.

Asimismo, podrá constituirse un depósito en un establecimiento destinado a este efecto, del dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos del tutelado, siempre que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia no deban quedar en poder del curador (el citado art. 285.4 CC).

Ahora bien, los gastos del inventario y depósito correrán a cargo de los bienes del tutelado (el mencionado art. 285.5 CC).

## 2. REPRESENTACIÓN LEGAL: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL

En este contexto, el tutor es el representante legal del menor tanto en la esfera personal como en la patrimonial; si bien, se excluye de su representación, aquellos actos que el menor puede realizar por sí solo —otorgar testamento abierto a partir de los catorce años, salvo el ológrafo (art. 663.1 CC); podrá llevar a cabo los actos de administración ordinaria de los bienes que el mayor de 16 años haya adquirido con su trabajo e industria, pero necesitará el consentimiento del tutor para los actos que excedan de dicha administración (art. 162.3 CC en relación con el art. 164.4 del citado cuerpo legal aplicables por analogía al menor sujeto a tutela); ser testigo en testamentos otorgados en caso de epidemia, si es mayor de dieciséis años y en la forma establecida por el artículo 701 del Código Civil—, o aquellos para los que únicamente necesite asistencia —optar por la nacionalidad española en los supuestos *ex* artículo 20.2 b) del Código Civil el mayor de catorce años asistido por su representante legal; asimismo, el menor puede adquirir la posesión de las cosas pero necesita la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor (art. 443 CC); y, en fin, el artículo 1263 permite a los menores de edad no emancipados celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales— (art. 225 CC). Por lo que, el alcance de la representación legal es suplir o sustituir al tutelado en todos aquellos actos en que el menor de edad no emancipado no puede realizar por sí mismo tanto en la esfera personal como la esfera patrimonial. E, igualmente, excluir de representación legal del tutor en aquellos casos para los que menor, únicamente, precise asistencia. En todo caso, cabe plantearse, si resultaría aplicable en sede de tutela, el artículo 162 del Código Civil relativo a la patria potestad respecto de aquellos actos en que los progenitores se exceptúan de la representación paterna. En concreto, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia; aquellos en que exista conflicto de intereses

entre los padres y el hijo; y, los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil. O, si también resulta aplicable el artículo 164 del citado cuerpo legal respecto de los actos en que excluye la administración paterna así: los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos; los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado; y, los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella. Parece que, también podrían aplicarse tales preceptos que exceptúan del ámbito personal como de la administración de bienes al tutor en cuanto representante legal del menor tutelado como ocurre con los padres, en cuanto que ambos —padres y tutores— son representantes de los menores de edad no emancipados —hijos o tutelados—.

Por otra parte, se reconoce cierto margen a la autonomía de la voluntad en la configuración del ejercicio de la tutela de los menores de edad no emancipados. Así se posibilita que, los padres no privados de la patria potestad en el momento de adoptarlas, en testamento o en documento público notarial, además de designar tutor, establezcan órganos de fiscalización de la tutela, designe a las personas que hayan de integrarlos u ordenen cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores de edad (art. 201 CC). Asimismo, se posibilita que terceros dispongan a favor del menor bienes a título gratuito y que excluya al tutor de la administración de tales bienes. A tal fin, el artículo 205 del Código Civil faculta a quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor para establecer las reglas de administración y disposición de los citados bienes y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Se trata de un patrimonio separado sometido a las reglas establecidas en el título de constitución; de modo que, solo corresponderán al tutor las funciones que no hubieran sido conferidas al administrador designado por quien hubiera hecho la disposición de bienes a favor del menor (art. 205 *in fine* CC).

En este contexto, el tutor está obligado respecto del tutelado conforme dispone el artículo 228 del Código Civil<sup>88</sup>: 1. Velar por él y procurarle alimentos. Velar consiste en cuidar del menor, sin que implique necesariamente tenerlo en su compañía<sup>89</sup>. O, como precisa SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS «un deber específico de atención, vigilancia y control no solo del comportamiento del propio menor, sino también de la actuación de cuantas personas o instituciones colaboren en la formación integral de este»<sup>90</sup>. Por su parte, procurar alimentos no debe confundirse con la obligación legal de alimentos entre parientes; si bien, ha de consistir en todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Cuando la tutela de la persona y la tutela de los bienes se atribuye a personas distintas, corresponderá al primero el procurar alimentos y al otro proporcionar las cantidades para ello. La entrega de alimentos podrá realizarse en el propio domicilio del tutor, si convive con el tutelado, o si no es así, entregado las sumas necesarias a las personas que tengan al menor en su compañía. La obligación de proporcionar alimentos que se impone al tutor,

determina que, se pueda utilizar el patrimonio del tutor; no obstante, su cuantía ha de ser proporcional al caudal del patrimonio del tutor, pudiendo excusarse de la tutela, si carece de medios<sup>91</sup>. En todo caso, los padres pueden establecer disposiciones establecidas a tal fin en testamento o documento público notarial. Asimismo, debe advertirse que, a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad, no se prevé en la tutela la obligación de tener al menor tutelado en su compañía. En esencia, el tutor puede utilizar el patrimonio del tutelado para la prestación de alimentos, si este resultará suficiente; o bien reclamarlos a la persona legalmente obligada a prestarlos; o en fin, a proporcionarlos él mismo, si se trata de uno de los parientes obligados a prestar alimentos por la vía del artículo 143 del Código Civil<sup>92</sup>.

2. Educar al menor y procurarle una formación integral. Lo habrá de hacer respetando las disposiciones de los padres, salvo disposición contraria motivada al juez. En el caso que dichas disposiciones no existan, la decisión respecto a la educación del menor tutelado corresponde al tutor. Si bien, deberá atender al interés del menor, a su personalidad y oír a este, por lo que, corresponde al tutor la libertad de elegir el Centro docente —público, privado y concertado—, la posibilidad de intervenir en el funcionamiento del mismo —a través de las asociaciones de padres—; o, en fin, la facultad de elegir el ideario filosófico y religioso para el menor adecuado a las creencias y convicciones de los padres y del menor<sup>93</sup>; del mismo modo que, corresponde a los padres respecto de sus hijos, sin olvidar que, el artículo 6 de la LOPJM que reconoce en su número 3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral»<sup>94</sup>.

3. En cuanto, a promover su mejor inserción en la sociedad representa un complemento del deber de educación y formación integral del menor, pues, a través de la misma se puede contribuir a ayudarle a relacionarse, a desenvolverse y a su inserción en la sociedad. El artículo 7.1 de la LOPJM dispone al respecto que, los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa». A tal fin, los poderes públicos «deberán promover la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia y adolescencia».

4. Administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida —sustituyendo la expresión de «diligencia de buen padre de familia» y sosteniendo en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021<sup>95</sup> que hace referencia este nivel de diligencia del tutor que, además de tener su origen en la ley, que pueden calificarse de obligaciones contractuales que nacen de la relación jurídica entre el tutor y tutelado generada por la institución de la tutela y responde a un módulo objetivo que en cada caso debe ajustarse a las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y lugar (art. 1104 CC)—. El término administración ha de entenderse en sentido amplio —actos de administración ordinaria, extraordinaria y de disposición sin perjuicio de exigirse la correspondiente autorización judicial—. En cuanto a la diligencia exigible al tutor será la debida al concreto acto de administración que se trate, y a falta de norma específica, aplicar lo establecido en el artículo 1104 y 1726 del Código Civil<sup>96</sup>. No obstante, los padres puede agravar, disminuir o eximir de responsabilidad a los tutores en testamento o documento público notarial con el límite establecido en el artículo 1102 del Código Civil —respecto del dolo— y en cuanto a la culpa, su agravación, exención o atenuación solo vincularán al juez, si no son contrarias al interés del tutelado y a lo que representa la tutela como deber. De todas

formas, están excluidos de la administración del tutor: 1. Los bienes sometidos al artículo 205 del Código Civil, pues, recordemos, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor; y, 2. Los bienes adquiridos por el hijo mayor de dieciséis años con su trabajo o industria. Si bien, los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella (art. 164.3 CC en sede de patria potestad).

5. Informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración. Se trata de dos obligaciones con la misma periodicidad —anual—. La primera implica informar sobre la persona y bienes del tutelado; la segunda, en principio, incumbe al tutor de los bienes. Sin embargo, aunque se emplee el término administración, deberá exigirse a ambos —tutor de la persona y tutor del patrimonio— al ser tomadas algunas decisiones por ambos conjuntamente. Por lo que, ambos deberán presentar sus cuentas<sup>97</sup>.

Y, 6. Oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten (derecho contenido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996)<sup>98</sup>.

Por otra parte, teniendo en cuenta que son aplicables con carácter supletorio las normas de la curatela (art. 224 CC), el tutor necesitará autorización judicial en los supuestos establecidos en los artículos 287 y 289 del Código Civil. Así: 1. Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando el tutelado no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales; 2. Enajenar 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 del tutelado, 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 se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que, resulta necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular; 3. Disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar; 4. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses del tutelado, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo; 5. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades; 6. Hacer gastos extraordinarios en los bienes del tutelado; 7. Interponer demanda en nombre del tutelado, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; 8. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza; y, 9. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria —supuestos contractuales de escasa o nula aplicación a los menores de edad no emancipados sometidos a tutela—.

No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el tutor (al igual que, el curador representativo), pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial<sup>99</sup>. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Si bien, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y al menor si tuviera suficiente madurez y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes

Por otra parte, el artículo 226 del Código Civil prohíbe al tutor: 1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión —esto es, liberalidades *inter vivos* como *mortis causa* realizadas por el menor—<sup>100</sup>. Para SERRANO CHAMORRO se entiende por liberalidades «disposiciones de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya» y añade que «el recibir liberalidades no debería ser un acto prohibido sin más, habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado»<sup>101</sup>; 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Ahora bien, como precisa ORDÁS ALONSO dentro del término liberalidades entraría «la donación en todas sus variantes (acto de liberalidad —art. 618—, donación onerosa y remuneratoria —art. 619— y donación *mortis causa* —art. 620—)»<sup>102</sup>. Respecto a los causahabientes, para la doctrina se ha de limitarlo al adquirente del saldo activo o pasivo derivado de la relación de cuenta corriente entre tutor y tutelado; esto es, a los causahabientes del tutelado en sentido estricto<sup>103</sup>; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título<sup>104</sup>.

En cuanto, a los efectos del incumplimiento de las citadas prohibiciones, procede indicar que, si respecto a los actos realizados sin la correspondiente autorización judicial por el tutor, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018<sup>105</sup> se inclinó por la anulabilidad de aquellos, cabe preguntarse si esta misma doctrina ha de aplicarse al incumplimiento de las prohibiciones y la realización de cualquier acto prohibido por parte del tutor, la doctrina de forma mayoritaria parece inclinarse por la nulidad absoluta ex artículo 6.3 del Código Civil<sup>106</sup>.

En este contexto, asimismo, procede indicar que, el artículo 205 del Código Civil establece la posibilidad que un tercero disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor —tanto si se trata de acto *inter vivos* (donación) como *mortis causa* (herencia o legado)—. Corresponderá al disponente establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas. Estas personas pueden ser distintas del tutor y actuar como administradores de ese patrimonio concreto y el tutor del resto del patrimonio del menor tutelado. Si bien, las funciones no conferidas a tales administradores corresponden al tutor<sup>107</sup>.

Ahora bien, si el disponente no ha designado administrador, la administración y disposición de tales bienes corresponderá al tutor. De todas formas, de haberse establecido por el tercero disponente reglas de administración y de disposición, a ellas deberá someterse el tutor. En todo caso, el cargo de administrador, como ocurre con el del tutor, puede ser ejercitado por una o varias personas, pudiendo a tal fin preverse las formas de actuación en caso de pluralidad de administradores; de no haberse previsto, se aplicarían supletoriamente las reglas de la tutela previstas en el artículo 219 del Código Civil. En cuanto a las funciones a ejercer por el administrador, sobre la base de lo previsto en el citado artículo 205, serán de administración y de disposición, a diferencia del antiguo artículo 227 del Código Civil que, solo eran de administración.

En fin, como precisa acertadamente MAYOR DEL HOYO «no hay razón para pensar que el administrador deba quedar excluido de la responsabilidad

que impone el artículo 234 del Código Civil al tutor por los daños causados por culpa o negligencia»<sup>108</sup>.

## V. CAPACIDAD PARA SER TUTOR

Tal como señalamos en líneas precedentes, el artículo 211 del Código Civil señala que «*podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes*».

Sobre tal base legal, se exige dos requisitos para que una persona física sea nombrada tutora: 1. Que tenga condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función; 2. Que en la persona tutora no concurran algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los artículos 216 y 217 del Código Civil, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado<sup>109</sup>.

Para ser tutor no se exige una capacidad especial, sino capacidad jurídica. De forma que, los mayores de edad no discapacitados o discapacitados con medidas de apoyo asistenciales podrán ser nombrados tutores, no así las personas discapacitadas con medidas de apoyo representativas —así los sometidos a curatela representativa—. Respecto a los menores de edad emancipados y que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad plantea dudas, pues, se encuentra necesitado de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica con relación a determinados actos contemplados en el artículo 247 del Código Civil —en concreto, necesita el consentimiento de sus progenitores y a falta de ambos, de un defensor judicial—. En la actual regulación no se establece nada, por lo que, atendiendo al amplio margen que se deja al juez a la hora de determinar si tiene condiciones de aptitud suficientes para el desempeño de su función —puede ser tutela solo de la persona—<sup>110</sup>.

Ahora bien, pueden ser también tutoras las personas jurídicas: las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, esto es, que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección y asistencia de menores (art. 212 CC)<sup>111</sup>. Ha de tratarse de personas jurídicas de cualquier tipo legalmente reconocidas y que estén, además, válidamente constituidas y no en vías de constitución o funcionamiento de hecho; que tengan carácter no lucrativo y, que entre sus fines específicos figure la protección de menores.

Sobre tales bases, podrán ser tutoras las fundaciones<sup>112</sup>, asociaciones<sup>113</sup>, las personas jurídico eclesiásticas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Acuerdo firmado entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979; las cooperativas sin ánimo de lucro previstas en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas<sup>114</sup>, y, las personas jurídico públicas, cumpliendo con la función asistencial de Estado contenidas en los artículos 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución española. No lo serán, en cambio, las sociedades civiles (art. 1665 CC), y mercantiles (art. 116 del Código de Comercio)<sup>115</sup>, tampoco las corporaciones sectoriales o corporaciones públicas como Cámaras de Comercio, o aquellas que se constituyen en atención de las especiales circunstancias subjetivas de quienes las integran, como por ejemplo, los colegios profesionales.

En todo caso, la designación de una persona jurídica como tutora tendrá lugar cuando no existan ninguna de las personas físicas a las que se refiere el artículo 211, o existiendo no sean idóneas, o cuando los padres hayan optado por designar en testamento o documento público notarial a una persona jurídica

como tutora de sus hijos, o, en fin, el juez opte por alterar el orden contenido en el citado precepto mediante resolución motivada por considerarlo beneficioso para el menor.

## VI. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR

Como hemos señalado en líneas precedentes, el artículo 211 del Código Civil además del requisito de encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, exige para que a una persona se la considere idónea para ser nombrada tutor, que no esté incurso en ninguna de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 216 y 217 del citado cuerpo legal.

Se trata de una lista cerrada o taxativa de causas que, el legislador ha fijado en tales preceptos sin un criterio sistemático predeterminado y claro, pues, se limita a una enumeración indistinta de aquellas<sup>116</sup>. Se puede decir que, unas son causas de inhabilidad de carácter absoluto, que impide a quien incurre en ellas, ser tutor en cualquier tutela; y otras relativas, que, simplemente, impiden el desempeño de la función tutelar en una concreta tutela, pero no la excluye para cualquier otra. Igualmente, existen causas que se fundan en razones de desconfianza, o de inmoralidad o, en fin, de imposibilidad material o de respeto a la voluntad paterna.

En este contexto, LETE DEL RÍO define la inhabilidad como «la falta de idoneidad o incapacidad impuesta por la Ley, y que impide a la persona a quien afecta el acceder al cargo de tutor o continuar en su ejercicio»<sup>117</sup>.

La idoneidad se determina en sentido negativo o excluyente en cuanto que implica que, quien va a ser nombrado tutor no se encuentra en algunas de las situaciones, que la ley establece como excluyentes del ejercicio de la tutela; de modo que, se considera idóneo al que no incurre en causa que, le inhabilite para el desempeño de las funciones de tutor, esto es, que reúna las máximas garantías de imparcialidad, moralidad, y confianza en beneficio del tutelado<sup>118</sup>.

De forma que, en el artículo 216 del Código Civil la desconfianza o razones de moralidad fundamentan que, se impida a los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección y los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Se trata, además, de causas de inhabilidad absoluta que, afectan a toda tutela. Por razones de imposibilidad, se impedirá el ejercicio de la tutela a quien estén cumpliendo pena privativa de libertad; y, en fin, se consideran causas de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad material o física del desempeño de la función, a los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena<sup>119</sup>.

Analizando cada una de las causas en particular:

1. Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación. Resulta lógico que quien ha incumplido gravemente los deberes paterno-filiales en relación con sus hijos, y, ha demostrado, por tanto, una absoluta falta de idoneidad para ejercer la patria potestad, se le impida ocuparse de otros menores, pues, si no cuida bien de sus propios hijos, no parece que, se pueda esperar que, lo haga mejor respecto de los ajenos<sup>120</sup>. El artículo 170 del Código Civil establece tres tipos de causas de privación total o parcial de la

patria potestad: 1. La sentencia dictada en un proceso seguido al efecto, fundado en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad; 2. La sentencia dictada en causa criminal de acuerdo con el Código Penal, que puede imponerse como pena accesoria; 3. La resolución recaída en un pleito matrimonial. Esta privación total o parcial de la patria potestad, como su suspensión son medidas punitivas, basadas en la culpabilidad del autor; de manera que, operando sobre tal estrecho margen, no se considera incluida en esta causa de inhabilidad: la suspensión de la patria potestad por ausencia, incapacidad o imposibilidad temporal de los titulares de la patria potestad; ni la privación a los padres de la administración de los bienes del hijo (art. 167 CC); ni la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los titulares, en los casos de desacuerdos reiterados o por cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), ni tampoco, como estima GUILARTE MARTÍN-CALERO, cuando la privación de la patria potestad sea consecuencia de medidas adoptadas provisionalmente o en las sentencias de nulidad, separación o divorcio<sup>121</sup>. Si, lo será, en cambio, cuando ante la situación de desamparo del menor; asuma la tutela, la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores, pues, lleva consigo la suspensión o privación de la patria potestad (art. 172.1 CC)<sup>122</sup>.

2. Los que hubiera sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. El fundamento de esta causa se basa en que el nombrado tutor pueda volver a incurrir en la misma causa, que originó la remoción anterior<sup>123</sup>. Las causas de remoción se encuentran establecidas en el artículo 278 del Código Civil en sede de curatela, por la remisión del artículo 223 del citado cuerpo legal. De todas formas, si se trata de una causa de inhabilidad relativa —por ejemplo, existencia de un conflicto de intereses respecto de un tutelado anterior— no parece que, deba ser tenida en cuenta como causa de inhabilidad del tutor con carácter general para el ejercicio de cualquier otra tutela<sup>124</sup>.

Por su parte, el artículo 217 del Código Civil establece que no se puede nombrar tutores:

1. A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado. Tal exclusión ha de ser expresa, y realizarse respecto de determinadas personas concretas, y determinadas, —que pueden ser personas físicas o jurídicas—, no siendo posible las exclusiones genéricas, salvo que se refieran a categorías determinadas (por ejemplo, ascendientes, descendientes)<sup>125</sup>. Esta exclusión que, algunos califican de derecho a veto<sup>126</sup>, otros de derecho de denuncia<sup>127</sup>, no será necesario que, sea motivada, aunque resulta aconsejable que los padres pongan de manifiesto los motivos o las razones que les lleva a tomar tal decisión para que el juez tenga conocimiento de ello<sup>128</sup>. Asimismo, tiene unos límites, pues, no faculta a los padres para excluir de la tutela al cónyuge del hijo, ni a uno de los padres para excluir al otro, aunque si pueden valerse de la misma, para dar a conocer los motivos por los que considera, que se deben excluir como tutores a tales personas. En todo caso, no vincula al juez tal derecho de veto o denuncia, pues, en resolución motivada puede estimar otra cosa en beneficio del menor. Y aunque, en principio, dicha exclusión se hará constar en documento público notarial o en testamento, nada impide que pueda constar en cualquier otro documento privado, o incluso, se indica mediante una declaración de voluntad verbal —si bien, en este caso, habría dificultad probatoria—<sup>129</sup>.

2. Los condenados en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. La falta de libertad impide

materialmente cumplir con los deberes inherentes al cargo de tutor. Se trata de una causa de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad física o material para el adecuado desempeño de la función tutelar; donde resulta irrelevante la duración de la pena privativa, y, en la que se requiere la existencia de una sentencia penal firme. En tal contexto, un sector de la doctrina precisa que, no se considera inhábil, —por no existir tal imposibilidad física o material en el ejercicio de la función tutelar—, quienes estén en libertad condicional, salvo que hayan sido condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (art. 278), ni quienes estén detenidos o en situación de prisión preventiva o provisional sin condena<sup>130</sup>. No hay duda que, esta causa de inhabilidad desaparece, cuando la pena se ha cumplido, o ha habido remisión de la pena, o se le ha indultado, o, en fin, hay suspensión del cumplimiento de la condena<sup>131</sup>.

Ahora bien, se concede una amplia discrecionalidad al juez, aunque, como indica LETE DEL RÍO, está obligado a motivar la resolución judicial basada en tal causa de inhabilidad, salvo que se trate de un delito que lleve aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela, curatela o guarda, como serían, por ejemplo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a los que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal<sup>132</sup>. En todo caso, serán relevantes los delitos contra la propiedad, los delitos de corrupción de menores o abuso y agresiones sexuales a menores, etc.<sup>133</sup>. Se trata de una causa que seguirá produciendo efectos, aunque se haya extinguido la condena, con el límite de la rehabilitación.

Asimismo, el citado artículo 217 establece como causas de inhabilidad: 3. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. En este supuesto, si carece de capacidad para administrar sus bienes, no puede administrar los de otro, y, en consecuencia, nombrado tutor; 4. A quien le sea imputable la declaración como culpable en un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona. Por tanto, la inhabilidad alcanza al ámbito patrimonial, no al personal, por lo que el concursado puede ser nombrado tutor de la persona. No obstante, el Código Civil se refiere al concursado declarado culpable, por lo que, si es voluntario podría ser tutor de la persona y del patrimonio, mientras que en el culpable, solo, en los términos apuntados, de la persona; y, 5. Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con la persona sujeta a tutela. Ha de ser un conflicto importante y prolongado en el tiempo, —pues, si no lo procedente sería nombrar un defensor judicial—, además, de actual y no meramente potencial<sup>134</sup>. En todo caso, se trata de una causa de inhabilidad relativa, en cuanto solo afecta a un tutor y respecto a un menor; por lo que, no se trata de una causa de inhabilidad general para el ejercicio de la tutela, sino solamente residenciable en relación con el menor con el que existe un conflicto de intereses. Si hay varios hermanos, se puede nombrar respecto de aquel o de aquellos con los que no se tenga conflicto de intereses.

Las causas de inhabilidad sobrevenidas dan lugar a la remoción del tutor, si bien, esta también puede tener lugar por otras causas como que, el tutor se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por notoria ineptitud en su ejercicio (art. 278 CC), siendo, en consecuencia, removido de la tutela.

En todo caso, las causas de inhabilidad para ser tutor responden a una lista cerrada o taxativa<sup>135</sup>. Ahora bien, mientras que el artículo 216 regula causas objetivas por las que una persona no puede nunca llegar a ser tutor, siendo impugnables el nombramiento; por el contrario, el artículo 217 establece causas

que inicialmente impiden a la persona ser nombrada tutor, pero que el juez puede nombrarlas, si existe causa justificada. Se trata, por tanto, de causas que responden a un impedimento parcial o relativo; en cambio, las del citado artículo 216 son causas objetivas que, no permiten ninguna discrecionalidad al juez. De todas formas, se puede tener capacidad general para ser nombrado tutor, pero ser inhábil para el desempeño del cargo<sup>136</sup>.

En fin, ni el artículo 216 ni el artículo 217 se refieren como el antiguo artículo 244.1 del Código Civil a la no posibilidad de ser tutor al que incurriera en «una imposibilidad absoluta de hecho», en concreto, en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores. Parece que, ahora también sería inhábil la persona para ejercer la tutela. Lo que no resulta ya aplicable en la actualidad, pero que antaño constituían causas de inhabilidad contenidas en el antiguo artículo 244 números 1, 2 y 3 del Código Civil eran: las personas en quienes concurrían imposibilidad absoluta de hecho; los que tuvieran una enemistad manifiesta con el menor o incapacitado y las personas de mala conducta o que no tuvieran forma de vivir conocida. De todas formas, resulta evidente que, el juez no va a nombrar como tutor a una persona que incurra en tales causas de inhabilidad en interés del menor.

## VII. EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE TUTOR

Una vez efectuado el nombramiento en el cargo, su ejercicio es obligatorio por parte del tutor, pues, se trata de un deber jurídico que, se asume en beneficio del tutelado. Por lo que, en principio, no cabe renuncia al cargo, salvo por vía de excusa, o de su remoción, cuando concurra causa legal para ello y sea autorizada por el juez.

Así, el tutor designado por la autoridad judicial podrá excusarse del desempeño de la tutela o de continuar en el ejercicio de la misma (art. 223 párrafo 1 CC). Asimismo, el tutor podrá ser removido de la tutela (art. 223 párrafo 1 y 2 del citado cuerpo legal); de manera que, una vez declarada la remoción, habrá de procederse al nombramiento de un nuevo tutor siguiendo las normas ya analizadas al respecto. Como precisa ÁLVAREZ ÁLVAREZ la remoción de la tutela supone «la privación del cargo producida por la concurrencia de una causa posterior a la constitución de la tutela y al nombramiento del tutor»<sup>137</sup>.

En cuanto a las causas y procedimiento de remoción y excusa, el artículo 223.1 del Código Civil remite a lo establecido para la curatela. Para la remoción del tutor, este ha de estar nombrado, aunque no resulta necesario que haya tomado posesión del cargo. En cuanto a la excusa la persona llamada a ejercer el cargo de tutela es capaz de desempeñarlo, pero concurre algún motivo que se lo impide o dificulta su ejercicio. Si bien, depende la alegación de excusa de la voluntad del tutor, siendo determinante para su admisión el interés del tutelado, no solo el de quien se excusa.

En este contexto, serán removidos de la tutela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona del tutelado (art. 278 CC)<sup>138</sup>. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado (persona menor de edad si tuviera madurez (art. 223.2 CC), o de otra persona interesada, conociere circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la tutela, podrá

decretar la remoción del tutor mediante expediente de jurisdicción voluntaria, previa celebración de comparecencia. En esta se oír a tutor, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. No se concede legitimación al propio tutor para solicitar la remoción, lo que para la doctrina no excluye que deba admitirse esta posibilidad<sup>139</sup>. Como novedad el artículo 223.2 del Código Civil establece que, el menor de edad si tuviere suficiente madurez está legitimado para solicitar la remoción del tutor (podrá decretar la remoción la autoridad judicial a su solicitud), y además, será tenida en cuenta su opinión y se le dará audiencia si fuera mayor de doce años.

Si bien, durante la tramitación del expediente de remoción, el juez podrá suspender al tutor en sus funciones y el letrado de la Administración de Justicia nombrará al tutelado un defensor judicial. En fin, el juez acordará lo procedente, nombrando un nuevo tutor, debiendo remitir la correspondiente comunicación al Registro Civil. Declarada judicialmente la remoción, el juez procederá al nombramiento de nuevo tutor conforme a la legislación civil, salvo que fuera pertinente otra institución tutelar como guarda de hecho (arts. 278 CC y 49 de la LJV).

Por otra parte, la excusa tiene lugar cuando siendo nombrada una persona para el cargo de tutor rehúsa o rechaza la tutela a la que es llamada, teniendo en cuenta que, una vez aceptado el cargo de tutor adquiere la condición de representante legal y, en consecuencia, resulta irrenunciable. Sobre tales bases, de nuevo con la remisión a la normativa de la curatela en cuanto a causas de excusa y procedimientos (arts. 279 y 280), será excusable el desempeño de la tutela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo<sup>140</sup>. También podrá excusarse el tutor de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle.

Se tramitará mediante expediente de jurisdicción voluntaria, previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oír a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

Durante la tramitación del expediente, esto es, mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al tutor, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo tutor, debiendo remitir, en su caso, la correspondiente comunicación al Registro Civil (arts. 279 CC y 50 de la LJV).

El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación, perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el

testador (art. 280 CC en sede de curatela por la remisión del art. 223 del citado cuerpo legal).

Aunque referido a la persona sujeta a curatela, el artículo 281.3 del Código Civil establece una salvaguarda al disponer que: «En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal». Y añade en el apartado cuarto: «No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública».

Por lo que aplicado a menores sometidos a tutela, en ningún caso, la admisión de la causa de excusa o la decisión de remoción del tutor podrá conllevar la desprotección o indefensión del menor. Y, asimismo, no podrá prosperar causa de excusa cuando la tutela la ejercer la entidad pública.

## VIII. RETRIBUCIÓN, REEMBOLSOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR

Según dispone el artículo 229.1 del Código Civil: *«el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio»*.

Por lo que, la retribución al cargo del tutor opera si el patrimonio del menor resulta suficiente. En todo caso, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla y en el que se tendrán como parámetros tanto el trabajo realizado por el tutor y el valor y rentabilidad de los bienes<sup>141</sup>. En lo que se refiere al primero, se atenderá a la labor que realiza el tutor —personal y patrimonial o solo una de ellas—, el tiempo y tipo de dedicación, la situación personal y patrimonial del tutelado; las actividades a realizar, de forma esporádica o continúa, o, en fin, la exigencia de profesionalidad o no de su actuación y su compatibilidad y conciliación con su vida personal, familiar y laboral. Respecto del segundo, el valor y rentabilidad de los bienes del tutelado, se tendrán en cuenta los frutos, rentas que produzca o, el rendimiento líquido del patrimonio, o, incluso, su capital.

Se puede concretar en una suma fija<sup>142</sup> o en un porcentaje de los rendimientos del patrimonio —pese a suprimirse la fijación en la antigua regulación entre un cuatro por ciento y veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes—<sup>143</sup>. Se podrá formalizar en una cantidad total pagadera periódicamente o de una sola vez. Si bien, corresponde fijarlo al juez siempre que el patrimonio del menor tutelado lo permita, fijando su importe y modo de percibirla en atención al trabajo a realizar y al valor y la rentabilidad de los bienes del tutelado<sup>144</sup>.

En todo caso, los progenitores pueden establecer otra cosa en testamento o documento público notarial, esto es, dejar algo al tutor en consideración a su nombramiento. Incluso, contempla el precepto la posibilidad que en la doctrina se conoce como «frutos por alimentos». En concreto, que el tutor haga suyos los frutos que producen los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos. En este caso, ya no se trata solo de procurarle alimentos, sino de la obligación de prestarlos, si bien, concretado en los frutos que produce los bienes del tutelado. Aunque se utiliza el término alimentos hay que entenderlo en sentido amplio,

todo lo que sea necesario para su sustento —por lo que puede aplicarse lo que establece el artículo 142 del Código Civil en sede de alimentos legales entre parientes—. Por otra parte, la obligación de alimentos que se impone al tutor a cambio de los frutos que produzca los bienes que integran el patrimonio del tutelado, no excluye la obligación de administrar los bienes del tutelado y los gastos que la misma conlleva, sean, asimismo, cubiertos por tales partidas presupuestarias en forma de frutos. En todo caso, si los frutos no son suficientes para cubrir las necesidades de alimentos del menor, el tutor podrá integrarlo como partida crediticia en la rendición final de cuentas, salvo que tales gastos los asuma.

De todas formas, el Código Civil establece que esta facultad atribuida a los progenitores de frutos por alimentos, puede la autoridad judicial dejarla sin efecto, o establecerla el mismo, aunque aquellos no hubieran dispuesto nada, si lo estimase conveniente para el interés del menor.

No obstante, conviene señalar que, la declaración de los progenitores o de la propia autoridad judicial que se han compensado frutos por alimentos deberá constar en el Registro Civil por medio de anotación (art. 290 del RRC).

Ahora bien, una vez firme la resolución por la que se constituya la tutela, si el tutor solicitase una retribución a que tienen derecho, el juez la acordará, fijando su importe y el modo de percibirla tomando en consideración la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado. La decisión se adoptará después de oír al solicitante, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas. El auto se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos. El mismo procedimiento se seguirá para modificar o extinguir dicha retribución (art. 48 de la LJV). Por tanto, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. No obstante, los progenitores pueden haber establecido otra cosa, y sin perjuicio de la facultad que asiste a la autoridad judicial en tales casos para modificar dichas previsiones, si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

En todo caso, permite el artículo 229 párrafo tercero del Código Civil que, pueda también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. No obstante, la autoridad judicial no queda vinculada por esta previsión; pues, por un lado, podrá dejarla sin efecto o, por otro, establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor.

Por otra parte, teniendo presente que puede nombrarse tutor a una persona física o jurídica, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 30 de junio de 2017<sup>145</sup> indica que, no puede excluirse la retribución del tutor a las fundaciones tutelares, pese a ser personas jurídicas sin ánimo de lucro, a ser retribuidas por el ejercicio del cargo de tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita<sup>146</sup>.

Ahora bien, conforme establece el artículo 230 del Código Civil siempre y cuando no medie culpa por su parte, la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a la indemnización de

estos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento<sup>147</sup>. Se parte de una ausencia de culpa por parte del tutor, correspondiendo a este probar tal ausencia. Además resulta necesario que el tutor no pueda obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por otros medios —*vgr.*, del causante del daño o por la ausencia de un seguro de responsabilidad civil—, correspondiendo a él también la prueba de tal imposibilidad. A ello hay que añadir que, los daños y perjuicios sean consecuencia del ejercicio de su función tutelar —relación de causalidad entre la actuación tutelar y los daños sufridos—. No se concretan los daños y perjuicios a resarcir: serán tanto patrimoniales —daño emergente y lucro cesante—, como también morales. No obstante, el resarcimiento será operativo, si existen bienes suficientes en el patrimonio del tutelado, pues, antes de indemnizar está la necesidad de cubrir las necesidades personales y patrimoniales del tutelado, al ser exigencia derivada del interés superior del menor y del deber y la representación legal que asume el tutor. No se concreta el momento temporal de exigencia de tal indemnización por daños y perjuicios, por lo que puede hacerse efectiva cuando tenga lugar el daño —lo que puede exigir el nombramiento de un defensor judicial—, o una vez finalizada la función tutela en la rendición final de cuentas (art. 232 CC).

Por otra parte, no solo es la parte pasiva del daño, el que sufre los daños y perjuicios, sino también la parte activa o causante del daño. Así el artículo 234 del Código Civil señala que, el tutor es responsable de los daños que hubiere causado al menor por su culpa o negligencia —responsabilidad subjetiva o por culpa por hecho propio—, prescribiendo la acción para reclamar la responsabilidad a los tres años contados desde la rendición de cuentas. En todo caso, el nivel de diligencia exigible al tutor ha de determinarse conforme a un módulo objetivo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil debe ajustarse a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar. Esto es, ha de referirse a la diligencia exigible por la naturaleza de la obligación y la que, asimismo, corresponde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. En todo caso, la diligencia que procede en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor. El plazo de ejercicio de la acción para exigir responsabilidad al tutor es de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código Civil<sup>148</sup>. Por su parte, el artículo 168.2 del Código Civil en sede de patria potestad también establece al respecto una responsabilidad de los padres por actuación dolosa o por culpa grave, así el citado precepto dispone que: «*En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos*».

Asimismo, esta responsabilidad es diferente de la responsabilidad extracontractual de los tutores por hechos dañosos de sus tutelados —responsabilidad subjetiva o por culpa *in vigilando* o *in educando*— prevista en el artículo 1903.3 del Código Civil, cuando los menores no emancipados están bajo su autoridad y habitan en su compañía —responsabilidad por hecho ajeno—<sup>149</sup>. Por lo que, para que opere resulta necesaria la convivencia que no tiene que ser necesariamente continua, pues, cabe una interrupción temporal por razones laborales, y también en estos casos responde el tutor. Por otra parte, precisa PEÑA LÓPEZ que «si hubiera más de un tutor vivienda en compañía del pupilo, habrá que estar al reparto de funciones entre ellos y si estas fueran indistintamente ejercitables por todos, la responsabilidad será conjunta». A lo que añade que «si el tutor es una persona jurídica pública o privada (arts. 172 y 242) responderá cuando el pupilo se encuentre acogido en un centro dependiente de la misma»<sup>150</sup>.

Todo ello, sin perjuicio, de la responsabilidad civil que asumen los padres, aunque la tutela recaiga sobre la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la guarda de menores. Al respecto el artículo 172 ter 4 del Código Civil establece al respecto que «en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor; así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos».

## IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS

El artículo 231 del Código Civil enumera las causas por las que se extingue la tutela.

En concreto: La tutela se extingue: 1. Por la mayoría de edad (art. 246 CC), emancipación (arts. 241 a 244 CC) o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor (art. 245 CC); 2. Por la adopción del menor: los adoptantes adquieren la patria potestad, quedando sin efecto la tutela que opera como institución tutelar subsidiaria o supletoria. De todas formas, el artículo 175.3.3.º del Código Civil prohíbe adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela; 3. Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. No se indica nada sobre la declaración de ausencia del menor. Para la mayoría de la doctrina la tutela no se suspende, sino que continúa, convirtiéndose el tutor en representante del ausente desde tal declaración, aplicándose el régimen jurídico previsto para el representante del ausente y subsidiariamente el régimen relativo a la tutela<sup>151</sup>; 4. Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercitarla de hecho. Por un lado, el artículo 170.2 posibilita que los tribunales pueden, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación; y, por otro, es posible la recuperación del progenitor tras una larga enfermedad que le impedía cumplir con los deberes paterno filiales —en estado de coma o impedido físicamente para su desarrollo personal cotidiano por causa de un accidente—, o la reaparición del progenitor ausente o declarado fallecido, con lo que cesa la causa que impedía al titular ejercitar la patria potestad. En todo caso, será necesario un pronunciamiento judicial al respecto extinguiendo la tutela —expediente de jurisdicción voluntaria—.

Ahora bien, sin perjuicio de la rendición de cuentas anual prevista en el artículo y de presentar anualmente, en su caso, informes sobre la situación personal del menor (art. 228.5 CC), al cesar en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración (art. 232.1 CC).

La rendición final de cuentas se rige por las reglas establecidas en los artículos 232 y 233 del Código Civil<sup>152</sup>: 1. Habrá de hacerse ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa<sup>153</sup>; 2. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla<sup>154</sup>; 3. Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oírá también, en su caso, al nuevo tutor y a la persona que hubiera esta-

do sometida a tutela o a sus herederos; 4. La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al menor o a sus causahabientes por razón de la tutela; 5. El saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del tutor. De ser el saldo a favor del tutor, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago —incurriendo en mora el tutelado—, previa restitución de los bienes a su titular. Por lo que, se excluye cualquier derecho de retención del tutor de los bienes del tutelado hasta que se le satisfaga su saldo acreedor. Si es en contra del tutor, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta —sin necesidad de requerimiento, operando la mora de forma automática—; 6. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de quien estuvo sometido a tutela; 7. En el caso de pluralidad de tutores con asignación de funciones —personal uno o unos y patrimonial —otro u otros— el debate se centra en determinar si corresponde solo al tutor patrimonial en cuanto administra bienes la rendición de cuentas y parece que el artículo 232 del Código Civil en su redacción induce a ello pues refiere la rendición de cuentas a la administración del patrimonio del tutelado, o a ambos en cuanto también el tutor personal ha de disponer necesariamente de un caudal suficiente que le permita cubrir las necesidades personales del tutelado. Parece razonable que ambos informen y rindan cuentas de su actuación, en cuanto se han de justificar todas las partidas presupuestarias utilizadas en interés del tutelado

Precisamente, el citado artículo 232.1 del Código Civil habla de presentar cuenta general justificada de la administración de la tutela —no solo del aspecto estrictamente patrimonial—, por lo que exigirá la presentación de aquellos documentos pertinentes que justifiquen los gastos asumidos. No obstante, la prueba de estos puede no ser necesariamente documental, al admitirse cualquier prueba en Derecho. De todas formas, la rendición de cuentas alcanza a aquellas partidas de gastos de cierta relevancia e importancia cuantitativa; no a los que respondan a partidas dinerarias de alcance o uso cotidiano o, de escasa relevancia económica que responden a necesidades cotidianas o a caprichos puntuales que, no tienen especial trascendencia económica. Por lo que, los documentos presentados —por ejemplo, recibos— serán solo exigibles a aquellos gastos de cuantía relevante.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2019<sup>155</sup> señala que «no es exigible una rendición de cuentas a modo de auditoría, no es exigible un control contable detallado y exhaustivo sometido al rigor contable, ni al Plan de Contabilidad, pues en cualquier caso queda abierta la posibilidad de ejercitar las acciones que corresponde a terceros interesados y la finalidad de la aprobación de las cuentas es verificar si el tutor ha ejercido su función en beneficio e interés de la persona tutelada, pero si entendemos precisa la aportación de elementos de juicio, datos y documentos que permitan apreciar si la persona designada como tutora ha defendido el patrimonio del tutelado en los términos legalmente exigidos». El control judicial, en consecuencia, debe limitarse en sentido estricto a comprobar o verificar que la administración del tutor se ha llevado a cabo con la debida diligencia y que en el ejercicio de sus funciones se ha asegurado su bienestar moral y material.

En este contexto, respecto a los informes, presentados estos conforme el artículo 51 de la LJV, el letrado de la Administración de Justicia los trasladará al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, a aquellos que aparecieran como interesados en el expediente y al Ministerio Fiscal. Si alguno de los anteriormente mencionados lo solicitara en el plazo de

diez días, se citará a todos ellos a una comparecencia, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas.

También podrá ordenar el juez de oficio, a costa del patrimonio del tutelado una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica. Celebrada o no la comparecencia, el juez resolverá por medio de auto sobre los informes y la rendición de cuentas.

Ahora bien, estas disposiciones serán asimismo de aplicación en los supuestos de rendición final de cuentas por extinción de la tutela, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de tres meses desde el cese del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. En estos casos también se oír, si procediera, al nuevo tutor y a los herederos del tutelado, en su caso.

No obstante, la aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o sujeto o a sus causahabientes por razón de la tutela (art. 51.4 y 5 de la LJV).

En fin, nos parece oportuno terminar este apartado, realizando las siguientes observaciones: 1. La obligación de rendición de cuentas es una obligación de hacer transmisibles, esto es, si el tutor muere o es declarado fallecido, corresponde a los herederos realizar la correspondiente rendición de cuentas<sup>156</sup>; 2. La rendición de cuentas representa una obligación no dispensable ni por la autoridad judicial, ni por los propios progenitores; 3. Si la tutela es ejercida por persona jurídica, la obligación de rendir cuentas corresponde a sus órganos de administración; 4. Para el caso de tutor persona física y haya una pluralidad de tutores: si su actuación es mancomunada o solidaria sin especificación de funciones, si la tutela cesa para todos, deben conjuntamente practicar la rendición de cuentas; si cesa solo uno de ellos, a este corresponde únicamente hacer la rendición de cuentas final, con la salvedad que, en tanto no se apruebe por el juez la citada rendición, habrá que proceder al nombramiento de defensor judicial ante un posible conflicto de intereses con el resto de los tutores que no han cesado del cargo; si se trata de una tutela solidaria y con distribución de funciones, si todos cesan en la tutela, cada uno deberá rendir cuentas de su ámbito concreto de actuación. Si solo cesa uno en sus funciones, a él únicamente corresponde la rendición de cuentas respecto de su campo de actuación; y, finalmente, si hay un tutor de la persona y otro tutor del patrimonio y cesan ambos en su función o solo uno de ellos: aunque, en principio, se entienda que solo corresponde al tutor del patrimonio llevar a cabo la rendición de cuentas; nada parece impedir que, también el tutor de la persona deba también rendir cuentas de su gestión, teniendo presente que ha tenido que utilizar cantidades dinerarias o bienes para cubrir los gastos derivados de la atención personal del tutelado<sup>157</sup>.

## X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020.
  - STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020.
  - STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021.
  - STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
  - STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022.
  - STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2022.
  - STS, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2022.
- 
- RDGRN de 30 de mayo de 2006.
  - RDGRN de 19 de junio de 2006.
  - RDGRN de 9 de enero de 2007.
  - RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
  - RDGRN de 21 de julio de 2017.
- 
- SAP Zaragoza, sección 2.<sup>a</sup>, de 24 de octubre de 2000.
  - AAP Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2001.
  - SAP Álava, sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2002.
  - SAP Burgos, sección 3.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2002.
  - AAP Zamora, sección única, de 26 de marzo de 2003.
  - SAP Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2003.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2004.
  - SAP Asturias, sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2004.
  - SAP Almería, sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2005.
  - SAP Tarragona, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2005.
  - AAP Almería, sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2005.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 12 de mayo de 2005.
  - SAP Lugo, sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2006.
  - SAP Huelva, sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2006.
  - SAP Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 2006.
  - SAP Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2007.
  - SAP Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2007.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2008.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2008.
  - SAP Guadalajara, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de enero de 2009.
  - SAP Las Palmas, sección 3.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2009.
  - SAP Lleida, sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2009.
  - SAP Vizcaya, sección 4.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2010.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de febrero de 2010.
  - SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2010.
  - SAP A Coruña, sección 6.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2010.
  - SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2010.
  - SAP A Coruña, sección 4.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2010.
  - SAP Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2017.
  - SAP Málaga, sección 6.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2019.
  - SAP Guipúzcoa, sección 2.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2019.
  - SAP La Rioja, sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de noviembre de 2019.
  - SAP Cuenca, sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2020.
  - SAP Alicante, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2020.
  - SAP A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2020.
  - SAP Toledo, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 2020.
  - SAP León, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de febrero de 2021.

- SAP Ávila, sección 1.ª, de 9 de marzo de 2021.
- SAP Zaragoza, sección 2.ª, de 8 de octubre de 2021.
- SAP Barcelona, sección 18.ª, de 21 de diciembre de 2021.
- SAP Madrid, sección 22.ª, de 27 de enero de 2022.
- SAP Girona, sección 1.ª, de 9 de febrero de 2022.
- SAP Barcelona, sección 18.ª, de 10 de febrero de 2022.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021) Comentario a los artículos 211 a 224 y 231 a 234 del Código Civil. En: C. Guilarte Martí-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (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 (1), *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, 499-555.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, T. IV Derecho de familia, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a los antiguos artículos 215 a 221 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Thomson-Reuters.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario a los artículos 239, 242 y 251.2 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2003). La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras, *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, Madrid: Civitas.
- DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *Academia Sevillana del Notariado, T. IX*, Madrid: Edersa.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1986). Comentarios a los antiguos artículos 234, 235, y 251 a 258 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos.
- (1991). Comentario a los antiguos artículos 215 a 217 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- GÓMEZ CALLE, E. (2016). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Fernández Valpuesta (dirs.), *Código Civil comentado*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid: McGraw Hill.
- (2021). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación*

- civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 9.<sup>a</sup> edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2021). *Principios de Derecho Civil*, T.VI Familia, decimonovena edición, revisada y actualizada con la colaboración de B. Sáinz Cantero, P. López Peláez y M.<sup>a</sup> del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons.
- (2021). *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la Persona, 26.<sup>a</sup> ed., revisada y actualizada por Fátima Yáñez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons.
- LEONSEGUI GUILLOT, R.A. (2009). La tutela. En: M.<sup>a</sup>.P. Pous de la Flor, y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex.
- LETE DEL RIO, J.M. (1985). Comentarios a los artículos 215 a 313 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, T. IV*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa.
- (1991). Comentario a los antiguos artículos 234 a 258 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, *Actualidad Civil*, número 3.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo Blanch.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, El Derecho.
- MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario a los artículos 199 a 210 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> J. (2022). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: M.<sup>a</sup> P. García Rubio y M.<sup>a</sup> J. Moro Almaraz (dirs.) e I. Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- MUÑIZ ESPADA, E. (1984). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona: Bosch.
- ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- (2009). Comentario a los antiguos artículos 222 a 285 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra 2009.
- (2021). Comentario a los artículos 199 a 234 del Código Civil: En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario a los antiguos artículos 215 a 285 del Código Civil, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid: La Ley.

- (2021). *Compendio de Derecho Civil*, T. IV Derecho de la Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por M.<sup>a</sup> B. Fernández González, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PALOMINO DíEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidades*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2021). Las personas con discapacidad psíquica. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la Persona, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, la curatela, y la guarda de los menores e incapacitados. En: Carlos Martínez de Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, Madrid: Edisofer.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2021). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ROGEL VIDE, C. (1991). Comentarios a los antiguos artículos 222 a 233 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia y Sucesiones, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario a los artículos 225 a 230 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario a los antiguos artículos 222 a 285 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona: Bosch.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *Actualidad Civil*, número 94, enero-marzo, 39-60.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex.

## NOTAS

<sup>1</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. (1991). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid: Ministerio de Justicia, 672.

<sup>2</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 160834).

<sup>3</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil, *Código Civil comentado y jurisprudencia*, Madrid: Colex, 301; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil*, T. IV Derecho de la Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por M.<sup>a</sup> B. Fernández González, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 288.

<sup>4</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa, 241. El auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 1999 (*AC* 1999, 770) dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.<sup>o</sup> que: «Conviene

resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esa razón se explica el contenido del primer párrafo del artículo 216 del Código Civil».

<sup>5</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (Roj. STS 4258/2017; ECLI:ES:TS:2017:4258); de 17 de julio de 2020 (Roj. STS 2673/2020; ECLI:ES:TS:2020:2673); de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 4032/2020; ECLI:ES:TS:2020:4032); de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863); y, de 23 de febrero de 2022 (Roj. STS 695/2022; ECLI:ES:TS:2022:695); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2007 (LA LEY 7489, 2007).

<sup>6</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2009) Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 352; GIL RODRÍGUEZ J., Comentario al artículo 216 del Código Civil, *op. cit.*, 675. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 221); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4755); de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6277); de 17 de junio y 17 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 4375; y *RJ* 2013, 7255); de 13 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 681); y, de 14 de septiembre de 2018 8 (*RJ* 2018, 5140).

<sup>7</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 209 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 290.

<sup>8</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil. En: I. Sierra Gil (coord.), *Comentario al Código Civil*, Barcelona: Bosch, 591.

<sup>9</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil, *op. cit.*, 302; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, 293.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 419; GIL RODRÍGUEZ, J. (1986). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 672. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2010 (LA LEY 104621,2010).

<sup>11</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1986). Comentarios a los antiguos artículos 286 a 293 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 696 y 700; de la misma autora (1992). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 28, enero-marzo, 742; GUILARTE MARTÍN CALERO C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid: McGraw Hill, 427; VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex, 113.

<sup>12</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 119223).

Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 624 señala que «en otro orden de cosas, el artículo 200 del Código Civil debería haber regulado expresamente y con carácter general, la audiencia del tutelado en cualquier asunto o procedimiento que le pudiese afectar (art. 9 de la LOPJM)».

<sup>13</sup> Las resoluciones de la DGRN de 30 de mayo de 2006 (LA LEY 325339,2006); y, de 12 de diciembre de 2007 (LA LEY 356717, 2007) señalan que, no es inscribible la tutela automática del artículo 172 del Código Civil.

<sup>14</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil: En: R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 428.

<sup>15</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 428-429.

<sup>16</sup> LETE DEL RÍO, J.M (1985). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *op. cit.*, 258.

<sup>17</sup> BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 248-249.

<sup>18</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil, *op. cit.*, 237-238.

<sup>19</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 9.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 384; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la Persona, 26.ª ed., revisada y actualizada por Fátima Yáñez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons, 214.

<sup>20</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R.A. (2009). La tutela. En: M.ª. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor, coordinadores* 2.ª ed., Madrid: Colex, 99-100; PALOMINO DIEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Valencia: tirant lo blanch, 43 a 76; 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 (1), *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, 508.

<sup>21</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 16 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 44371).

<sup>22</sup> LETE DEL RÍO, J.L. (1985). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil, *op. cit.*, 293 señalaba, con buen criterio, que la expresión «cualquier interesado» había que entender que, legítima a cualquier persona para instar la intervención judicial, en cuanto que la tutela, como institución, trasciende a la sociedad entera y, por tanto, la ley interesa de todos los ciudadanos el cumplimiento de un deber general de solidaridad. En contra, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona: Bosch, 591, para quien la expresión a instancia de cualquier interesado se limitaba a quien acredite tener un interés directo en el buen ejercicio de la tutela, o por quien acredite poder resultar afectado por una actuación desafortunada por parte del tutor.

<sup>23</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 217363) señala que, en la definición del rendimiento líquido de los bienes que debe tenerse en cuenta para fijar la retribución del tutor, es la diferencia entre los ingresos íntegros menos los gastos necesarios para alcanzar dichos ingresos, entre los que no se encuentran los impuestos sobre la renta y patrimonio que son tributos de carácter personal.

<sup>24</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 199 del Código Civil, *op. cit.*, 234.

Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 26 de enero de 2022 (Roj. SAP J 104/2022; ECLI:ES:APJ: 2022:104) desamparo ha de considerarse «en primer lugar, como una situación fáctica querida o no, en la que se encuentran los menores y que caracteriza, en esencia, por la falta o privación de asistencia y protección necesarias y ello determina por ministerio de la ley, la tutela automática por la entidad jurídica e implica, por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera comprender a sus padres».

<sup>25</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de julio de 2003 (*JUR* 2004, 24650); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 107554) principio de «favor minoris» y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 23 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 51309) notorio riesgo de salud de la niña derivado de la toxicomanía de la madre, junto con los antecedentes de desprotección de los padres con respecto a otros hijos, y a las carencias relativas a la vivienda y a las correspondientes habilidades parentales. Tampoco consta la superación de las importantes limitaciones laborales y económicas de los adre, lo que pone de manifiesto la absoluta falta de autonomía personal en tal sentido y una ausencia de las habilidades y pautas educativas mínimas para afrontar con éxito la tutela de la menor; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.ª, de 3 de febrero de 2022 (Roj. AAO

PO 455/2022; ECLI:ES:APO:2022:455). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 19 de junio de 2017 (LA LEY 111636, 2017); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 18 de abril de 2018 (LA LEY 53812,2018); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 1 de marzo de 2019 (LA LEY 47233, 2019); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 6 de marzo de 2020 (LA LEY 196088, 2020); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 22 de abril de 2020 (AC 2020, 1396); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 20 de octubre de 2020 (LA LEY 160321, 2020); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 10 de diciembre de 2020 (LA LEY 242326, 2020); de la Audiencia Provincial de León, sección 2.ª, de 16 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 85522); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª, de 9 de marzo de 2021 (LA LEY 43293, 2021); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 84100, 2021); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 27 de enero de 2022 (LA LEY 35837, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 31 de enero de 2022 (LA LEY 49991, 2022); y, la resolución de la DGRN, de 21 de julio de 2017 (*JUR* 2019, 91483).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 17 de noviembre de 2020 (Roj. SAP M 13689/2020; ECLI:ES:APM:2020:13689) se procede a un acogimiento familiar permanente con familia seleccionada por la Comunidad, permaneciendo el menor en acogimiento residencial hasta su salida efectiva con la familia acogedora. La asunción de la tutela de la menor y la separación de su familia, es una exigencia por la desatención, generalizada, grave y constante de las necesidades de la menor por parte de su madre. También se opta por el acogimiento familiar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 19 de julio de 2021 (LA LEY 257575, 2021).

<sup>26</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5157) indica que solo puede dar lugar a la privación de la patria potestad cuando el juez aprecie un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma. Asimismo, en el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 155101) manifiesta que, se trata de una medida de carácter sumamente grave que debe ser apreciada de forma restrictiva y con cautela, además de valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta el interés de los hijos.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 10 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1309/2022; ECLI:ES:APB:2022:1309) señala al respecto que: «la privación de la titularidad de la patria potestad se ha considerado como una medida restrictiva que debe acordarse solo cuando sea necesario para la protección de los hijos menores; de tal manera que, no es suficiente la constatación de un incumplimiento, sino que es necesario valorar que, el mantenimiento de la titularidad de la potestad comporta una situación de riesgo, de desprotección del menor y viene exigido por su único interés que, debe ser prioritario».

<sup>27</sup> LA LEY 149443, 2014.

<sup>28</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 19 de junio de 2017 (LA LEY 111636, 2017).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2022 (Roj STS 1115/2022; ECLI:ES:TS: 2022:1115) ante la ausencia de una conclusión inequívoca que D.ª Esperanza fuera mayor de edad, para la Sala la recurrente debió ser considerada menor de edad, tal como ella declaraba, de manera coincidente con la documentación escolar y sanitaria que portaba. En efecto, de las pruebas médicas practicadas no se extrae una determinación segura y exacta de la edad de la joven, cuya apariencia de menor de edad no fue puesta en duda por la policía del centro fronterizo ni por la brigada de extranjería, ni en el examen médico que se le practicó en el centro de menores en el que ingresó, ni en el propio centro en el que estuvo ingresada. Por todo ello, para el Alto Tribunal, de acuerdo con el artículo 12.4 de la LOPJM, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, hay que considerarla menor de edad a los efectos previstos en esta Ley, en tanto se determina su edad, por lo que la sentencia debe ser casada, pues es contraria a esta norma y a la doctrina de esta Sala y debe quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados, con la necesaria constitución de la tutela por parte de la Administración ante la situación de desamparo.

<sup>29</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 49493); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 127740); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 49458).

<sup>30</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (LA LEY 22468-JF/0000).

<sup>31</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup>V. (2021) Comentario al artículo 199 del Código Civil, *op. cit.*, 232. *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2002 tutela en favor de la abuela por ser lo más beneficioso para el menor; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia y Sucesiones, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch, 364.

<sup>32</sup> GÓMEZ OLIVEROS, J.M. (1984). Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 565, noviembre-diciembre, 631.

<sup>33</sup> En esta línea, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (IV) Derecho de Familia, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 168.

<sup>34</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 222 del Código Civil, *op. cit.*, 259; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 222 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 356.

<sup>35</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 229 del Código Civil, *op. cit.*, 385; MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 206 del Código Civil, *op. cit.*, 280.

<sup>36</sup> Como precisa, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 230 del Código Civil, *op. cit.*, 587 no se trataba de una acción pública de denunciar hechos determinantes de la tutela, ni de una obligación legal que solo se impone a las personas mencionadas en el artículo 229, sino más bien, la constatación de un deber cívico o ciudadano en colaboración con el interés general de protección de los menores e incapaces, siendo su ejercicio discrecional y puramente voluntario, sin que la pasividad en la comunicación lleve aparejada sanción alguna.

<sup>37</sup> En esta línea, MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 206 del Código Civil, *op. cit.*, 275.

<sup>38</sup> En esta línea, MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 208 del Código Civil, *op. cit.*, 275.

<sup>39</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 570.

Por su parte, para MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> J. (2022). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: M.<sup>a</sup> P. García Rubio y M.<sup>a</sup> J. Moro Almaraz (dirs.) e I. Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 258 manifiesta al respecto que, como sucede con el conjunto de la reforma «el recurso a la autoridad judicial para la provisión de apoyos se produce en defecto de medidas voluntarias a partir de las previsiones realizadas por el propio menor que, desde los 16 años, aunque no exista emancipación podrá llevar a cabo, tal y como recoge el artículo 254 del Código Civil, aunque en este caso para que tengan efecto ha de alcanzarse la mayoría de edad».

<sup>40</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2021). Las personas con discapacidad psíquica. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la Persona, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 149.

<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 2017 (LA LEY 209292,2017); y, el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2021 (Roj. AAP VA 1336/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1336A).

<sup>42</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021) Comentario al artículo 212 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación*

civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 306; de la misma autora (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 (1), *op. cit.*, 508.

En todo caso, para LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, El Derecho, 201 «la clave está en que los beneficios que se obtengan no se distribuyan entre sus miembros, sino que reviertan a la propia entidad para el desarrollo de sus fines y creemos, como se dice en sede de fundaciones, que en caso de disolución su patrimonio se destine a la totalidad de alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general».

<sup>43</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1510/2022; ECLI: ES:APB:2022:1510) establece, no obstante que, no siempre que se produzca un conflicto con los familiares o parientes cercanos debe designarse como tutora a una persona jurídica. Ha de ser un conflicto importante y reiterado.

<sup>44</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300; de la misma autora (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 (1), *op. cit.*, 505-506.

<sup>46</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 234 del Código Civil, *op. cit.*, 593.

<sup>47</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 426.

<sup>48</sup> Como acertadamente señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300; de la misma autora (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 (1), *op. cit.*, 506 «en el sistema actual no existe propiamente dicho una delación u ofrecimiento del cargo, sino más bien un llamamiento preferencial a ciertas personas, siempre buscando el beneficio del menor que en todo caso será apreciado por el juez».

<sup>49</sup> Para O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario antiguo al artículo 234 del Código Civil, *op. cit.*, 316 estamos, en consecuencia, ante un orden meramente indicativo y sometido a la discrecionalidad del juez, aunque bajo el criterio del beneficio (o más propiamente, interés) del menor sometido a tutela; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.*, 294 añade que la posibilidad de alterar el orden en el sentido de nombrar a una persona del propio artículo.

<sup>50</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998, 705); sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 4 de julio de 2003 (JUR 2003, 234581); y, el auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 56384). Asimismo, *Vid.*, la resolución de la DGRN de 19 de junio de 2006 (RJ 2007, 5018).

<sup>51</sup> Señala el auto de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 26 de marzo de 2003 (AC 2003, 1221) que, en modo alguno, es preferida la persona designada en el testamento por el esposo fallecido de la tutelada, pues, esa posibilidad de designación testamentaria única y exclusivamente viene concedida a los padres, no al esposo o demás familiares de la tutelada.

<sup>52</sup> En este sentido, ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 359.

<sup>53</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1986). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 284.

<sup>54</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 401. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995,696).

<sup>55</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 360; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 223 del Código

Civil, *op. cit.*, 579. En contra, DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, 214-215.

<sup>56</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995, 696) se fijaron por el juez órganos de fiscalización de la tutela.

<sup>57</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 273; ORDÁS ALONSO E. (2009). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 363; de la misma autora, Comentario al artículo 204, R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 404. En contra, ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 705 precisa que, «sin forzar la interpretación del artículo 226, han de entenderse ineficaces las disposiciones sobre tutela del progenitor que, en el momento de adoptarlas, estuviese privado de la patria potestad, parcial o totalmente, temporal o permanentemente que sea»; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 582, para quien la falta o privación de la patria potestad es indiferente que sea total o parcial, permanente o transitoria, porque el artículo no hace ninguna precisión, señalando exclusivamente que el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

<sup>58</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 310.

<sup>59</sup> Por tanto, como apuntaba SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 582 «la privación tiene que ser anterior al momento de adoptar las disposiciones; por tanto, no puede extenderse la ineficacia a los actos realizados antes de ser privados de la patria potestad, aunque la causa determinante de la privación ya existiese al realizar la disposición, porque no hay privación hasta que una resolución judicial la acuerde». Y, en la misma línea, añade que «las disposiciones realizadas mientras se está privado de la patria potestad no adquieren validez por su posterior recuperación, porque no puede adquirir eficacia lo que para el derecho no ha llegado a nacer como lo sería la disposición efectuada por quien carece de capacidad para ello».

<sup>60</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000) Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 579; DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *op. cit.*, 203-204; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 307 consideraba absurdo pensar que un nombramiento de tutor u otros cargos hecho por los padres, les vincule y sea irrevocable, cuando tantos cambios se dan en las personas y en las vidas; MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 251. En contra, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1988). *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid: Civitas, 212 consideraba subsistente las disposiciones relativas a la tutela por aplicación analógica del artículo 741 del Código Civil.

<sup>61</sup> Hasta que la actual regulación del Código Civil catalán se ajuste a lo previsto en el Convenión, se ha aprobado el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adopta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad —ya en vigor—. El nuevo régimen que establece este Decreto Ley se fundamenta en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. En su artículo 1 se dispone que, la persona mayor de edad que necesita apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad puede solicitar la constitución de la asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil de Cataluña y se configura «como instrumento de apoyo flexible y que abarca la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en ejercicio de su capacidad jurídica». Y para ello, se modifica el capítulo VI del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña. En todo caso, la tutela y curatela persiste para los menores. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 21 de diciembre de 2021 (Roj.

SAP B 16052/2021; ECLI:ES:APB:2021:16052); y, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1517/2022; ECLI:ES:APB:2022:1517).

<sup>62</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (AC 2008, 278).

<sup>63</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 579; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 361. En contra, DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *op. cit.*, 207.

<sup>64</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 273.

<sup>65</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 204 del Código Civil, *op. cit.*, 266.

<sup>66</sup> Para 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 (1), *op. cit.*, 508 tal circunstancias deviene determinante para que el juez elija a quien debe hacerse cargo de la tutela. Asimismo, *Vid.*, La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1510/2022; ECLI: ES:APB:2022:1510).

<sup>67</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 253.

<sup>68</sup> El auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6279), a favor de la abuela paterna; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 272486) a favor de los abuelos paternos de la menor; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 8 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 214403) a favor de la abuela materna; el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009, 40750) a favor de la abuela materna como tutora de la persona y tercera persona como tutora del patrimonio; los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 23 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 376682); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 7 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 69021) nombramiento a favor de la abuela.

<sup>69</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 179968); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.ª, de 12 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 156469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 6 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 211150); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 17 de febrero de 2006 (*JUR* 2006, 141448) a favor de la hermana; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 14 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 310432).

<sup>70</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 428; DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, undécima edición, Madrid: Tecnos, 255. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 93984).

<sup>71</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2006, 163002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 5 de marzo de 2009 (*JUR* 2010, 73310); el auto de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 462293), y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 29 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 148664).

<sup>72</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 14 de junio de 1999 (AC 1999,851) se nombra como tutor a un transexual, que viene ejerciendo actualmente la guarda de hecho y desempeñando el papel de madre desde hace diez años. Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de septiembre de 1999 (AC 1999, 2056) se nombra como tutora a la guardadora de hecho; en el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 19 de febrero de 2001 (AC 2001, 175) a favor de la tía materna primando el interés superior del menor; el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001 (AC 2001, 1250) a favor de la tía paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 129314) como tutora a la guardadora de hecho; también en la sentencia de

la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005, 566) la tutela es a favor de la guardadora de hecho; y, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2010 (JUR 2010, 418066) nombramiento de tutores sucesivos para el caso de muerte del inicialmente designado. Nombramiento primero de la madre, y, a la hermana mayor para el caso de fallecimiento de la tutora inicial.

<sup>73</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, 305.

<sup>74</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 234 del Código Civil, *op. cit.*, 299; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 374. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, sección única, de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 101986).

<sup>75</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 213 del Código Civil, *op. cit.*, 319.

<sup>76</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 1998 (AC 1998, 4290).

<sup>77</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2003 (JUR 2004, 46852); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005, 131509); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 204447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2006, 45100); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2006 (JUR 2006, 195675).

<sup>78</sup> Se trata de una enumeración taxativa, *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (JUR 2007, 196914); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2007 (JUR 2007, 156404).

<sup>79</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.<sup>a</sup>, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901); los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 1999 (AC 1999, 8257); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 40750) a favor de la abuela materna como tutela de la persona y una tercera persona como tutora de los bienes; las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004, 865); de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2006 (JUR 2007, 135153); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2007 (JUR 2007, 127185); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010, 112838); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2012 (JUR 2012, 106258) resulta irrelevante que entre ambos tutores haya escasa relación o recelo; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2015 nombramiento de forma mancomunada.

<sup>80</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 236 del Código Civil, *op. cit.*, 375 manifiesta que, no hay razón para no aplicar analógicamente este artículo 236.2 al supuesto de tutela dual de los abuelos. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2020 (Roj. SAP A 2877/2020; ECLI:ES:APA:2020:2877) se nombra tutores a los abuelos maternos que eran lo que venían ocupándose de la nieta desde su nacimiento, de su educación y de la atención de su salud, habiendo, además, mantenido una convivencia estable de la menor con sus abuelos.

En el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2020 (Roj. AAP SA 538/2020; ECLI: ES APSA:2020:538A) se otorga la tutela a favor de los tíos maternos.

<sup>81</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2020 (Roj. AAP C 967/2020; ECLI:ES:APC:2020:967A) se designan tutores mancomunados en testamento.

<sup>82</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2002 (JUR 2002, 202508); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 52334); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de abril de 2005 (JUR 2005, 178145); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.<sup>a</sup>, de 11 de junio de 2009 (JUR 2009, 357618).

<sup>83</sup> Para 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

(1), *op. cit.*, 515 «lo ideal es que se nombre varios tutores, con una actuación solidaria y cuando no estén de acuerdo en alguna cuestión, que se prevea con carácter previo en la resolución judicial la forma de solucionar la discordancia entre los tutores designados». Además, precisa la autora que «el cargo de tutor en muchas ocasiones supone una gran carga, por el trabajo y dedicación que conlleva, por lo que si se hiciera el nombramiento de varios tutores, se facilitará el ejercicio del cargo de tutor».

<sup>84</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 6 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 186320); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 795).

Para 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 (1), *op. cit.*, 515 «lo ideal es que se nombren varios tutores con una actuación solidaria y cuando no estén de acuerdo en alguna cuestión, que se prevea con carácter previo en la resolución judicial la forma de solucionar la discordancia entre los tutores designados». Además añade que «el cargo de tutor en muchas ocasiones supone una gran carga por el trabajo y dedicación que conlleva, por lo que si se hiciera el nombramiento de varios tutores, se facilitaría el ejercicio del cargo de tutor».

<sup>85</sup> 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 (1), *op. cit.*, 516; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 237 del Código Civil, *op. cit.*, 379 si bien, como precisaba la autora, la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, puesto que en este caso actúa como si se tratase de un único tutor.

<sup>86</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 221 del Código Civil, *op. cit.*, 422.

<sup>87</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, *op. cit.*, 205.

<sup>88</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.*, 631 precisa que «el artículo 228 del Código Civil debería haber adaptado su redacción a la reciente legislación de menores, y, en consecuencia, aludir preferentemente a funciones y no a obligaciones del tutor».

<sup>89</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 23 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 37542); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de septiembre de 2019 (*JUR* 2020, 64488).

<sup>90</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 405. Para RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia y Sucesiones, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 368 este deber de velar por el menor es, sin duda, el principal de los que incumbe al tutor; siendo los restantes deberes manifestaciones concretas del mismo.

<sup>91</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2002, 43923).

<sup>92</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores, *op. cit.*, 368.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil, *op. cit.*, 410.

<sup>94</sup> La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia tiene por objeto «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida» (art. 1). A tal fin, dedica su capítulo III al ámbito familiar y para ello parte de la idea de la familia, en sus múltiples formas, constituye una unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y, en consecuencia, debe ser objetivo prioritario de todas las administraciones públicas, al ser

el primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, debiendo favorecer la cultura del buen trato, incluso desde el momento de la gestación. Para ello, esta Ley refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención, lo que exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar. Pues bien, sobre tales bases el artículo 26 relativo a la prevención en el ámbito familiar establece en su apartado primero que, las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Y añade en su apartado 3 letra b) que, las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a: Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento.

<sup>95</sup> Roj. STS 1783/2021; ECLI:ES:TS:2021:1783.

<sup>96</sup> Ahora bien, precisa FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi que «la obligación de administración del patrimonio con la diligencia debida que exigirá la adaptación al tipo de patrimonio y a los criterios adoptados para su nombramiento».

<sup>97</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil, *op. cit.*, 435.

<sup>98</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022 (Roj. STS 356/2022; ECLI:ES:TS:2022:356).

<sup>99</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.ª, de 12 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 221910).

<sup>100</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, *op. cit.*, 211 precisa que «la prohibición referida a los causahabientes no se refiere a las que estos puedan hacer en vida del menor, sino una vez fallecido este y ello por dos razones: 1. No se sabe quiénes son los causahabientes del menor hasta que fallezca, o dicho de otra forma, no hay causahabientes de una persona hasta su fallecimiento; 2. La *ratio* de la prohibición es de tipo moral, evitar la captación de la voluntad del menor por el tutor, y en la relación del futuro causahabiente con el tutor no existe, a priori tal captación».

<sup>101</sup> SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *Actualidad Civil*, número 94, enero-marzo, 48-49.

<sup>102</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 429. En la misma línea, SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 49 para quien «no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibido. Se trata de remunerar servicios ya prestados que no constituyen deudas exigibles».

<sup>103</sup> SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 49; ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 428.

<sup>104</sup> Para SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 51, cuando se habla de adquisición a título oneroso se ha de incluir «permuta, dación en pago,

sociedad, transacción, etc., no solo la prohibición clásica en materia de compraventa del artículo 1459 del Código Civil». Y, a esto añade que, la razón de fondo de esta prohibición «es que el artículo 226.3 se ocupa no del “conflicto de intereses” entre tutor y pupilo, sino de la “reciprocidad de intereses”».

<sup>105</sup> *RJ* 2018, 156.

<sup>106</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 430; SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 52.

<sup>107</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2022 (LA LEY 56568, 2022).

<sup>108</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 205 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 274.

<sup>109</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 44228); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113555).

<sup>110</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 211 del Código Civil, *op. cit.*, 410.

<sup>111</sup> La exigencia de este requisito de la finalidad asistencial, para una parte importante de la doctrina, ha de interpretarse con cierta laxitud puesto que, de lo contrario, serían pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores. *Vid.*, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2003). La capacidad de las personas jurídicas, *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, Madrid: Civitas, 265; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al antiguo artículo 271.1 del Código Civil, *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 362; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 242 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 739; mientras que, para otros han de constar tales finalidades de forma expresa e indubitada en los estatutos de la asociación, fundación, etc., sin que basten la referencia a fines genéricos de carácter educativo o asistencial. *Vid.*, MUÑIZ ESPADA, E. (1994). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona: Bosch, 79. Asimismo, *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 82003); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2006 (*JUR* 2007, 129949) nombramiento por una entidad especializada; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de junio de 2007 (*JUR* 2007, 327649).

<sup>112</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28881); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2006 (*JUR* 2006, 227941); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 80600); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 416851) a favor de la Fundación Manantial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 265725).

<sup>113</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6277), nombramiento de Asociación de Enfermos Mentales dedicada a su atención; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 160330) nombramiento de una asociación asistencial.

<sup>114</sup> En la disposición adicional primera de la Ley se califican como cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que, conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos contengan entre otras menciones, la finalidad no lucrativa. Por otra parte, en el artículo 106.1 se hace referencia a las cooperativas de iniciativa social, que son aquellas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales, u otras

de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que, tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufren cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

<sup>115</sup> MUÑIZ ESPADA E. (1994). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, op. cit., 87, estima que pueden existir sociedades mercantiles que no revistan finalidad lucrativa, pues, en la práctica hay sociedades mercantiles con un ánimo de lucro debilitado o nulo; lo que obliga no a prescindir del ánimo de lucro, sino a dar una interpretación correctora y realista del requisito del ánimo de lucro, que permita comprender el ánimo de lucro mercantil dentro de estos nuevos fenómenos asociativos que, surgen a raíz de la complejidad económica en la que se ve inmersa nuestra sociedad.

<sup>116</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 610.

<sup>117</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 324. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 13 de enero de 2009 (JUR 2009, 252875) conceptúa las causas de inhabilidad como «la falta de capacidad o idoneidad imputada por la ley».

<sup>118</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 607; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1985). *Derecho civil español, común y foral*, T. V, vol. 2.º, 9.ª ed., Madrid: Reus, 432, indicaba, asimismo, al respecto que «el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere, en quien ha de ejercerlo, condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable».

<sup>119</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 323; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 609. El auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2000 declara la inhabilidad para ser tutor por la edad avanzada de 71 años.

<sup>120</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991) Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 741; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>121</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, op. cit., 313.

<sup>122</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 741-742; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 137-139.

<sup>123</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 139.

<sup>124</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 216 del Código Civil, op. cit., 415.

<sup>125</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, T.I, op. cit., 747.

<sup>126</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394.

<sup>127</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 746.

<sup>128</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 747.

<sup>129</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 213 del Código Civil, op. cit., 217.

<sup>130</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 608; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 141; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al artículo 243 del Código Civil, op. cit., 742.

<sup>131</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, *Actualidad Civil*, número 3, 1633.

<sup>132</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, op. cit., 1634.

<sup>133</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 142-143.

<sup>134</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 244 del Código Civil, op. cit., 392; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 244 del Código Civil, op. cit., 744. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001 (LA LEY 193588/2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 23 diciembre de 2003 (JUR 2004, 64988); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 18 de junio de 2004 (JUR 2004, 197790); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 9243); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2005 (LA LEY 265866/2005); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008, 154481); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 30 de abril de 2008 (AC 2008, 1429); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de enero de 2010 (LA LEY 5071, 2010). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de marzo de 1993 (AC 1993, 316) no se nombra tutor al abuelo materno por la existencia de relaciones conflictivas con su hija madre de los menores desamparados.

<sup>135</sup> 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 (1), op. cit., 511.

<sup>136</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, op. cit., 629 destaca que «podrían haberse previsto como causa de inhabilidad los casos de violencia de género en términos similares a los señalados en el artículo 156.2 del Código Civil».

<sup>137</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 223 del Código Civil, op. cit., 369.

Para LASARTE ÁLVAREZ C. (2021). *Principios de Derecho Civil*, T.VI Familia, decimo-novena edición, revisada y actualizada con la colaboración de B. Sainz Cantero, P. López Peláez y M.ª del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, 374 «la remoción no equivale a la extinción de la misma, sino sencillamente al cese como tutor de la persona que, ha sido precisamente nombrada judicialmente».

<sup>138</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010, 14771) se procede a la remoción del cargo por incumplimiento de la obligación de velar por el tutelado; y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 25 de octubre de 2019 (JUR 2020, 54113) por incumplimiento de deberes; las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 14 de junio de 2012 por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo tutelar; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 49493) falta de idoneidad del demandado tutor para desempeñar responsablemente el cargo de tutor de un menor; al realizar actos de transacción y disposición en metálico sin contar con la debida autorización; de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 31 de julio de 2019 (JUR 2019, 275156) incumplimiento de los deberes, notoria ineptitud y problemas de convivencia graves y continuados; y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, de 4 de febrero de 2020 (AC 2020, 731) remoción del tutor acreditada por la distancia geográfica entre tutor y tutelado que, representa un inconveniente en el ejercicio de la tutela.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2006 (JUR 2007, 183486) no se acreditó la existencia de causas de inhabilidad o mal ejercicio de la tutela; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 22 de febrero de 2010 (JUR 2010, 155799) aclara que no todo incumplimiento de obligaciones de los deberes del cargo deben llevar a considerar que estamos ante un mal desempeño de la tutela; y, en el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 26 de febrero de 2020 (JUR 2020, 258747) hay falta de prueba que la tutelada se encuentre desasistida en ninguna de las facetas de su vida, personal o patrimonial, ni que se le causen a la tutelada perjuicios derivados de los ingresos o beneficios que se obtienen de la finca propiedad de la tutelada.

<sup>139</sup> ORDÁS ALONSO M. (2021). Comentario al artículo 223 del Código Civil, op. cit., 425.

<sup>140</sup> *Vid.*, el auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón (Provincia de Asturias) de 23 de abril de 2015 (AJPI 5/2015; ECLI:ES:JPI:2015:5A) acreditación de no poder desempeñarla en la forma adecuada por motivo de sus ocupaciones familiares y laborales.

<sup>141</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 10 de enero de 2022 (Roj. AAP CA 10/2022; ECLI:ES:APCA:2022:10).

<sup>142</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 9 de marzo de 2020 (Roj. AAP SO 127/2020; ECLI:ES:APSO:2020:127A) retribución de 100 euros al mes.

<sup>143</sup> En los Autos de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 21 y 29 de marzo y 19 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 253369; *AC* 2007, 1322; y, *JUR* 2007, 253044) ante la complejidad de llevar al día la administración de sus bienes y la gestión, se concretó la retribución en el 4% del rendimiento líquido de los bienes. Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 85420) se concreta en el 10% del patrimonio líquido; y, en el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 20 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 207362) la retribución a cargo del patrimonio del tutelado por el tiempo de trabajo efectuado es del 15% del caudal relicto.

<sup>144</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 13 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 103200) establece en esta línea que corresponde al juez determinar el porcentaje a aplicar en función del trabajo realizado por el tutor y la rentabilidad de los bienes; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 29 de octubre de 2020 (*JUR* 2021, 35272).

<sup>145</sup> Roj. SAP GU 228/2017; ECLI:ES:APGU:2017:228.

<sup>146</sup> En la misma línea, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 y 8 de enero de 2022 (Roj. AAP CA 10/2022; ECLI:ES:APCA:2022: 10 A; Roj. AAP CA 11/2022; ECLI:ES:APCA:2022:11 A).

<sup>147</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *op. cit.*, 421 pone como ejemplo, el supuesto en que «los daños y perjuicio ocasionados fueran imputables a un tercero insolvente, el que hubiera sufrido el daño en el ejercicio de la función tutelar podrá ejercitar la acción ex artículo 230 del Código Civil».

<sup>148</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021 (Roj. STS 1783/2021; ECLI:ES:TS:2021:1783). Asimismo, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.ª, de 27 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 803) responsabilidad del tutor por no haber desempeñado el cargo de administrador de los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, ni haber actuado en beneficio del mismo, sino más bien en su perjuicio; y, de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj. SAP GI 133/2022; ECLI:ES:APGI:2022:133).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 21946) fallecida la tutelada, la obligación del tutor de indemnizar a los demandantes de los daños causados por su negligente actuación como tutor, están legitimados para reclamarla los herederos de la fallecida.

<sup>149</sup> Si bien, como precisa GÓMEZ CALLE, E. (2016) Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Fernández Valpuesta (dirs.), *Código Civil comentado*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1375 se trata de una responsabilidad por actos propios, aunque ligados a la especial conducta del agente material del daño.

<sup>150</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2021). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2349. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 22 de diciembre de 2021 (Roj. SAP M 16385/2021; ECLI:ES:APM:2021:16385).

<sup>151</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 231 del Código Civil, *op. cit.*, 424-425.

<sup>152</sup> Como indica FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, op. cit.*, 186-187 reproduce los artículos 292 a 294 del Código Civil en relación con la curatela lo que, a su entender «es un ejemplo más de la vis atractiva y subsidiaria de la curatela frente a la tutela, que no evita la individualización de algunas normas en cada uno de los dos supuestos, pese a su idéntico contenido debido a la singularidad de las dos medidas de protección o apoyo».

<sup>153</sup> A este mismo plazo de tres meses se refiere el artículo 145 del Código Foral de Aragón, ejercitable desde el cese de la tutela y que puede prorrogarse por un periodo de tres meses, si concurre justa causa. Sin embargo, fija el plazo de seis meses a partir de la extinción de la tutela, el artículo 222-49.1 del Código Civil de Cataluña, prorrogable por justa causa por un periodo máximo de tres meses.

<sup>154</sup> Sin embargo, el artículo 168.1 del Código Civil en sede de patria potestad establece un plazo de tres años. Así dispone que: «Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años».

<sup>155</sup> Roj AAP GU 86/2019; ECLI:ES:APGU: 2019:86A.

<sup>156</sup> En estos términos se pronuncia, por un lado, el artículo 229-49. Rendición final de cuentas al disponer que: «1. Al acabar la tutela, el tutor o, si procede, el tutor y el administrador patrimonial deben rendir cuentas finales de la tutela a la autoridad judicial en el plazo de seis meses a partir de la extinción de aquella, prorrogables judicialmente, por una justa causa, por otro periodo de tres meses como máximo. La obligación se transmite a los herederos si la persona obligada muere antes de la rendición de cuentas, pero, en este caso, el plazo se suspende entre la defunción y la aceptación de la herencia. 2. El tutelado o, si procede, su representante legal o sus herederos pueden reclamar la rendición de cuentas durante tres años a partir del vencimiento del plazo establecido por el apartado 1. El cómputo de la prescripción de la acción no se inicia hasta el momento en que haya cesado la convivencia entre el tutelado y el tutor. 3. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas corren a cargo del patrimonio del tutelado». Y, por otro, el artículo 145. Cuenta general de la gestión del Código Foral aragonés al señalar: «El tutor al cesar en sus funciones, incluso si el cese es anterior a la extinción de la tutela, deberá rendir cuenta general justificada de su gestión ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses desde el cese, prorrogables por periodos de tres meses si concurre justa causa. Para sus herederos el plazo comienza a contar desde la aceptación de la herencia. 2. La rendición de cuentas puede ser exigida por el tutelado o, en su caso, su representante legal o sus herederos. La acción prescribe a los tres años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. 3. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del que estuvo sometido a tutela. 4. A la restitución de los bienes se aplicará el apartado 1 del artículo 99. 5. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a la tutela automática de entidad pública».

<sup>157</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 232 del Código Civil, *op. cit.*, 430-432.

### 1.3. Derechos Reales

## Facilitar el acceso a la vivienda a través de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad

### *The promotion of housing through leasing registration in the property registry*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** El problema del acceso a la vivienda en nuestro país es cada día más preocupante. Tanto la vivienda en propiedad como los arrendamientos tienen un precio muy elevado, lo que hace difícil para gran parte de la población poder acceder a ellos. Por el contrario, existe un importante número de viviendas vacías que no salen al mercado del alquiler por la inseguridad que este provoca a sus dueños, ante una posible falta de pago, o miedo al deterioro de las viviendas. Por otra parte, los arrendatarios no tienen la suficiente seguridad en el alquiler, pues pueden perder el inmueble ante una enajenación, o transcurrido el breve plazo de duración de los mismos. En este artículo se hace una revisión de las ventajas que la inscripción del arrendamiento en el Registro puede otorgar al arrendatario y, derivado de ello, al propietario, con el fin de proponer medidas eficaces basadas en la inscripción que permitan la salida de más viviendas al mercado inmobiliario del alquiler.

**ABSTRACT:** *The problem of access to housing in our country is becoming more worrying every day. Both home ownership and leases have a very high price, which makes it difficult for a large part of the population to access them. On the contrary, there is a significant number of empty homes that do not go on the rental market due to the insecurity that this causes their owners, due to a possible lack of payment, or fear of the deterioration of the homes. In this article, we make a review of the advantages that the registration of the lease in the Registry can grant to the tenant and, derived from it, to the owner, in order to propose effective measures based on the registration that allow the exit of more dwellings to the rental real estate market.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento. Inscripción. Viviendas vacías. Acceso a la vivienda. Propietario.

**KEY WORDS:** *Urban lease. Registration. Empty housing. Housing. Owner.*

SUMARIO: I. PANORAMA REGISTRAL DEL ARRENDAMIENTO.—II. VENTAJAS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL ARRENDAMIENTO: 1. INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. 2. VENTAJAS DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN ARAS A FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA. 3. FORMA DE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN EL REGISTRO.—III. NECESIDAD DE IMPULSAR OTRAS MEDIDAS DE APOYO AL ALQUILER: 1. MEDIDAS QUE FAVORECEN EL ARRENDAMIENTO PARA EL PROPIETARIO. 2. MEDIDAS QUE FAVORECEN NUEVOS ARRENDAMIENTOS: ARRENDAMIENTO DE HABITACIONES. 3. MEDIDAS QUE FAVORECEN LA INSCRIPCIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PANORAMA REGISTRAL DEL ARRENDAMIENTO

En el último año 2021 las operaciones inmobiliarias inscritas en el Registro de la Propiedad han aumentado en un 18,99% tal y como se desprende del último Índice Registral de la Actividad Inmobiliaria (IRAI).

Tras el parón debido al estado de alarma provocado por el Coronavirus, las operaciones inmobiliarias en nuestro país han vuelto a aumentar, alcanzando niveles de 2008, justo antes de la larga crisis estructural que comenzó en ese año.

Tal y como se desprende del propio informe sobre el IRAI<sup>1</sup>, este «ha experimentado un fuerte crecimiento del 18,99%, continuando su fuerte tendencia al alza del trimestre anterior algo aminorada debido a la ralentización del crecimiento trimestral en el tercer trimestre con respecto al tercer trimestre del año anterior. Esta variación se debe fundamentalmente al fuerte crecimiento de la actividad inmobiliaria en la parte de propiedad, que ha experimentado un crecimiento del 25,73%. La parte mercantil también ha tenido un crecimiento notable en el último año del 4,15%, aunque sensiblemente menor. Si analizamos la evolución por grupos los crecimientos más notables se han dado en las compraventas (24,72%) debido al fuerte crecimiento en su número (46,69%) y de todos los subgrupos de este, y a las hipotecas (27,69%) debido al fuerte crecimiento de su número (46,91%) y de todos sus subgrupos. Conviene hacer notar, finalmente, el comportamiento positivo de la mayor parte de los subgrupos del índice, siendo las variaciones negativas muy minoritarias y de bajo nivel».

Cabe destacar que, en este índice de actividad registral, como se puede apreciar, no aparece la actividad relativa a alquileres u otras formas de uso de los inmuebles que pudieran inscribirse como tales, lo que indica el bajo o nulo nivel de inscripción de estos, al no aparecer reflejados en la estadística registral.

Y esto no puede sorprendernos: el número de arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad es muy bajo, a pesar de las ventajas que dicha inscripción puede suponer tanto para el propietario como para el arrendatario, otorgando seguridad a ambos, y favoreciendo el acceso a la vivienda de forma más barata a través de este contrato de arrendamiento y forma de uso.

De todos es sabido que España es un país de propietarios, pero el elevado precio de la vivienda y el encarecimiento y las dificultades prácticas en la concesión de préstamos hipotecarios para financiarla puede conducir en algún momento a una detección de estas transacciones inmobiliarias dominicales.

Por eso, todos los gobiernos han puesto sus ojos en el fomento del alquiler como alternativa de vivienda a la propiedad. La tenencia frente al dominio.

El arrendamiento es una de las opciones «más fáciles», alternativas a la vivienda en propiedad. En principio, es más barato, más sencillo de contratar (con menos requisitos legales y formales), pero, a pesar de ello, no acaba de triunfar

en España, y mucho menos, de inscribirse en el Registro, como acabamos de ver en la estadística registral.

Pues bien, vamos a tratar de explicar cómo, desde mi punto de vista, un refuerzo de la inscripción de los arrendamientos en el Registro puede conducir a un aumento del alquiler como forma de tenencia válida para obtener una vivienda.

## II. VENTAJAS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL ARRENDAMIENTO

### 1. INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

Todos los arrendamientos de inmuebles pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, con independencia de su duración o naturaleza. Así lo recoge el artículo 2.5 LH, modificado por la Ley de arrendamientos de urbanos (LAU) de 1994. Con anterioridad a esta reforma, solo podían inscribirse aquellos arrendamientos de una duración de más de 6 años, probablemente porque el legislador buscaba la estabilidad del derecho inscrito y publicado, siendo poco útil y cara la inscripción de un derecho de escasa duración y cambiante.

Sin embargo y siendo posible, hoy en día, la inscripción de cualquier arrendamiento sea cual sea su duración, solo aquellos que otorguen estabilidad al habitante, al inquilino, son los que interesa que se inscriban, ya que su inscripción puede funcionar como palanca, o impulso para mejorar el acceso a la vivienda<sup>2</sup>. Me explico: si la vivienda es el lugar donde se desarrolla y desenvuelve la vida personal y familiar, esta debe ir necesariamente acompañada de estabilidad temporal, pues entiendo que es la mejor manera de conseguir esa tranquilidad y desarrollo familiar; ya que un cambio constante y cada poco tiempo del lugar, no genera arraigo, ni facilita el libre desenvolvimiento de la vida personal<sup>3</sup>. Por tanto, creo que cualquier alternativa de vivienda debe implicar estabilidad temporal y, también, el arrendamiento.

Por eso, y como luego razonaremos, si la inscripción en el Registro de los arrendamientos otorga importantes ventajas para el arrendatario, dotándole de seguridad y estabilidad, considero que esta solo debe predicarse con especial interés de los arrendamientos de larga duración; por lo tanto, solo de arrendamientos de larga duración, al menos los 5 años de duración legal mínima que establece hoy la LAU.

Es decir, partimos de esta primera premisa: hay que fomentar la inscripción de arrendamientos de duración igual o superior a 5 años, para favorecer la vivienda, sin que sea tan necesario en otros de duración más breve, como por ejemplo los de un año, y desde luego no tendrá esa importancia en los arrendamientos de temporada o turísticos.

1.<sup>a</sup> Premisa: inscripción de arrendamientos +5 años para favorecer la vivienda.

Además de que se pueda inscribir el derecho de arrendamiento, entendemos, para favorecer el acceso a la vivienda que, en esa inscripción de arrendamiento, debería hacerse constar el carácter de vivienda familiar o habitual de la misma, para gozar de todas las ventajas y prerrogativas que conlleva tal carácter.

Es decir, establecemos una segunda premisa necesaria para que la inscripción del arrendamiento sea una palanca facilitadora del acceso a la vivienda: es necesaria la constancia registral en ese arrendamiento de que se trata de arren-

damiento de vivienda. Así obtiene la protección que tal característica otorga a los inmuebles, por ser el lugar de desarrollo de la vida personal, familiar e íntima<sup>4</sup>.

2.<sup>a</sup> Premisa: Es necesaria la constancia del carácter de vivienda habitual en la inscripción del arrendamiento.

Partiendo de estas dos premisas, debemos llegar a la conclusión, querida, de que la inscripción en el Registro favorece o facilita el acceso a la vivienda, ¿por qué nos atrevemos a decir eso?

Porque el artículo 1549 del Código Civil nos dice claramente que no producirán efectos frente a terceros los arrendamientos que no estén inscritos en el Registro.

Es decir, si no se inscribe el derecho de arrendamiento, el arrendatario puede perder su vivienda frente al nuevo adquirente, haciendo eficaz el viejo aforismo de «venta quita renta». Sobre todo, dotará de oponibilidad a los arrendamientos sometidos al Código Civil, que no gozan de oponibilidad legal alguna, a diferencia de los arrendamientos sometidos a la LAU. Esto es así, porque la última reforma LAU de 2019 otorga oponibilidad legal al arrendamiento durante la duración legal mínima (5 o 7 años); pero aun y todo, la inscripción en el Registro da seguridad al arrendatario al margen de los cambios legislativos sobre esta materia, e impide siempre la existencia de un tercero hipotecario del 34 LH que pudiera desconocerlo. Es importante recordar que la inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro no cambia su naturaleza de derecho personal en real, como ha manifestado la jurisprudencia en varias ocasiones<sup>5</sup>, pero sí le dota de plena oponibilidad e impide la existencia de un tercero hipotecario.

Luego, la inscripción favorece la permanencia del arrendatario, y, por tanto, de su vivienda, al otorgarle oponibilidad *erga omnes*, e impedir la adquisición de la finca por un tercero hipotecario de buena fe que lo tendría por no existente. Por eso es importante inscribir.

## 2. VENTAJAS DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN ARAS A FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Vistas las premisas de las que partimos, arrendamiento de vivienda de larga duración, debemos comprobar si la inscripción de estos arrendamientos puede ser un impulso, o puede facilitar de alguna forma el acceso a la vivienda.

¿Por qué si inscribimos, e impulsamos la inscripción del arrendamiento, podemos favorecer el acceso a la vivienda?

Creemos que esto puede ocurrir por las siguientes razones:

1. La inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro aumenta la duración del contrato, es decir, le otorga o dota de una mayor estabilidad.

Esta afirmación viene a demostrarse por lo siguiente

a) El artículo 9 LAU regula la duración del contrato de arrendamiento de vivienda a cinco o siete años según el arrendador sea una persona física o jurídica con duración legal mínima y oponibilidad legal frente a todos durante ese periodo.

Pero, la inscripción puede asegurar esa estabilidad y esa oponibilidad durante más años, si así se hubiese pactado. Por ejemplo, si se acuerda establecer

un contrato de arrendamiento de diez años, la LAU solo garantiza oponibilidad del mismo durante los cinco o siete años de su duración legal mínima (y recordemos que antes solo eran tres años los que el arrendamiento gozaba de oponibilidad legal, y mañana no se sabe...), pero si se inscribe, puede hacerse respetar la duración mayor pactada. Esto es así, ya que, tal y como dispone el artículo 14 LAU, ante la enajenación de la vivienda arrendada, cualquier posterior adquirente de la propiedad debería respetar la duración pactada e inscrita de dicho arrendamiento, es decir, los diez años del ejemplo expuesto, sin poder expulsar de la vivienda al arrendatario, y dejando sin efecto el aforismo de «venta quita renta». El adquirente no podría, en su caso, alegar desconocimiento, ni buena fe, como tercero hipotecario, sino que debería asumir y respetar el uso a favor del arrendatario durante todo el arrendamiento pactado. Si no estuviera inscrito, el adquirente sería un tercero del 34 LH, y no debería respetar la duración establecida en el contrato, sino solo la duración legal mínima.

b) De igual modo, la inscripción en el Registro supone la inalterabilidad del uso del arrendatario ante la resolución del derecho del propietario. En efecto, el artículo 13 LAU establece que si el derecho del propietario se resuelve por cualquier causa (retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra), el contrato de arrendamiento permanecerá durante la duración legal mínima, pero, transcurrida esta, se extinguirá al hacerlo el contrato del arrendador. Sin embargo, si está inscrito en el Registro, permanecerá el arrendamiento durante todo el plazo de duración establecido, al igual que en el apartado anterior.

2. La inscripción favorece la adquisición preferente del arrendatario, e impide su venta sin tenerle en cuenta.

El artículo 25 LAU establece el derecho de tanteo y retracto a favor del arrendatario. Al arrendatario debe notificársele la venta y antes de los 30 días de dicha notificación, deberá ejercitar su derecho de retracto. Si el arrendamiento está inscrito, el adquirente conocerá de primera mano esta posibilidad, pero es que el registrador no inscribirá venta alguna de la finca arrendada hasta que conste dicha notificación, siendo más difícil que el vendedor «engañe» al comprador afirmando que no existe arrendamiento alguno, mediante una manifestación de libertad de arrendamientos falsa, pues solo él conoce esta situación.

La inscripción, por tanto, favorece la adquisición preferente de la propiedad del inmueble arrendado, si tuviera posibilidad económica de hacerlo, y por tanto consolida su vivienda.

3. Además, la inscripción favorece el pago de los gastos derivados del arrendamiento, y con ella es más fácil probar que es vivienda habitual para exención del ITP, siempre que se dejara constancia de tal carácter en el folio registral, tal y como mantenemos.

4. La inscripción del arrendamiento en el Registro, también favorece al arrendador, ya que le permite recuperar la posesión del inmueble de una forma mucho más rápida y eficaz, ante el impago del arrendatario. Ya que «si no se contesta al requerimiento o se acepta por el arrendatario la resolución, el in-

mueble debe restituirse inmediatamente al arrendador»<sup>6</sup>. Puede incluirse en el arrendamiento una cláusula a tal efecto, que permita la rápida recuperación de la posesión siempre que se haya inscrito.

5. Por último, la inscripción de la adscripción al uso como vivienda familiar del inmueble arrendado facilita enormemente su consideración como tal frente a terceros, haciéndole obtener las ventajas que de dicha consideración se derivan (necesidad de consentimiento en disposición, subrogación cónyuge superviviente, posibilidades de inhibición desahucios si son personas vulnerables...).

En definitiva, la inscripción del arrendamiento de vivienda habitual de larga duración ofrece ventajas a su titular de cara a la permanencia, y a la estabilidad en el mismo; compensando estas bondades los costes que se derivan de la propia inscripción, como son los derivados del otorgamiento de escritura pública, arancel registral y fiscales del impuesto de actos jurídicos documentados (AJD).

### 3. FORMA DE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN EL REGISTRO

El contrato de arrendamiento que puede inscribirse en el Registro sea cual sea su finalidad y su duración (art. 2.5 LH)<sup>7</sup>, debe llegar al Registro mediante la correspondiente escritura pública, conforme al principio de legalidad y la necesidad de titulación pública o auténtica que recoge el artículo 3 LH<sup>8</sup>.

Se ha discutido si inscribirse el contrato de arrendamiento mediante otra forma, pero la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado, entre otras, en la resolución de 5 de junio de 2012, la necesidad de que conste el arrendamiento en escritura pública, no siendo suficiente el correspondiente contrato privado de arrendamiento, aunque se acompañe de una sentencia judicial que declaraba su vigencia.

Se practicará a través del correspondiente asiento de inscripción en el folio de la finca a que se refiera, y como tal asiento registral quedará sometido a todos los principios registrales formales y materiales que le afecten, desplegando sus efectos de publicidad y fe pública.

Puede solicitar la inscripción del arrendamiento tanto el arrendador como el arrendatario (art. 6 LH)<sup>9</sup>, si bien, en la práctica, será más frecuente que solicite este último su inscripción, pues tiene más interés en ella que el propio arrendador.

### III. NECESIDAD DE IMPULSAR OTRAS MEDIDAS DE APOYO AL ALQUILER

Todo lo que se acaba de decir favorece al arrendatario en su arrendamiento de vivienda. Queda claro que inscribir el arrendamiento en el Registro es bueno, y el arrendatario queda protegido y favorecido frente a quien no inscribe, y a él le interesa.

Pero todo ello debe ir acompañado de otra serie de medidas que impulsen el mercado de alquiler, pues si no hay viviendas arrendadas, tampoco habrá inscripciones que les doten de mayor estabilidad y puedan ser solución al problema de la vivienda en España.

Por eso, creemos que deben impulsarse medidas que animen tanto al propietario, como que hagan aflorar nuevos tipos de alquileres, así como medidas que promuevan y rebajen la costosa inscripción.

## 1. MEDIDAS QUE FAVORECEN EL ARRENDAMIENTO PARA EL PROPIETARIO

El impulso que las ventajas que ofrece el Registro pueden dar al arrendamiento de vivienda debe verse apoyado por una serie de medidas que favorezcan al propietario porque si no, no se firmarán alquileres, y vano será intentar hablar, entonces, de su inscripción y sus ventajas

Entre esas medidas de apoyo al propietario se recogen las siguientes<sup>10</sup>:

1. La exigencia de la suscripción por el arrendatario de un seguro de daños o multirriesgo (o, en su defecto, por el arrendador, que pudiera repercutir al arrendatario), que cubriera suficientemente los desperfectos y siniestros que se pudieran ocasionar.

2. Sería positivo aumentar las garantías adicionales del posible incumplimiento del arrendatario. Ahora están limitadas, de forma imperativa, a una fianza de dos meses (art. 36 LAU). Podría estudiarse, de nuevo, el aumento voluntario de estas garantías adicionales (depósito, aval bancario...). Es cierto que parece que, en los arrendamientos de larga duración, es decir de más de cinco años, ya es posible aumentarlas ya que, interpretando *sensu contrario* el artículo 36 LAU, este solo se aplicaría a los arrendamientos de duración legal mínima. Tal y como considera SAENZ DE JUBERA, debería permitirse ampliar dichas garantías al menos a seis meses, haciéndolo más compatible con la duración de un posible desahucio que tuviera que instar el propietario frente al arrendatario incumplidor. También es posible entender que, si se trata de otra garantía adicional distinta de las recogidas en la LAU, no habría obstáculo para que fueran por un mayor plazo (por ejemplo, fianza personal).

3. Establecer un registro de morosos<sup>11</sup>. La inscripción en el registro de morosos, tras las sentencias (o laudos) que determinen el incumplimiento de una persona, es una información valiosa que necesita el propietario a la hora de concertar con mayor seguridad el arrendamiento. Debería retomarse esta iniciativa.

4. Y a la vez, se sugiere que se impulse el registro de buenos cumplidores y pagadores, es decir un registro de solvencia. Siendo esta constancia una garantía de la persona a la que vas a arrendar, evitando la indagación personal acerca de la solvencia e idoneidad del arrendatario. Sugerimos que el hecho de estar inscrito en un registro de solvencia fuera, a su vez, requisito para la inscripción del arrendamiento. La justificación de la solvencia durante la vida contractual dota de garantía al arrendador; por lo que debería fomentarse.

5. Revisar el procedimiento de desahucio y los lanzamientos. Por supuesto, una vez más, debe darse una vuelta al procedimiento de desahucio derivados del impago de los arrendamientos, agilizándose para tratar de reponer al propietario lo antes posible en el uso de la vivienda.

Si el arrendador tiene más garantías frente a los daños e incumplimiento del arrendatario, y se consigue reponerle en la posesión de su inmueble lo antes posible, seguro que el mercado de alquiler se reforzaría. Si esto es así, y a la vez, se consigue mediante la inscripción, dar mas estabilidad al arrendatario (en ese mayor parque de viviendas que se ha conseguido poner en alquiler), puede mejorarse el problema de acceso a la vivienda.

## 2. MEDIDAS QUE FAVORECEN NUEVOS ARRENDAMIENTOS: ARRENDAMIENTO DE HABITACIONES

Se propone también una medida de fomento del alquiler, que no es específica del propietario, pero que considero que puede apoyar el alquiler y la utilización

de más viviendas vacías. Se trata del impulso del arrendamiento de habitaciones<sup>12</sup>. Este arrendamiento está regulado por el Código Civil, queda fuera de la LAU, por entenderse que no es estrictamente de vivienda.

Sin embargo, considero que no es así, y que la habitación es la vivienda de muchas personas, normalmente de escasos recursos que tiene que recurrir a alquilar solo una habitación por el excesivo precio de la vivienda entera. Como dice la SAP de Madrid, de 16 de junio de 2021, ante el caso de un arrendamiento de habitaciones en un piso en propiedad horizontal, cuestionado a través de la preceptiva demanda de la comunidad de propietarios porque entendía que se trataba de una actividad prohibida en los estatutos (hospedería): «el contenido de los contratos suscritos por la demandada en relación con el Bajo objeto de litis, evidencia que la finalidad de tales negocios jurídicos viene constituida, bajo el presupuesto de la compartición del uso de la vivienda con terceros, por la satisfacción de la necesidad personal, primaria, ordinaria y permanente de vivienda —de lugar para morar o vivir— por parte del arrendatario. Finalidad propia y consustancial al arrendamiento de vivienda, que no es más que la cesión del goce o uso de una edificación habitable, por tiempo determinado y precio cierto (arts. 1543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Tal finalidad —que también cabe apreciar en aquellos supuestos en los que varias personas, de común acuerdo, deciden suscribir un contrato de arrendamiento sobre una vivienda para compartir su uso— no contradice, en absoluto, el destino que los Estatutos de la comunidad de propietarios demandante reconoce a todos los elementos privativos que integran la propiedad horizontal del edificio: servir de vivienda al titular —bien al titular dominical, bien al titular arrendaticio— del correspondiente elemento privativo. Debiendo tenerse presente, en este punto, que la cesión del goce o uso de las habitaciones de las que consta la vivienda lleva inherente el derecho al uso común de las otras estancias o dependencias del inmueble que carezcan de la condición de habitaciones».

Por todo ello, una buena medida sería impulsar el arrendamiento de habitaciones con finalidad de vivienda, de larga duración, que podrían incluso acogerse de forma voluntaria a la LAU (o promoverse reforma legislativa que así lo contemplase), animando al propietario a poner su vivienda con este tipo de alquiler (puede obtener más beneficios a lo mejor que si se alquila a una sola persona), y el arrendatario podría verse beneficiado de las ventajas de la LAU e incluso inscribir en el Registro su arrendamiento, pues cabe la inscripción de uso parcial del inmueble, siempre que se haya concretado y definido previamente dicho uso y la habitación o pieza sobre la que recae, en aras de dar cumplimiento al principio de especialidad. Si no se definiera la habitación, no podría inscribirse ese derecho de arrendamiento que, entiendo, inscribible, pues todos lo son tal y como establece el artículo 2.5 LH. En este sentido, y aunque refiriéndose a un derecho real de habitación, se manifiesta la STS de 30 de noviembre de 1964<sup>13</sup> que afirma que para que se constituya un derecho de habitación debe quedar constancia expresa del mismo en el título constitutivo, no pudiendo inferirse la existencia de un derecho real de habitación de la mera tolerancia en la posesión, sin pagar renta o contraprestación, de un determinado inmueble por su titular<sup>14</sup>. De forma parecida, y con relación a la inscripción del propio arrendamiento, la RDGSJFP de 28 de octubre de 2021, entiende necesario aplicar el principio de especialidad también a los derechos personales que se inscriben<sup>15</sup>.

### 3. MEDIDAS QUE FAVORECEN LA INSCRIPCIÓN

Por último, y para que el arrendador «saque» sus viviendas al mercado del alquiler, y el arrendatario se decida por esta forma de uso de la vivienda frente a la propiedad, es necesario indudablemente que se rebajen tanto los aranceles notariales como los registrales de la inscripción de los arrendamientos de vivienda (entera o habitaciones) de larga duración.

Probablemente uno de los mayores escollos que existe a la hora de poner en alquiler, y sobre todo de inscribir el arrendamiento en el Registro, es el coste económico que conlleva dicha inscripción, sobre todo si son a corto plazo y hay que estar cambiando continuamente<sup>16</sup>. Por eso, además de abogar por los arrendamientos a largo plazo, sugerimos una rebaja de los aranceles notariales y registrales de este específico arrendamiento, así como mantener la ya existente exención del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD), cuando se trate de la vivienda habitual<sup>17</sup>.

Serían indudablemente unas medidas muy bien recibidas por los arrendatarios que impulsarían la inscripción y en consecuencia la estabilidad en la vivienda.

### IV. CONCLUSIONES

I. Para impulsar el arrendamiento como alternativa a la propiedad, para satisfacer la necesidad de vivienda, es necesario, primero, que afloren más viviendas al mercado y, segundo, que el arrendatario goce de estabilidad. Por eso, debe buscarse el equilibrio (difícil) entre el propietario y el arrendatario, aunando sus intereses. Hay que impulsar medidas que favorezcan a las dos partes, si no fuera así, no se impulsará el mercado arrendaticio.

II. Entre ellas, y desde el punto de vista del arrendatario, creemos que tendrá más interés en alquilar si obtiene seguridad en su arrendamiento, garantía de continuidad y oponibilidad frente a terceros adquirentes, amén de obtener la seguridad de que se trata de su vivienda habitual. Para ello, la inscripción en el Registro de la Propiedad es muy interesante y creemos que debe favorecerse.

III. Si se inscribe en el Registro, su arrendamiento tiene más duración, más estabilidad frente al cambio de manos de propietario, oponibilidad *erga omnes*, más garantías de ejercitar su derecho de adquisición preferente, y asegurar la adscripción al uso como vivienda familiar o habitual de ese inmueble con todo lo que ello supone.

IV. El fomento de esa inscripción debe ir acompañado, necesariamente y como estímulo, de la reducción de los aranceles notariales y registrales cuando se trate de arrendamientos de larga duración destinados a vivienda, así como la exención del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En estos casos hay que tratar de reducir los costes de inscripción, y solo en estos casos.

V. De igual forma, deben aprobarse medidas que favorezcan que el propietario prefiera poner sus viviendas vacías en alquiler, antes que tenerlas paradas. Entre otras medidas, sería bueno que se llevaran a cabo mayores medidas de garantía del incumplimiento del deudor, o de protección frente a los posibles daños que pudiera causar, así como control de la solvencia o insolvencia de los arrendatarios. También se propone fomentar el arrendamiento de habitaciones y su inscripción en el Registro

VI. En consecuencia, considero que la inscripción de los arrendamientos de vivienda puede impulsar su contratación, y aminorar el problema de vivienda en España, utilizando las viviendas que ahora están vacías. Pero siempre y cuando se den las siguientes circunstancias:

a) Debe tratarse de la inscripción de arrendamientos de 5 o más años de duración en el Registro. Solo compensa la inscripción de arrendamientos de larga duración que son los que realmente favorecen la estabilidad y vivienda.

b) Constancia en dicha inscripción de la adscripción al uso como vivienda familiar o habitual de dicho inmueble.

c) Exigencia de presentación de documentación previa necesaria para esta inscripción: debe aportarse a la inscripción certificado negativo registro de morosos, o positivo de solvencia. De esta forma se da más tranquilidad al arrendador.

d) Para estas inscripciones debería pensarse en una fórmula de reducción de aranceles notariales y registrales que normalmente suelen ser un freno a la inscripción.

e) Alcance también de dicha inscripción a los arrendamientos de habitación, que pueden considerarse arrendamientos de vivienda, siempre que sea esa su finalidad, y su duración sea larga.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 30 de noviembre de 1964
- STS de 17 de octubre de 1978
- STS de 8 de octubre de 1985
- STS de 30 de marzo de 1987
- STS de 9 de octubre de 1987

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Bilbao de 21 de septiembre de 1991
- SAP de Bilbao de 3 de febrero de 1992
- SAP de Mallorca de 24 de febrero de 1992
- SAP de Palma de Mallorca de 24 de febrero de 1992
- SAP de Ciudad Real de 30 de diciembre de 1995
- SAP de Palma de Mallorca de 19 de enero de 1998
- SAP de Madrid de 24 de julio de 2000
- SAP de Madrid de 16 de junio de 2021

### DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 25 de noviembre de 1992
- Resolución de 5 de junio de 2012

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 28 de octubre de 2021

## V. BIBLIOGRAFÍA

- PERNAS RAMÍREZ, P. (2021). Inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad. Disponible en <https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-arrendamiento-de-vivienda-en-el-registro-de-la-propiedad-pedro-pernas-ramirez-registrador-de-la-propiedad-de-jaca>. Inscripción del arrendamiento de vivienda en el registro de la propiedad
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 2001.
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2022). Medidas de incentivo al alquiler para el propietario arrendador. En *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (Goñi Rodríguez de Almeida, M., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase, Índice de Estadística Registral, primer trimestre 2022, disponible en [www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral](http://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral).

<sup>2</sup> Ya que por vivienda familiar ha de entenderse, siguiendo en este punto a MORALEJO IMBERNÓN, como «aquella en la que el grupo familiar, o los cónyuges exclusivamente si no hubiera hijos, tiene instalada su residencia conjunta, permanente y habitual». Subrayamos el carácter de permanente y habitual, que indica continuidad. MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 2001, 92.

<sup>3</sup> En este sentido, y poniendo de manifiesto la necesidad de habitualidad y carácter estable de la vivienda familiar, se ha manifestado la jurisprudencia en varias ocasiones, como, por ejemplo: SAP de Mallorca de 24 de febrero de 1992, afirma que la vivienda familiar «lo es, únicamente, la conyugal, es decir, aquella donde, de manera permanente y estable y como centro de su convivencia íntima, han venido habitando esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis en el matrimonio». SAP de Ciudad Real, de 30 de diciembre de 1995, recoge perfectamente estos requisitos: «el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges». Y SAP de Palma de Mallorca de 19 de enero de 1998, SAP de Bilbao de 21 de septiembre de 1991, SAP de Bilbao de 3 de febrero de 1992, SAP de Palma de Mallorca de 24 de febrero de 1992.

<sup>4</sup> De este modo, el artículo 1320 del Código Civil, establece las limitaciones para disponer de la vivienda familiar constante matrimonio, y sea cual sea la titularidad en virtud de la cual se ocupa el inmueble y con independencia de a quién pertenezca. En su virtud, los actos dispositivos sobre la vivienda familiar deberán realizarse siempre con el consentimiento de ambos cónyuges o mediante autorización judicial que los supla, aunque la vivienda sea de titularidad exclusiva de uno de ellos. Lo que se pretende con esta medida es la protección de la vivienda habitual de la familia mientras dura el matrimonio, garantizar la adscripción de la vivienda al núcleo familiar, al igual que ocurre en el siguiente supuesto.

También, recoge el derecho de adquisición preferente que tiene el cónyuge supérstite sobre la vivienda habitual —familiar—, al morir el otro cónyuge, o bien el derecho a que se constituya un derecho de uso o habitación a su favor sobre ese bien (1406 y 1407 CC), y que solo se tiene sobre este tipo especial de vivienda, limitando de este modo la facultad

de disposición de su propietario, pues el dominio se ve gravado con estos derechos reales de uso o adquisición preferente.

En los casos de ruptura matrimonial, separación, divorcio o nulidad, habrá que atribuir el uso de la vivienda familiar (art. 90 CC), bien a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, bien, al cónyuge más necesitado no habiendo hijos. Y no podrá disponerse de esa vivienda por su titular (aunque sea de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges), sin el consentimiento del otro a cuyo favor se hubiera atribuido el derecho de uso (art. 96.4 CC).

También la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su artículo 15, establece la posibilidad de que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar arrendada, tras la nulidad, separación o divorcio, pueda decidir continuar en el uso de la misma, a pesar de no ser él el titular del arrendamiento. La reforma de 2013 ha mantenido la literalidad de este artículo, y por lo tanto, sigue protegiéndose el derecho a usar la vivienda familiar por el cónyuge separado y divorciado, siempre que él fuera el atributario de tal derecho, limitando de nuevo y *de facto*, las posibilidades de disposición sobre el inmueble, todo ello con la finalidad de dotar de un sitio estable para el desarrollo de los hijos menores.

<sup>5</sup> Véase en este sentido: SSTS de 17 de octubre de 1978, de 8 de octubre de 1985, de 30 de marzo de 1987, entre otras. Por ejemplo, la STS de 9 de octubre de 1987 afirmó que mediante la inscripción un derecho personal puede tener efectos frente a terceros, pero dicha inscripción no posee «la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación».

Aunque, como manifestó la RDGRN de 25 de noviembre de 1992 el arrendamiento «con la inscripción, va a tener ciertos efectos de derecho real de goce general».

<sup>6</sup> PERNAS RAMÍREZ, P. (2021). Inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad. Disponible en [https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-arrendamiento-de-vivienda-en-el-registro-de-la-propiedad](https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-arrendamiento-de-vivienda-en-el-registro-de-la-propiedad-pedro-ernas-ramirez-registrador-de-la-propiedad-de-jaca)

<sup>7</sup> Artículo 2.5 LH: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».

<sup>8</sup> Artículo 3 LH: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos».

<sup>9</sup> El artículo 6 LH establece que la inscripción de los títulos en el Registro puede solicitarse, indistintamente, por el que adquiere el derecho, por el que lo transmite o por quien tiene interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

<sup>10</sup> En este punto, seguimos a SAENZ de JUBERA HIGUERO, B. (2022). Medidas de incentivo al alquiler para el propietario arrendador. En *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (Goñi Rodríguez de Almeida, M., Dir.), Tirant lo Blanch.

<sup>11</sup> La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler previó en su artículo tercero la creación de un Registro público de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler, que permitiría a todo propietario antes de arrendar el inmueble consultar, bajo ciertas condiciones, si su futuro arrendatario tiene antecedentes firmes de morosidad. Debía desarrollarse por Reglamento y todavía no se ha hecho.

<sup>12</sup> El Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el pasado 19 de enero de 2022, tiene en cuenta en todo su articulado la idoneidad del arrendamiento de habitación como vivienda para beneficiarse de las ayudas correspondientes.

<sup>13</sup> STS de 30 de noviembre de 1964: «Aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca

un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho romano le configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando, una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos una vivienda ocupada por otro, y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, aun familiar muy allegado, sin señalamiento de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente».

<sup>14</sup> También para el derecho real de habitación, la SAP de Madrid de 24 de julio de 2000, afirma que la falta de determinación en el título constitutivo de las piezas o habitaciones sobre las que recae el derecho de habitación, no puede llevar a presumir que se extiende sobre la totalidad, que sea ilimitado, y que es necesario que se concreten las piezas concretas de la vivienda que se tiene derecho a ocupar, a los efectos registrales.

<sup>15</sup> RDGSJFP de 28 de octubre de 2021: «El principio hipotecario de especialidad registral exige e implica concreción en la inscripción tanto de la finca registral como de la extensión del derecho real sobre la misma. Esto determina que, en la inscripción de los actos y negocios jurídicos se exija claridad para esta determinación. Este principio es también aplicable a la inscripción de ciertos derechos personales que tienen acceso al, como es el caso del derecho de arrendamiento. Así, en el caso de los arrendamientos urbanos, tras la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, la redacción del artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria quedó modificada, al permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos». A resultas de la disposición adicional segunda de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, se dictó el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos. Con ello, quedaba patente en nuestro ordenamiento jurídico, el plus adicional que en orden a la seguridad jurídica del arrendatario constituye la constancia del derecho personal de arrendamiento derivado de su contrato, en el Registro de la Propiedad. En aras a esta finalidad, el Real Decreto 297/1996, establece una cierta flexibilidad en los requisitos que deben cumplir los títulos presentados (art. 2) en orden al principio de especialidad, pero no en relación al tracto sucesivo».

<sup>16</sup> PERNAS RAMIREZ, *ob. cit.*, pone un ejemplo del coste de la inscripción de un arrendamiento tipo, al albor de la LAU tras la reforma de 2013: «Los gastos necesarios para lograr la inscripción del arrendamiento, dependen de la renta pactada y de la duración, si bien, en los arrendamientos de vivienda se considera el inmueble arrendado al menos por el plazo mínimo de duración (actualmente, tres años) como resulta del artículo 10 LITPAJD resultando, por ello, los siguientes gastos suponiendo una renta de 688 € (media de la renta nacional) y una renta total de 24.768€, los gastos serían: Gastos de notaría: 124,73€, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales: 99,97€, Registro: 59,93€»

<sup>17</sup> Exención establecida en el Real Decreto Ley, de 1 de marzo de 2019 de Medidas urgentes para la vivienda y el Alquiler.

## 1.4. Sucesiones

# Las condiciones testamentarias como manifestaciones de la libertad para testar y derechos fundamentales

## *Testamentary conditions as a manifestations of the freedom to testate and fundamental rights*

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

*Abogado*

*Doctor en Derecho UNED*

**RESUMEN:** Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas lo que plantea la cuestión acerca de si caben cualquier tipo de condiciones que coarten la libertad del instituido con tal de que no sean contrarias a la ley o a las buenas costumbres. En este punto la libertad para testar puede entrar en colisión con los derechos y libertades fundamentales. No hallamos ante la cuestión de la *drittwirkung*, de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. En este trabajo se trata también de las condiciones potestativas de hechos pasados, normalmente la condición de que los herederos instituidos cuiden al testador hasta su fallecimiento, que no siempre es fácil diferenciar de otro elemento accidental del negocio jurídico testamentario cual es el modo.

**ABSTRACT:** *Impossible conditions and those contrary to law or good customs will be deemed not to have been established, which raises the question of whether there is room for any type of conditions that restrict the freedom of the instituted person, as long as they are not contrary to law or good customs. At this point the freedom to make a will can collide with fundamental rights and freedoms. We are not faced with the question of drittwirkung, of the effectiveness inter privatos of fundamental rights. This work also deals with the optional conditions of past events, normally the condition that the instituted heirs take care of the testator until his death, which is not always easy to differentiate from another accidental element of the testamentary legal business, which is the mode.*

**PALABRAS CLAVE:** Libertad para testar. Condiciones. Derechos fundamentales.

**KEY WORDS:** *Freedom to test. Conditions. Fundamental rights.*

**SUMARIO:** I. CONDICIONES TESTAMENTARIAS: SU LICITUD.—II. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO SE TENDRÁN POR NO

PUESTAS.—III. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO COMPORTARÁN LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN.—IV. CONDICIONES POTESTATIVAS DE HECHOS PASADOS.—V. ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN.—VI. MODO Y CONDICIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONDICIONES TESTAMENTARIAS: SU LICITUD

La libertad para testar<sup>1</sup>, auténtica clave de bóveda de nuestro Derecho sucesorio<sup>2</sup>, no solo implica la autonomía para otorgar testamento sino también la posibilidad de imponer condiciones, o no, a los sucesores<sup>3</sup>. Por tanto, esta última es, sin lugar a dudas, una concreción de esta libertad testamentaria, reconocida en el artículo 790 del Código Civil: «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición».

Esta libertad es la regla general y la intangibilidad de la legítima, la excepción (arts. 813.2 CC, 451-9.1 CCCat, 498 CDFA). A mayor libertad para testar, cabe la eventualidad de que se dé una mayor “creatividad”<sup>4</sup> y, en ocasiones, incluso excentricidad en el contenido de las disposiciones de última voluntad<sup>5</sup>.

Como vemos, una de las manifestaciones de la autonomía privada testamentaria, de la libertad para testar, se materializa en la o las condiciones impuestas por el causante a sus beneficiarios. En buena lógica, carecerán de validez aquellas que traspasen los límites impuestos por el legislador<sup>6</sup>.

Estas condiciones, como elemento accidental del negocio jurídico, seguirán las prescripciones aplicables del Código Civil prevenidas para los herederos y legatarios y, en su defecto por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales (art. 791 CC); de modo que bien pueden ser tanto suspensivas<sup>7</sup> como resolutorias<sup>8</sup>, toda vez que no rige el principio *semel heres semper heres*<sup>9</sup> propio del Derecho romano, del Derecho catalán<sup>10</sup> y del Derecho de Mallorca y Menorca<sup>11</sup>. Sin género de dudas, la condición será el medio a través del cual se conocerán los motivos de la disposición testamentaria<sup>12</sup>.

La libertad para testar en este punto, el de las condiciones, puede entrar en colisión con los principios y derechos fundamentales. De nuevo estamos ante la cuestión de la aplicación *inter privatos* de los derechos fundamentales<sup>13</sup>, de la *drittwirkung der grundrechte*. Veamos.

El Código Civil da respuesta a la cuestión de las condiciones imposibles, contrarias a la ley<sup>14</sup> o a la moral. Así el artículo 792 dispone 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 legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa»<sup>15</sup>. El artículo 423.17 CCCat, menos tajante, afirma que «las condiciones ilícitas se tienen por no formuladas, pero, si resulta claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es motivo determinante de la institución de heredero, esta es nula».

El influjo del Derecho romano<sup>16</sup> es evidente, *pro non scriptis habentur*<sup>17</sup>. Este precepto se aplicará tanto si los derechos en colisión carecen de la categoría de fundamentales como en el supuesto de que sí la ostenten, con lo que se responde, a primera vista, mediante un precepto estrictamente sucesorio, a la cuestión de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales, de la *drittwirkung*.

Claro que si partimos de que la condición, en un sentido no estricto, es un medio para la consecución de un fin<sup>18</sup>, al tratar de su licitud hemos de distinguir

entre la del acto u omisión que ella comporta y la finalidad que con la condición se pretende alcanzar «de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho como si la finalidad perseguida es hacer 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 y por ello como no puesta»<sup>19</sup>. Por el contrario, observa ALBALADEJO, «no es inmoral ni ilícita la condición cuando el suceso inmoral o ilícito se contempla con el fin de evitarlo (por ejemplo, se deja algo bajo la condición resolutoria de que el instituido robe)»<sup>20</sup>.

Sin embargo, siendo lícito el acto u omisión debemos plantearnos, desde esta perspectiva de la finalidad que no de la esencia de la condición como hecho sobre el que hay incertidumbre, si la finalidad lícita en sí, pero que comporta una restricción de la libertad del instituido o la de un derecho-libertad constitucional (ahí está la cuestión de la *drittwirkung*), contraviene el ordenamiento, teniéndose por no puesta<sup>21</sup>. Esta es una postura doctrinal.

DÍEZ-PICAZO haciendo referencia a la doctrina decimonónica afirma que «toda condición que coarte la libertad del donatario o legatario debe ser considerada *contra bonos mores*. De esta suerte, se ataca la personalidad humana cuando se ataca la libertad individual que es el derecho esencial de la personalidad»<sup>22</sup>. En cambio, la condición consistente en que los favorecidos en el testamento no ejerciten acciones judiciales en defensa de sus intereses<sup>23</sup>, es decir, los pactos de *non petendo*, «no han sido considerados nunca como ilícitos, ni como contrarios a las buenas costumbres»<sup>24</sup>. Por su parte, en la doctrina comparada actual DI MAURO afirma que «in tale ottica, il principio di base che l'interprete deve necessariamente tenere sempre presente è quello di considerare illecite tutte quelle condizioni con cui il testatore, anche se minimamente, ovvero in maniera indiretta, ha inteso coartare la libertà dell'istituito; regola che [...] non deve subire eccezione alcuna, in quanto la minima coartazione della volontà dell'istituito, e, quindi, della sua libertà, deve ripugnare»<sup>25</sup>.

Desde otra óptica, en este punto y por cuanto atañe a condiciones que partiendo de un acto u omisión lícito en sí (ilícito sería, por ejemplo, la comisión de un delito o una infracción administrativa) y conforme a las buenas costumbres (contravendría, por el contrario, las buenas costumbres, por ejemplo, una conducta contraria a la moral social) aunque puedan parecer contrarias a derechos fundamentales por coartar la libertad del instituido —como podrían ser las de divorciarse, abrazar o abandonar determinada religión, etc., (actos lícitos en sí mismos)— no implican una colisión de la autonomía privada del testador con dichos derechos fundamentales de los instituidos ya que estos siempre serán libres de aceptar o no, debiendo prevalecer la *voluntas testatoris*. A juicio de una buena parte de la doctrina científica, es la solución correcta ya que si bien según el artículo 792 del Código Civil se tendrán por no puestas las condiciones contrarias a las buenas costumbres y a la ley (al frente de las cuales se encuentra la Constitución), no es menos cierto que la libertad de testar que incluye la libertad de condicionar también tiene su respaldo constitucional<sup>26</sup>. No olvidemos que, salvo los legitimarios, nadie tiene derecho a ser beneficiario de una disposición *mortis causa*. Como sostiene MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la gratuidad de la atribución comporta la posibilidad de condicionar su eficacia<sup>27</sup>. Con todo siempre ha lugar a la clásica cuestión sobre la libertad de la persona, si esta tiene capacidad para ser esclava, lo que es ciertamente dudoso, de hecho no están admitidos los contratos personales para toda la vida (art. 1583 CC).

Es decir, no se tienen por ilícitas cualesquiera condiciones que coarten la libertad puesto que, en última instancia, al destinatario siempre le quedará el

recurso de no aceptar la herencia<sup>28</sup>. Es decir una condición que no sea ilícita en sí (es decir, que no consista en un acto u omisión ilícito), por mucho que coarte al instituido<sup>29</sup>, no deja de ser una manifestación de la libertad para testar, libertad en sentido positivo. Como sostiene BONILINI «l'autonomia testamentaria, a differenza di quella contrattuale, sfugge a verifiche in termini de "socialità" dell'intenzione e dello scopo (art. 1322, cpv., cod. Civ.). Si rivelano valide, pertanto, anche le disposizioni capricciose o bizzarre [...] com'è limitata l'autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.), altrettanto deve esserla quella testamentaria, ma il testatore incontra meno impacci, di quanti non ne incontrino i paciscenti, sia perché giova valorizzare l'esigenza di liberalità successoria e della libera disciplina degli interessi *post mortem*, sia perché è assente, qui, l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi»<sup>30</sup>.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la postura ecléctica de GARCÍA RUBIO cuando indica que habrá que realizar una «ponderación de los principios en el testamento discriminatorio: solo las discriminaciones insoportables y odiosas o que exijan renunciaciones inadmisibles a los derechos y libertades fundamentales de los beneficiarios (el testamento "liberticida") justifican el límite a la libertad para disponer *mortis causa*»<sup>31</sup>.

Conviene no olvidar, con DELGADO ECHEVERRÍA, que la moralidad social vigente presenta una indudable relevancia<sup>32</sup> puesto que la historia del Derecho muestra que los «criterios sociales se introducen de diversas maneras en el sistema jurídico y que, más allá de las leyes, los tribunales han encontrado siempre algún cauce para invalidar testamentos cuyas disposiciones desafiaban de manera escandalosa a la moral social de la época: el origen de la *querella inofficiosi testamenti* y su tratamiento por los *Centumviri* es una lección que no hay que olvidar»<sup>33</sup>. Aunque como acertadamente sostienen TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO «poner los límites de lo que el testador puede y no puede hacer en criterios de moralidad social tiene unos costes muy altos en términos de seguridad jurídica...» y recuerdan que «en MODESTINO D. 28,7,27 se consideraba inmoral y como no puesta, la condición de que los restos del disponente fuesen arrojados al mar, lo cual hoy en día no solo no es inmoral, sino que con toda seguridad es bastante frecuente»<sup>34</sup>.

## II. CONDICIONES CONCRETAS QUE EL LEGISLADOR ORDINARIO TIENE POR NO PUESTAS

La licitud de las condiciones a las que nos hemos referido no obsta para que el legislador, expresamente, tenga por no puestas algunas que limitan la libertad del instituido, caso de «la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio... a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este» (art. 793 CC)<sup>35</sup>. La excepción es hoy más que discutible<sup>36</sup>.

Prosigue el artículo 793 del Código Civil en su párrafo segundo: «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». En este supuesto, por el contrario, no hay coacción de la libertad del instituido dada la pretensión de cubrir sus necesidades mientras permanezca en este estado, no actuando el matrimonio del legatario como condición resolutoria, con efectos retroactivos (*ex tunc*), sino que deja sin efecto el legado a partir de ese momento (*ex nunc*)<sup>37</sup>.

En suma, será válida la condición “relativa” de no contraer matrimonio<sup>38</sup>, si bien la de contraer matrimonio o de contraerlo con persona determinada o tipo de persona haya de reputarse válida con ciertas cautelas<sup>39</sup>. En opinión de ALBALADEJO, opinión que compartimos, «hay que afirmar que para decidir sobre la admisibilidad o no, en general, de las condiciones relativas al matrimonio, debe acudirse al artículo 792, y estimando contraria o no a las leyes o a las buenas costumbres la condición concreta sobre matrimonio que se haya puesto en el caso, considerarla puesta o tenerla por no puesta. Es como si el artículo 792 dijese: “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o 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”. En definitiva, pienso que es incorrecto el argumento de que puesto que el artículo 793 rechaza únicamente la condición absoluta de no contraer matrimonio, son admisibles las de contraerlo, de contraerlo con cierta persona y de no contraerlo con persona determinada. De estas no hay que juzgar —insisto— por el artículo 793, sino por el 792, y cuando, a la vista de las circunstancias del caso, deban considerarse inadmisibles, habrá que tenerlas por no puestas a tenor de dicho artículo 792»<sup>40</sup>. Esta es la tesis ampliamente compartida por la doctrina italiana y el Tribunal de casación italiano en una sentencia del año 2009<sup>41</sup>. De todos modos, habida cuenta de que el matrimonio de 1889 no es el matrimonio actual, la condición positiva de contraer matrimonio es menos relevante puesto que a los tres meses de contraerlo se puede disolver por divorcio por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

Esta condición si fue consentida por el Derecho romano, no era sino reflejo de la protección dispensada a las nupcias, principio constitucional imperante en las sociedades contemporáneas<sup>42</sup>. Prima la libertad de contraer matrimonio sobre la libertad para testar.

Téngase en cuenta que el presupuesto básico inderogable para el válido matrimonio es la libertad de consentimiento. En buena lógica y por extensión, idéntica ilicitud se predicaría de las disposiciones de última voluntad en las que un tercero coacciona en este acto personalísimo al deponente.

En este aspecto, la CDFa presenta alguna especialidad frente al Código Civil. Así el artículo 476 CDFa dispone que «es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada». Prima la libertad de testar sobre la libertad de contraer matrimonio, pero si el motivo expresado es ilícito (p.ej. contrario al art. 14 CE) y esencialmente determinante de la disposición afectará a la eficacia del testamento (cfr. art. 471 CDFa). Es por la vía la de colisión con los motivos expresados, ilícitos y determinantes de la disposición, por la que los derechos fundamentales están presentes en las relaciones *inter privatos* en materia testamentaria.

El CCCat admite expresamente la condición de contraer matrimonio (art. 423-15.1). Cuestión notablemente significativa, toda vez que «la misma coacción puede haber cuando la condición es la de no contraer matrimonio, como cuando la condición es la de contraer matrimonio, y esta la admite la ley [...] Y si admite la “coacción” respecto a la celebración de matrimonio, también es admisible la coacción hacia otras esferas personales»<sup>43</sup>.

### III. CONDICIONES QUE PARA EL LEGISLADOR ORDINARIO COMPORTAN LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN

No obstante, se establecen excepciones a la regla del artículo 792 del Código Civil puesto que se sanciona con nulidad la «disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona» (art. 794 CC); se sanciona con nulidad la disposición bajo esta condición (llamada condición captatoria) y no otras que pueden ser mucho más inmorales que simplemente se tendrán por no puestas. En resumidas cuentas, resulta incuestionable que una condición de este tipo coarta la libertad en sentido positivo, es decir, la libertad para testar; la libertad para testar de uno al imponer esta condición limitaría la libertad positiva para testar de aquel a quien se impone la condición<sup>44</sup>. Este artículo tiene su correspondiente en el 423-19 CCCat que dice así: «Las condiciones captatorias determinan la nulidad de la institución de heredero». BOSCH CAPDEVILA considera que este precepto representa «el exponente más importante de la vigencia del principio de libertad de testar en el CCCat, o uno de los principales argumentos para defender la existencia de este principio. El testador puede establecer prestaciones a cargo de una persona (sería un legado de cosa propia del favorecido), le puede limitar su facultad dispositiva por actos entre vivos (imponiéndole el modo consistente en una prohibición de disponer, artículo 428-6), lo puede gravar con un fideicomiso, pero lo que no puede hacer es condicionar su libertad dispositiva *mortis causa*»<sup>45</sup>.

Diferente también la solución del Derecho aragonés, que en su artículo 476 CDFA declara válida «la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición *mortis causa* en favor del disponente o de otra persona».

El hecho de que los artículos 476 CDFA y 423-15 1 CCCat gocen de plena constitucionalidad, al día de hoy, verifica la hipótesis que antes hemos formulado: no existe ningún obstáculo constitucional que impida considerar plenamente válidas aquellas condiciones que, consistiendo en un acto u omisión lícita en sí, constriñan la libertad del instituido. Cuestión distinta es que el legislador ordinario aprecie que algunas se tendrán por no puestas y otras comportarán la nulidad de la disposición. Parafraseando la STS de 27 de octubre de 1892<sup>46</sup>, el testador no atenta contra la libertad del beneficiado por la disposición *mortis causa* sino que hace uso de la suya en la disposición de sus bienes.

### IV. CONDICIONES POTESTATIVAS DE HECHOS PASADOS

Como bien dice CAÑIZARES LASO, «en ocasiones el testador precisamente con la finalidad de favorecer a determinados parientes sujeta sus decisiones a determinadas condiciones. Esto sucede cuando la institución de heredero queda sometida a la condición de que dichos herederos cuiden al testador para el caso de enfermedad o de cualquier necesidad hasta su fallecimiento»<sup>47</sup>. No siendo menos cierto que la condición, y también el modo, en los negocios jurídicos *mortis causa* con objeto de cuidar y asistir al testador y/o a terceros merecen una mejor y más amplia regulación por el interés que suscitan, sin duda mucho mayor que la condición de no contraer matrimonio, habida cuenta de la realidad social actual y las perspectivas de futuro. En cualquier caso, es una posibilidad que nos ofrece el Derecho de sucesiones.

Este tipo de condición deberá configurarse como una condición impropia puesto que la institución o el legado no son condicionales cuando el evento se ha cumplido en el momento de la apertura de la sucesión: nacerán puros<sup>48</sup>.

Examinemos la jurisprudencia. Unas veces contempla auténticas condiciones potestativas de hechos pasados, así la STS de 9 de mayo de 1990<sup>49</sup> (*RJ* 1990, 3696) que parte de un testamento en el que la testadora mejora a su nieto «bajo condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales» (la obligación de que pague el entierro y el funeral es un modo, FD 5.<sup>o</sup>). El llamamiento condicionado a un acontecimiento que tan solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión hace que nos hallemos ante una condición suspensiva, potestativa, de pasado y que ha de ser conocida por el obligado a cumplirla, así lo ha entendido esta misma sentencia en su fundamento de derecho tercero cuando dice que «siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados»<sup>50</sup>, lo que no impide que el testador en virtud de su autonomía la pueda introducir.

En alguna otra ocasión el Tribunal Supremo se encuentra ante una obligación modal, véase la STS 13/2003, de 21 de enero<sup>51</sup> (*RJ* 2003, 604), que partiendo de una cláusula testamentaria del siguiente tenor: «La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo Antonio, con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes», en su fundamento de derecho tercero, pone de manifiesto que «el artículo 797 del Código Civil es inequívoco al disponer que 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, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965, 5898), 17 de mayo de 1971 (*RJ* 1971, 3158) y 28 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 6723)».

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 768/2009, de 3 de diciembre<sup>52</sup> (*RJ* 2010, 269). Se trata de un testamento con la siguiente cláusula: «SEGUNDO. La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora». Como asevera CAÑIZARES LASO, «desde la primera instancia se califica la cláusula como una “condición potestativa” cuyo cumplimiento resultaba imposible porque no era conocida por los herederos antes de la apertura de la sucesión y que, una vez fallecida la testadora, ya no pudo cumplirse [...] se subraya la difícil calificación de este tipo de instituciones. Y en verdad es así porque aquellas disposiciones en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es una cuestión complicada»<sup>53</sup>. En esta sentencia nos encontramos ante «una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de

potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión» (FD 4.º).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2011, de 18 de julio<sup>54</sup> (*RJ* 2011, 5217). Se parte de la siguiente cláusula testamentaria: «Llegado el día en que, por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por periodos de tiempo iguales cada uno. Si alguno de los nombrados herederos se negare a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Si alguno de los herederos, hermanos de la testadora por razones de enfermedad grave o senectud no pudiera atenderla, serán sustituidos en la obligación por los respectivos hijos de los mismos, sobrinos de la testadora en ese caso con sustitución fideicomisaria en lo que respecta a los bienes que les correspondan en la herencia, a favor de los sobrinos que efectivamente la atiendan. No se considerará incumplido el deber de asistencia, si ha de producirse el internamiento de la testadora en un centro hospitalario o geriátrico por necesidad de asistencia médico sanitaria». Se trata, al igual que en la sentencia anterior, de una institución de heredero bajo condición de hechos pasados.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 316/2018, de 30 de mayo<sup>55</sup> (de Pleno) (*RJ* 2018, 2314). Se trata de un testamento con una cláusula que reza así: «Instituye como heredera universal en todos sus bienes, derechos y acciones a Doña Reyes, vecina de Villafranca del Bierzo, con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados». Pues bien, esta Sala desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que «consideró que la obligación impuesta a la instituida heredera, de cuidarla y asistirle hasta su fallecimiento, debía ser calificada como una condición suspensiva de carácter potestativo cuyo cumplimiento debía realizarse en vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario» (FD 1.º. 4). No obstante, esta sentencia dice en su fundamento de derecho tercero 2 que «la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código Civil sobre esta materia [...] No resulta extraño, por tanto, que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la dispar calificación que se le da a esta figura en las citadas sentencias de esta Sala de 21 de enero de 2003 (núm. 13/2003) y 18 de julio de 2011 (núm. 557/2011). Por lo que interesa que esta Sala fije los criterios de interpretación de la cuestión planteada. En este sentido, la calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse, necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 CC), como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Desde el primer plano de análisis indicado, la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador, esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero. Desde el segundo plano indicado, esta fijación de la voluntad realmente

querida por el testador tiene que estar proyectada, de forma principal, en la declaración formal testamentaria, en su interpretación lógica y sistemática».

La STS núm. 118/2021, de 3 de marzo<sup>56</sup> (RJ 2021, 969), en su fundamento de derecho segundo reitera el argumento de la anterior sentencia: «Solo cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución era que la llamada como heredera cuidara y asistiera a la testadora hasta su fallecimiento, y no lo hizo, se ha declarado la ineficacia de la institución».

Este tipo de sentencias ponen de manifiesto las posibilidades que ofrece el Derecho de sucesiones para el cumplimiento de determinados fines de índole familiar<sup>57</sup>.

ZURITA MARTÍN, consideramos que, con buen criterio, no entiende «que el desconocimiento de la condición deba interferir en la consideración del cumplimiento de la misma, pues puede que el testador no quisiera que el designado la conociera, precisamente para evitar que le cuidara por motivos interesados»<sup>58</sup>.

Caso de incumplimiento de la condición, la atribución patrimonial corresponderá a los sustitutos vulgares, si los hay, o quienes deba acrecer, procediendo en último término a la apertura de la sucesión intestada.

Es muy conveniente, para evitar controversias futuras, especificar en qué habrán de consistir los cuidados, si hay obligación de convivencia, etc., aunque «los tribunales manifiestan gran flexibilidad al apreciar la existencia del cumplimiento de la obligación de cuidar, tomando en consideración las posibilidades del instituido, el mantenimiento de la institución por el causante, sin revocación testamentaria, la falta de necesidad de asistencia o la ausencia de requerimiento para cumplir. Además, se admiten, cuando concurren sus presupuestos, tanto el cumplimiento en términos análogos a los previstos testamentariamente como el ficticio, cuando el real lo impide quien resultaría favorecido por el incumplimiento o incluso quien habría de recibir la asistencia»<sup>59</sup>.

La STS de 21 de diciembre de 1920<sup>60</sup> consideró válida una cláusula del siguiente tenor: «Instituyo como mi única y universal heredera a la persona que durante mi última enfermedad me cuide y asista asiduamente y que además se preste gustosa a hacerse cargo de la perra que tengo llamada Hortensia, a la que deseo se atienda con cariño». Esto es lo que la doctrina califica como «testamento a quien me cuide». Esta forma de ordenar la sucesión no contraviene la prohibición de designar heredero a persona incierta de los artículos 750<sup>61</sup> y 772 del Código Civil, puesto que podrá acabar determinándose, con mayor o menor facilidad, la persona que ha proporcionado los cuidados. Caso de haberse designado albacea, y conveniente es que a estos efectos se haga, será a él a quien le incumba tal determinación, y en su defecto, al contador-partidor<sup>62</sup>.

El artículo 203.2 LDCG es el único texto legal español que contempla expresamente esta disposición testamentaria: «Será válida la disposición a favor de quien cuide al testador»<sup>63</sup>, señalando la persona que en defecto determine quién o quienes cuidaron al testador, así, «salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador». Cabe una interpretación extensiva del precepto que comprenda también el cuidado de terceras personas<sup>64</sup>.

Lo anterior no se debe confundir con la institución hecha bajo condición de cuidar, expresamente contemplada en Derecho gallego —lo que supone el reconocimiento expreso de una mayor libertad para testar (libertad en sentido positivo)— en el artículo 204 LDCG: «También será válida la disposición hecha

bajo la condición de cuidar y asistir al testador; sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Si el testador designara testamentero, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria». Esto último resulta bastante peligroso. No hace mención de la disposición sometida a condición suspensiva ni de la disposición modal, pero no las prohíbe.

Aunque «si teóricamente distinguimos las dos situaciones, en la práctica es algo más difícil apreciar la diferencia. Pensemos en el caso que regula el número 2 del artículo 203 LDCG. Está claro que no dice el testador a favor de quién hace la designación, y que el sucesor se identificará porque ha dispensado los cuidados previstos, pero ¿no está condicionando el llamamiento a que alguien cuide al testador? Si no se produce el hecho futuro e incierto de que alguien cuide al testador, no habrá llamamiento»<sup>65</sup>. No obstante, en el caso de disposición a favor de quien cuide al testador, al tiempo de otorgar el testamento el causante no tiene conocimiento de la persona que le cuidará, no pudiendo identificarla, mientras que en la institución con la condición de cuidar el instituido está perfectamente identificado, cosa distinta será el cumplimiento o no de la condición.

## V. ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Tanto en la institución o legado «a favor de quien me cuide» como en el caso del legado o institución condicionado a «si me cuida» se suscita el problema práctico consistente en acreditar el cumplimiento efectivo del cuidado y por quien. La DGRN en resolución de 27 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 6043), fundamento de derecho segundo, subraya, reiterando lo ya dicho en resolución de 30 de abril de 2014<sup>66</sup>, que «serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia», resaltando en el fundamento de derecho tercero la importancia a estos efectos del acta de notoriedad cuando dice que «el artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que “el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella”. Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad».

## VI. MODO Y CONDICIÓN

El modo es una institución que induce a cierta difícil delimitación, principalmente, con el legado y con la condición. Es una figura jurídica de compleja determinación, hasta el punto incluso que el artículo 798 del Código Civil utiliza el término "condición" si bien parece que se está refiriendo al modo<sup>67</sup>. La calificación jurídica no es fácil. En cualquier caso, ya adelantamos, será imprescindible escudriñar la voluntad del testador<sup>68</sup> en necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Para ello será útil la regla interpretativa aportada por GARCÍA GOYENA: «El modo pasa a ser condición cuando en lugar del *ut* latino, o *para* castellano, se usa la palabra *si*, aunque a veces el modo se llama también condición, como en las leyes 71, párrafo 1, y 108, título 1, libro 35 del Digesto»<sup>69</sup>. En realidad, esto es lo que resulta de D. 35,1,17,4: «Mas si a uno se le hubiera hecho un legado para esto, para que con él hiciera alguna cosa, por ejemplo, un monumento al testador, o una obra, o para que diera un banquete a los individuos del municipio, o para que de él restituyese parte a otro, se considera que se legó bajo modo».

La institución o el legado afectados por una carga modal, recuerda LASARTE ÁLVAREZ, se trata de un «supuesto relativamente frecuente porque, en numerosas ocasiones, el testador sin llegar a establecer una condición propiamente dicha, ordena el cumplimiento y la atención de determinadas obligaciones al instituido»<sup>70</sup>.

Conviene hacer una afirmación de principio, aunque parezca obvia: la condición es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la eficacia, mientras que el modo es una carga impuesta al beneficiario de una liberalidad. Trae a colación REYES LÓPEZ que «tradicionalmente se ha venido diferenciando entre modo y condición señalando que el modo obliga, pero no suspende, mientras que la condición suspende, pero no obliga»<sup>71</sup>. Es decir, la no ejecución de la prestación en que suele consistir el modo no suspende la eficacia de la institución o del legado. No es que sea heredero si cumple, sino que siendo heredero asume dicha obligación<sup>72</sup>. Ahora bien, continúa esta autora puntualizando que «este efecto, no puede predicarse de cualquier tipo de condición. El criterio que tradicionalmente se sigue, es que el precepto se refiere a la condición suspensiva, excluyendo la resolutoria puesto que, como indica la doctrina, las diferencias con la condición resolutoria se sitúan en que el incumplimiento del modo no siempre produce efectos resolutorios mientras que sí en la condición»<sup>73</sup>.

La diferencia con la condición resolutoria no es tan nítida. Las personas legitimadas pueden exigir coactivamente el cumplimiento del modo, no planteándose restitución alguna mientras la reclamación se encuentre pendiente y menos aun cuando el modo se cumpla, aunque sea contra la voluntad del gravado. Su incumplimiento faculta a las personas legitimadas para pedir la resolución, que no se producirá de forma inmediata, en cambio, el cumplimiento de la condición resolutoria «engendra automáticamente la obligación de restituir porque la institución o el legado quedan *ipso facto* privados de efecto»<sup>74</sup>.

El artículo 797.1 del Código Civil contempla tres casos diferentes: que se exprese el objeto, es decir, el fin que se persigue con la institución, o el propósito que condujo a hacerla; que se exprese la aplicación que haya de darse a lo dejado; que se imponga una carga. Partiendo de esto, ALBALADEJO señala que «si se impone la carga que sea, o se expresa el objeto (fin) de la institución o la aplicación (destino) de los bienes, constanding que ello se hizo con ánimo de hacer depender el llamamiento a la sucesión de la realización del hecho que sea (cumplimiento de la carga impuesta, consecución del fin perseguido, haberse

aplicado los bienes al destino deseado), el caso es realmente de institución condicional, y la aparente imposición de la carga o expresión del objeto o aplicación no son sino maneras de hacer ver que el hecho en cuestión, ha de tener lugar para que el instituido suceda»<sup>75</sup>. *Contrario sensu*, si no consta claramente que el llamamiento se hizo depender de un hecho, nos hallaremos ante una carga modal. No solo la expresión de la carga, sino también del objeto de la institución o de la aplicación que deba darse a los bienes que no se vea claramente que son condición, serán modo, «de manera que cuando se expresa el objeto (fin) perseguido por el testador al instituir, se estimará que se impone como carga al instituido la consecución de tal objeto (fin). Y cuando se expresa la aplicación que se quiere para lo que se deja, se estimará que se impone como carga al instituido el aplicarlo a lo expresado»<sup>76</sup>. Esto siempre y cuando no pueda ser considerado una simple recomendación o deseo<sup>77</sup>.

Una de las consecuencias de que no nos hallemos ante una condición es la inaplicabilidad del artículo 759 del Código Civil, de forma que, si el obligado fallece antes del cumplimiento de la carga que el modo supone, la carga es transmisible a los herederos del heredero (art. 797.2 CC).

## VII. CONCLUSIONES

Una concreción de la libertad para testar es la posibilidad de imponer condiciones. Esta libertad es la regla general y la intangibilidad cualitativa de la legítima, la excepción. La condición, elemento accidental del negocio jurídico testamentario, en el Código Civil común, al no regir el principio *semel heres semper heres* propio del Derecho romano, del Derecho catalán y del Derecho de Mallorca y Menorca, puede ser tanto suspensiva como resolutoria. Sin género de dudas, la condición será un medio a través del cual se conocerán los motivos de la disposición testamentaria. La posibilidad de imponer condiciones, por un lado, no debe traspasar los límites impuestos por la ley, y, por otro, debe examinarse a la luz de los derechos fundamentales. En cuanto atañe a condiciones que partiendo de un acto u omisión lícito en sí (ilícito sería, por ejemplo, la comisión de un delito o una infracción administrativa) y conforme a las buenas costumbres (contravendría, por el contrario, a las buenas costumbres, por ejemplo, una conducta contraria a la moral social) aunque puedan parecer contrarias a derechos fundamentales por coartar la libertad del instituido —como podrían ser las de divorciarse, abrazar o abandonar determinada religión, etc., (actos lícitos en sí mismos)— no implican una colisión de la autonomía privada del testador con dichos derechos fundamentales de los instituidos ya que estos siempre serán libres de aceptar o no, debiendo prevalecer la *voluntas testatoris*. Por mucho que coarte al instituido, no deja de ser una manifestación de la libertad para testar, libertad en sentido positivo. No obstante, no se puede obviar el hecho de que la ley expresamente tiene por no puestas algunas que coartan o limitan la libertad del instituido como, por ejemplo, la condición absoluta de no contraer matrimonio, otras las sanciona con la nulidad de la disposición, como, por ejemplo, las llamadas condiciones captatorias, aunque el hecho de que el Derecho aragonés considere válidas estas últimas y gocen de plena constitucionalidad verifica la hipótesis que antes hemos formulado: no existe ningún obstáculo constitucional que impida considerar plenamente válidas aquellas condiciones que consistiendo en un acto u omisión lícita en sí, constriñan la libertad del instituido. Idéntico argumento cabe a propósito del artículo 423-15.1 CCCat que admite expresamente

la condición de contraer matrimonio. Se trata de una cuestión de legislación ordinaria. Solo entendemos excluidas las condiciones que impliquen renunciaciones inadmisibles a libertades y derechos fundamentales, el llamado testamento “liberticida”.

Por otro lado, la condición de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento merecería una mejor y más amplia regulación dado su interés creciente habida cuenta de la realidad social.

#### VIII. RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 27 de abril de 2010
- STS, de 27 de octubre de 1892
- STS, de 21 de diciembre de 1920
- STS, de 6 de diciembre de 1957
- STS, de 28 de febrero de 1959
- STS, de 12 de diciembre de 1959
- STS, de 11 de junio de 1964
- STS, de 18 de diciembre de 1965
- STS, de 5 de julio de 1966
- STS, de 3 de noviembre de 1989
- STS, de 9 de mayo de 1990
- STS, de 22 de julio de 1994
- STS, de 21 de enero de 2003
- STS, de 5 de diciembre de 2008
- STS, de 3 de diciembre de 2009
- STS, de 18 de julio de 2011
- STS, de 30 de mayo de 2018
- STS, de 3 de marzo de 2021
- SAP de Pontevedra, de 17 de marzo de 2017
- SAP de A Coruña, de 2 de febrero de 2021
- RDGRN, de 30 de abril de 2014
- RDGRN, de 13 de julio de 2016
- RDGRN, de 27 de octubre de 2016

#### IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDERSA, 1984, (art. 793 CC), 419 a 448. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º, EDERSA, 1984, (arts. 791 y 792 CC), 407 a 418. *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 1983. Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario, *ADC*, vol. 36, núm. 4, 1983, 1093 a 1108.
- ALONSO PÉREZ, M., Reseña: Teodora F. Torres García y María Paz García Rubio. Libertad de testar, *RDC*, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre de 2015), 177 a 192: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/187/129>. Fecha de consulta: 30 de marzo de 2022.
- ANDRINO, M., El testamento de Don Quijote, *Gazeta de los Notarios*, núms. 89-90, III-IV, 1997, 10 y 11.

- BARRIO GALLARDO, A., Libertad de testar y principio de no discriminación: ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa ilícita?, *RdP*, núm. 41/2016: BIB 2016\85407.
- BONILINI, G., Il negozio testamentario, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009.
- BOSCH CAPDEVILA, E., Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), vol. 1, 2014, 653 a 675.
- CAÑIZARES LASO, A., Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, en *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo*, Paloma Abad Tejerina (Coord.), Sepín, 2021. Biblioteca digital ICAB [fecha de consulta: 10 de marzo de 2022].
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., El testamento en dos pasajes de «El Quijote», *ARAJL*, núm. 38, 2008, 647 a 665.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., Autonomía privada y Derecho de sucesiones, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración de la Ley del notariado*, T. I, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, 2012, 513 a 640.
- DI MAURO, N., Gli elementi accidentali. La condizione, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, 1087 a 1171.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Francisco Lledó Yagüe, M.<sup>a</sup> Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) Óscar Monje Balmaseda (coord.), vol. I, Dykinson, 2014, 285 a 321.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M.<sup>a</sup> Miquel*, vol. I (Luis Díez-Picazo coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1173 a 1186.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852 <https://archive.org/search.php?query=%28comentarios%20motivos%20y%20concordancias%29> [fecha de consulta: 27 de enero de 2022].
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., *Drittwirkung* y Derecho de sucesiones, *Congreso Internacional «Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa»*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: [https://www.youtube.com/watch?v=aTo\\_E1bLu4E](https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E) [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022]. Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 479 a 504.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., Institución de heredero y disposiciones testamentarias, en *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Francisco Javier Jiménez Muñoz y Antonio Rodríguez González (coords.), Tirant lo Blanch, 2020, 13 a 39. *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 8.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, 2013.
- LÓPEZ VILAS, R., Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento, *ADC*, vol. 19, núm. 3, 1966, 575 a 616.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Limitaciones legales a las condiciones testamentarias, *Congreso Internacional «Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa»*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: [https://www.youtube.com/watch?v=aTo\\_E1bLu4E](https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E) [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].
- MESTRE RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> L., *La interpretación testamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2003.
- MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F., El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 550 a 568.
- MURILLO, A., El principio «*semel heres semper heres*» y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 20, abril de 2021, 149 a 208: <http://www.ridrom.uclm.es/documentos26/murillo26.pdf> (fecha de consulta: 31 de marzo de 2022).
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, 2001 (se trata de la reedición de una obra editada por primera vez en 1957 por el Instituto de Estudios Políticos).
- REGLERO CAMPOS, L. F., *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, 1998.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> J., El modo testamentario y la condición, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Francisco Lledó Yagüe, M.<sup>a</sup> Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) y Óscar Monje Balmaseda (coord.), Dykinson, 2014, 437 a 458.
- ROCA SASTRE, R.M.<sup>a</sup>, En KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1976. Heredero vitalicio sin disposición de la herencia para después de su muerte, *RDP*, 1948, 13 a 40.
- RUEDA PÉREZ, J.M.<sup>a</sup>, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 205 y sigs.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- VAQUER ALOY, A., Libertad de testar y condiciones testamentarias, *InDret*, 3/2015: [http://www.indret.com/pdf/1158\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf) [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022].
- ZURITA MARTÍN, I., La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables, en *La libertad de testar y sus límites* (Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González y Esteve Bosch Capdevila, coords.), Marcial Pons, 2018, 83 a 112.

NOTAS

<sup>1</sup> Fundamentada en los artículos 33.1 y 10.1 CE.

<sup>2</sup> *Vid.*, VAQUER ALOY, Antoni, Libertad de testar y condiciones testamentarias, *InDret*, 3/2015: [http://www.indret.com/pdf/1158\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf), 31 [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022].

<sup>3</sup> *Vid.*, la controvertida STC 9/2010, de 27 de abril (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010), FJ 4, donde se resalta de modo expreso que el causante formula una disposición testamentaria condicional en ejercicio de su libertad para testar. En particular, «el llamamiento a favor de los hijos —para los puestos en condición— solo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos» (*vid.* sobre la STC y el sentido de la interpretación dada a la cláusula, MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> Fernanda, El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 550 a 568).

<sup>4</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 90.

<sup>5</sup> La novelística del siglo XIX es rica en obras que giran en torno a un testamento excéntrico o pintoresco. Mención especial merece la obra de Charles DICKENS *Our mutual friend* (1864) en la que, partiendo de un testamento que contiene la condición de casarse con una persona determinada a la que el instituido heredero aún no conoce, desarrolla un profundo análisis social del momento.

<sup>6</sup> «Si è già rivelato come la possibilità concessa dall'ordinamento al *de cuius* di apporre una clausola condizionale ad una disposizione testamentaria di carattere patrimoniale, costituisca la principale manifestazione del diritto-potere di autonomia privata in materia testamentaria. Va da sé, tuttavia, che all'esercizio di tale diritto-potere in tanto può essere riconosciuta dall'ordinamento rilevanza giuridica, solo in quanto lo stesso non travalichi quei predeterminati limiti imposti dal legislatore *in subiecta materia*» (DI MAURO, Nicola, «Gli elementi accidentali. La condizione», en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009», 1.111).

<sup>7</sup> La condición suspensiva es el acontecimiento futuro e incierto que si se cumple hace que la institución o el legado desplieguen su eficacia. El artículo 759 del Código Civil dispone: El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos. Pues bien, el artículo 799 del Código Civil dice absolutamente lo contrario. La razón de ser de esta antinomia nos la explica la STS de 6 de diciembre de 1957 (*RJ* 1957, 3574) (Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN), considerando segundo, cuando manifiesta que la contradicción es explicable «por ser el artículo 799 una traducción descuidada de los artículos 1041 francés, 854 italiano de 1865 y 1810 portugués, relativos a la institución a término incierto “certus an incertus cuando” [sic] en la cual el día forzosamente ha de llegar, aunque se ignore cuando, y que ha sido resuelta por la doctrina científica prevalente en favor del artículo 759»; por tanto, el término “condición” el artículo 799 del Código Civil no lo emplea en sentido estricto sino que hace referencia a un término incierto (STS de 28 de febrero de 1959 [*RJ* 1959, 1496], considerando tercero), *vid.*, también, SSTS de 5 de julio de 1966 (*RJ* 1966, 3671), 3 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7847) y núm. 773/1994, de 22 de julio (*RJ* 1994, 6578), entre otras.

<sup>8</sup> Si se cumple devienen ineficaces la institución o el legado. Tanto en las suspensivas como en las resolutorias cabe el cumplimiento ficticio el cual tiene lugar cuando el interesado en que no se cumpla impide voluntariamente el cumplimiento (art. 1119 CC). Tanto unas como otras tienen efectos retroactivos hasta el momento de la muerte del causante.

<sup>9</sup> *Vid.*, MURILLO, Alfonso, El principio «*semel heres semper heres*» y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 20, abril de 2021, 149 a 208: <http://www.ridrom.uclm.es/documentos26/murillo26.pdf> (fecha de consulta: 31 de marzo de 2022).

<sup>10</sup> En Derecho catalán, al igual que en Derecho romano, en virtud del principio *semel heres, semper heres* (el que es heredero lo es siempre) se tendrá por no formulada la con-

dición resolutoria en la institución de heredero (art. 423-12.1 CCCat). Valdrá, por tanto, la condición suspensiva. Como también se tendrán por no puestos los términos suspensivo y resolutorio, si bien la particularidad de que *dies incertus quando conditionem in testamento facit* hará posible que algo que en un principio podría tenerse por no formulado al considerarse término suspensivo pueda surtir efectos como condición (cfr. art. 423-13.2 CCCat) (vid. ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>3</sup>, Heredero vitalicio sin disposición de la herencia para después de su muerte, RDP, 1948, 18).

<sup>11</sup> Según el artículo 16. 1 CDCB, «el que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio» 2. «En los testamentos, el término incierto implica condición, salvo que en el testamento se pueda deducir claramente la voluntad contraria del testador».

<sup>12</sup> «La clausola condizionale, pertanto, costituisce il principale strumento tecnico-giuridico attraverso il quale i motivi personali del disponente possono divenire parte del contenuto della disposizione negoziale» (DI MAURO, Nicola, «Gli elementi accidentali...», cit., 1088). Efectivamente, la condición es un acontecimiento incierto del que se pueden hacer depender los efectos de la institución. Nombro heredero a A si llega a ser abogado, lo que significa que no quiero que A herede si no llega a ser abogado, en realidad estoy utilizando la institución de heredero para que A sea abogado, es el objetivo que persigo, es lo que me motiva o la parte determinante de lo que me motiva, y para esto me valgo de la condición. «La figura de la condición es un instrumento facilitado al sujeto para: [...] 2.º Consequir que los motivos individuales, irrelevantes de por sí jurídicamente, devengan relevantes» (ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 1983, 296 a 300).

<sup>13</sup> Vid., MORETÓN SANZ, M.<sup>3</sup> Fernanda, El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional..., cit., 550 a 568.

<sup>14</sup> Dado que en virtud del artículo 670 párrafo 2.º del Código Civil no se permite dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución o del legado, sostiene ALBALADEJO, que «son rechazables las condiciones que podríamos llamar puramente potestativas, en el sentido de que dependen del simple querer del tercero, y las que aun no consistiendo en el simple querer de este, sean de tal índole (lo que habrá que ver en cada caso) que en la práctica, para la producción o falta del hecho condicionante, sea decisiva preponderantemente la sola voluntad del tercero. Quedarían así —como únicas condiciones aponibles, que no choquen con el artículo 670, a la institución de sucesores, además de las puramente fortuitas, aquellas en las que interviniendo la voluntad de un tercero, esta tenga en la producción del evento un papel que en la práctica no sea dominante. Por ejemplo, si el testador dispone: “Dejo mi herencia a A si su mujer se licencia en Derecho” [ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDERSA, 1984, (arts. 791 y 792 CC), 418].

<sup>15</sup> Curiosamente para las obligaciones *inter vivos* rige la regla contraria, que es la que resulta del artículo 1116.1 del Código Civil: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa». Al menos, por lo que se refiere a las condiciones imposibles, esto es lo lógico, puesto que querer una cosa a condición de que suceda algo a sabiendas de que es imposible que suceda, significa no quererla. Tal vez, el distinto fundamento de la libertad contractual y de la de testar, justifique el diferente tratamiento legal puesto que un negocio jurídico *inter vivos* siempre se puede confirmar o convalidar, lo que no podría ocurrir con el testamento una vez declarada su nulidad. Por lo que prima el principio *favor testamenti*, si bien, siguiendo a Díez-Picazo que se hace eco de un amplio parecer doctrinal, las particularidades legales de las condiciones inadmisibles en el testamento y en los negocios *inter vivos* seguramente proceden de los vestigios del Derecho romano en el que la nulidad del testamento daba lugar a la sucesión *abintestato* considerada como deshonrosa [vid. Díez-Picazo, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M.º Miquel*, vol. I (Luis Díez-Picazo coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1175]. El Code francés extiende la validez de la disposición a los actos gratuitos *inter vivos* distinguiendo entre los actos onerosos, sancionando con la nulidad la convención sometida a condición imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida

por la ley (art. 1172), y los actos gratuitos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, en que esas mismas condiciones se tendrán por no escritas, manteniéndose la validez de la disposición (art. 900). Los redactores del *Code* intentaron evitar que por la vía de las condiciones revieran las instituciones antiguas abolidas en 1789, y el mantenimiento de las liberalidades exentas de estas condiciones tenía el doble objetivo de frustrar las tentativas y de reprimir el desconocimiento del orden nuevo. Idéntica distinción en los artículos 634 y 1334 del *Codice civile* italiano (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 106 y sigs.). El último inciso «aun cuando el testador disponga otra cosa» no se refiere al caso en el que el testador pueda prever que si se inadmite la condición no quiera la disposición, es decir, todo o nada, lo cual es perfectamente posible acudiendo al argumento de analogía que nos suministra el artículo 767 del Código Civil [vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º, cit., 409]; de todos modos, la doctrina no es pacífica al respecto.

<sup>16</sup> Los proculeyanos consideraban que las condiciones imposibles hacían ineficaz la disposición, mientras los sabinianos, respecto de los actos *mortis causa*, consideraron que la condición imposible se tenía por no escrita, siendo eficaz la disposición (vid. MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa, *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003, 113, nt. 241). Se abrió paso la tesis de los sabinianos por dos razones poderosísimas para los juristas romanos: la libertad de testar con las restricciones mínimas y la sacralidad de la institución de heredero conforme a la máxima *semel heres semper heres* [vid. ALONSO PÉREZ, Mariano, Reseña: Teodora F. Torres García y María Paz García Rubio. Libertad de testar, *RDC*, vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre 2015), 183: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/187/129> (fecha de consulta: 30.03.2022)]. Incluso se puede llegar a pensar que esta regla, si bien referida a las buenas costumbres, se extendió a todo tipo de negocio jurídico, lo que avalaría un texto de Paulo (*Comentarios al Edicto, libro XLV*) que dice así: «Se han de remitir las condiciones que se insertan contra las buenas costumbres» (D. 28,7,9).

<sup>17</sup> Ulpiano en D. 35,1,3 (*Comentarios a Sabino, libro VI*) afirma: *obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nulis habendas*. Aunque si la condición es un hecho futuro e incierto, tratándose de un hecho físico o jurídicamente imposible, faltarán la incertidumbre; en cambio, nada impide que se cumplan las condiciones ilícitas.

<sup>18</sup> Así la STS de 12 de diciembre de 1959 (*RJ* 1959, 4499), considerando segundo: «toda condición es, en definitiva, solo un medio para la consecución de un fin».

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1173 y sigs. Afirmación hecha a propósito de la STS de 12 de diciembre de 1959 corroborada por la de 3 de marzo de 1980 y que hace referencia a una testadora que había impuesto a los herederos la condición de aceptar una partición no solo de sus bienes privativos sino también de los gananciales que habían quedado al fallecimiento de su marido, lo que se considera una coacción inaceptable. Es decir, no se trata de una finalidad que simplemente restrinja la libertad del instituido sino que el fin en sí mismo no está permitido por la ley.

<sup>20</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º..., cit., 413.

<sup>21</sup> El Código Civil chileno en su artículo 1475 es de una claridad meridiana en la concreción de la ilicitud: «La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concedidas en términos ininteligibles».

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1184.

<sup>23</sup> En este trabajo no tratamos de la cautela *socini* por ser merecedora de un estudio específico.

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, El condicionamiento de las disposiciones *mortis causa*, cit., 1186.

<sup>25</sup> DI MAURO, Nicola, *Gli elementi accidentali...*, cit., 1142. Para el autor, serán condiciones ilícitas: la de emprender o no emprender determinada carrera, profesión o actividad empresarial, o de abandonarla o no; la de seguir o no seguir determinados estudios o de abandonarlos o no abandonarlos; la de afiliarse o no afiliarse o darse de baja o no de

determinado partido político o asociación; la de seguir o no determinado credo religioso o de abandonarlo o no; la de estipular o no determinado contrato o de estipularlo o no con determinada persona; la de residir o no en lugar determinado; la de convivir o no con determinada persona; la de divorciarse o separarse o la de no separarse o no divorciarse; la *si sine liberis decesserit* en la medida en que constriñe la libertad de procrear (*vid. ibidem*, 1150 a 1153).

<sup>26</sup> Este es el criterio del BOSCH CAPDEVILA que considera, con respecto a aquellas condiciones que no están expresamente prohibidas por la ley pero que suponen una cierta coacción en ámbitos personales —y que si bien un amplio sector de la doctrina las estima ilícitas por suponer un ataque contra algunos derechos individuales y libertades de la persona reconocidos constitucionalmente—, debe optarse por su validez, como regla. «En primer lugar, porque no está nada claro que el respeto a los derechos y libertades individuales tenga una eficacia no solamente vertical (del Estado hacia los ciudadanos) sino también horizontal (en las relaciones entre ciudadanos), y más en el caso que no ocupa, en el que los particulares se encuentran en un plano de igualdad (no se trata, por ejemplo, de una relación entre empresario y trabajador) [...] Al sujeto favorecido no se le impone nada. Simplemente se hace depender una atribución patrimonial del cumplimiento de una condición, aunque esta condición dependa de la conducta del favorecido. Si este considera que se le está restringiendo su libertad, siempre tiene la opción de renunciar a la liberalidad» [BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Otros límites a la libertad de testar en el Derecho Civil de Cataluña*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord.), vol. 1, 2014, 670].

<sup>27</sup> *Id.*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Limitaciones legales a las condiciones testamentarias, *Congreso Internacional "Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa"*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: [https://www.youtube.com/watch?v=aTo\\_E1bLu4E](https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E) [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].

<sup>28</sup> En este sentido VAQUER ALOY recuerda que «suceder al causante a título de heredero o de legatario no constituye derecho alguno de nadie. Si alguien es heredero o legatario lo es por la gracia del testador, quien, dejando aparte las legítimas, no tiene obligación de tipo sucesorio con nadie, ni siquiera —insisto, con el límite de las legítimas, que además no admiten condición salvo el juego que permite la cautela *socini*— con sus familiares más próximos. Y, del mismo modo, ningún sucesor elegido por el causante está obligado a aceptar la atribución que este ha realizado a su favor. La aceptación y la repudiación de la herencia y del legado son actos libérrimos del llamado» (VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, *cit.*, 10).

<sup>29</sup> En la realidad y en la práctica, casi todas las condiciones coartan la libertad del instituido. Si las considerásemos ilícitas tendríamos que prescindir de poner este elemento accidental en la institución, limitando, entonces, la libertad para testar.

<sup>30</sup> BONILINI, Giovanni, *Il negozio testamentario*, en *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*, Giovanni Bonilini (dir.), II, *La successioni testamentaria*, Giuffrè Ed., Milano, 2009, 9.

<sup>31</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz, *Drittwirkung* y Derecho de sucesiones, *Congreso Internacional "Condiciones testamentarias y negocios jurídicos mortis causa"*, Universidad de Málaga, 27 de octubre de 2021: [https://www.youtube.com/watch?v=aTo\\_E1bLu4E](https://www.youtube.com/watch?v=aTo_E1bLu4E) [fecha de consulta: 25 de marzo de 2022].

<sup>32</sup> No cabe duda que, atendido el artículo 3.1 del Código Civil, los criterios de moralidad se deberán poner en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados. A mayor abundamiento, según el Tribunal Supremo, la moralidad de la condición se juzga a tenor de la conciencia social del tiempo en que se la contemple y no del momento en que fue puesta [*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º..., *cit.*, 414].

<sup>33</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Autonomía privada y Derecho de sucesiones*, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración de la Ley del notariado*, Tomo I, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, 2012, 530 y sigs. En Roma, la exclusión de los parientes se consideró un síntoma de que el testador no se encontraba en su sano juicio lo que comportó la nulidad a través de la *querela in-*

*officiosi testamenti*, y en el Derecho anglosajón conduce a que se reescriba el testamento merced a la *family provision*. En la actualidad el TEDH parece ocupar el lugar de los Centumviri romanos (vid. BARRIO GALLARDO, Aurelio, Libertad de testar y principio de no discriminación: ¿una nueva modalidad de disposiciones sucesorias con causa ilícita?, *RdP*, núm. 41/2016: BIB 2016\85407).

<sup>34</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 126.

<sup>35</sup> Ya el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de junio de 1964 (*RJ* 1964, 3532), considerando primero, establecía una equiparación entre las ulteriores nupcias y «el hecho de la unión ilícita», hoy pareja de hecho. Recientemente, la SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 26/2021, de 2 de febrero (*JUR* 2021, 118402), en su fundamento de derecho primero ha podido decir que «no se discute en la presente apelación la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida, con base en la interpretación de la disposición testamentaria objeto de litigio, de que 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, ni tampoco su apreciación sobre la licitud de esta condición, de no tener una relación de afectividad análoga a la conyugal, por aplicación analógica del artículo 793 del Código Civil».

<sup>36</sup> Vid., LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Institución de heredero y disposiciones testamentarias, en *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Francisco Javier Jiménez Muñoz y Antonio Rodríguez González (coords.), Tirant lo Blanch, 2020, 30.

<sup>37</sup> Vid., OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Comares, Granada, 2001 (se trata de la reedición de una obra editada por primera vez en 1957 por el Instituto de Estudios Políticos), 179.

<sup>38</sup> Sería válida, por consiguiente, la condición resolutoria impuesta por Don Quijote (ya Don Alonso Quijano el Bueno, tras la recuperación del juicio) en su testamento (notarial abierto) a la institución de su sobrina: «Mando toda mi hacienda, a puerta cerrada, a Antonia Quijana, mi sobrina [...] es mi voluntad 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 puedan mis albaceas distribuir en obras pías, a su voluntad» (Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, cap. LXXIV, ed. Antalbe, Barcelona, 1978, 879; vid. CASTÁN VÁZQUEZ, José María, El testamento en dos pasajes de «El Quijote», *ARAJL*, núm. 38, 2008, 647 y ss.; vid. ANDRINO, Manuel, El testamento de Don Quijote, *Gazeta de los Notarios*, núms. 89-90, III-IV, 1997, 10 y sigs.).

<sup>39</sup> Más estricto es el Código Civil portugués que en el artículo 2233. 1 considera contraria a la ley la condición de que el heredero o legatario se case o no se case; el artículo 636 del Código Civil italiano, en cambio, solo considera ilícita la condición de no casarse.

<sup>40</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo, dir.), t. X, vol. 2.º EDESA, 1984, (art. 793 CC), 426.

<sup>41</sup> Vid., GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *Drittwirkung* y Derecho de sucesiones, cit.

<sup>42</sup> Vid., OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada...*, cit., 179 y sigs.

<sup>43</sup> BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Otros límites a la libertad de testar..., cit., 671.

<sup>44</sup> Una explicación a esta excepción cabe encontrarla, dada la reciprocidad que comporta, en su proximidad a los pactos sucesorios prohibidos en el artículo 1271.2 del Código Civil. TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO consideran que lo descartado de esta disposición queda patente en el hecho de que si el causante teóricamente captado sobrevive al captador recibirá la contraprestación y el otro no habrá recibido nada, mientras que si el que sobrevive es el captador este no va a impugnar la disposición que le beneficia, y también porque prácticamente lo mismo se puede conseguir a través de una institución modal perfectamente lícita (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, cit., 110 y sigs.).

<sup>45</sup> BOSCH CAPDEVILA, Esteve, Otros límites a la libertad de testar..., cit., 665.

<sup>46</sup> *Boletín Jurídico-Administrativo* (Alcubilla), Anuario de 1893, 136.

<sup>47</sup> CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, 1, en *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo*, Paloma Abad Tejerina (Coord.), Sepín, 2021. Biblioteca digital ICAB [fecha de consulta: 10 de marzo de 2022].

<sup>48</sup> *Vid.*, GARCÍA RUBIO, María Paz, Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 488 y sigs.

<sup>49</sup> Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

<sup>50</sup> Como dice la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), núm. 130/2017, de 17 de marzo (*JUR* 2018, 1928), FD 5.º: «no puede tenerse por incumplido aquello que se desconoce que se debe cumplir».

<sup>51</sup> Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN.

<sup>52</sup> Magistrada ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

<sup>53</sup> CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, *cit.*, 1 y sigs.

<sup>54</sup> Magistrada ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

<sup>55</sup> Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

<sup>56</sup> Magistrada ponente: Excma. Sra. Dña. M.ª Ángeles PARRA LUCÁN.

<sup>57</sup> CAÑIZARES LASO, Ana, Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados, *cit.*, 1.

<sup>58</sup> ZURITA MARTÍN, Isabel, La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables, en *La libertad de testar y sus límites* (Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González y Esteve Bosch Capdevila, coords.), Marcial Pons, 2018, 98.

<sup>59</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o de terceros, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Francisco Lledó Yagüe, M.ª Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) Óscar Monje Balmaseda (coord.), vol. I, Dykinson, 2014, 319 y sigs.

<sup>60</sup> Boletín Jurídico-Administrativo (Alcubilla), Apéndice de 1921, 355.

<sup>61</sup> Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta. Este precepto lo que pretende es «poner de relieve que es admisible cualquier tipo de prueba... que permita la identificación de la persona a la que se quiso instituir, con el evidente propósito de respetar la voluntad del testador» (REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Institución de herederos: disposiciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, 1998, 50).

<sup>62</sup> *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas... , *cit.*, 288 y sigs.

<sup>63</sup> Se trata de una institución de tradición gallega, que se refleja en la popular expresión «*facerlle testamento a quem mire polo testador*» (ZURITA MARTÍN, Isabel, «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», *cit.*, 95).

<sup>64</sup> *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Disposiciones testamentarias vinculadas... , *cit.*, 291.

<sup>65</sup> RUEDA PÉREZ, José M.ª, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco. M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 211.

<sup>66</sup> También en la de 13 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 5250).

<sup>67</sup> *Vid.*, RUEDA PÉREZ, José M.ª, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los títulos IX y X y a la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Juan M. Cora Guerreiro, Francisco. M. Ordóñez Armán y Víctor J. Peón Rama (coords.), vol. I, Consejo General del Notariado, 2007, 240. Es algo que ya encontramos en el Derecho romano en que tanto la condición como el modo eran designados muchas veces con el término «*conditio*» (*vid.* LÓPEZ VILAS, Ramón, Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento, *ADC*, vol. 19, núm. 3, 1966, 591).

<sup>68</sup> «Es jurisprudencia reiterada la que señala que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador; que el momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando testamento y no en el de su muerte; que ha de regir

un criterio favorable a la interpretación sistemática del testamento y no aislada de cada una de sus cláusulas; o que la voluntad real se descubre no solo analizando el texto del testamento, sino también con las debidas precauciones, las circunstancias exteriores al testamento, admitiéndose así la prueba extrínseca» CAÑIZARES LASO, Ana, «Disposición testamentaria bajo condición potestativa de hechos pasados», *cit.*

<sup>69</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, 148.

<sup>70</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2013, 91.

<sup>71</sup> En el terreno científico, la diferencia entre la «condición» y el «modo», aplicada al derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende o constituye la “condición” vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o carga para el sucesor potencial o actual, al paso que, en el “modo” no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o carga que impuso el testador, sin otra, previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado o, en otro, caso, la devolución de lo percibido, (STS de 18 de diciembre de 1965, considerando tercero, ROJ 899/1965).

<sup>72</sup> *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario, *ADC*, vol. 36, núm. 4, 1983, 1095.

<sup>73</sup> REYES LÓPEZ, María José, El modo testamentario y la condición, en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Francisco Lledó Yagüe, M.<sup>a</sup> Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana (dirs.) y Óscar Monje Balmaseda (coord.), Dykinson, 2014, 440.

<sup>74</sup> REYES LÓPEZ, María José, *ibidem*.

<sup>75</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Consideraciones sobre algunos extremos..., *cit.*, 1094 y sigs.

<sup>76</sup> *Ibidem*, 1095. Es el caso contemplado en la STS núm. 2002/2008, de 5 de diciembre (Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) (*RJ* 2008, 6974), que partiendo de una disposición testamentaria que dice «ordena que el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia se destine a la creación de escuelas en los países más necesitados de Hispanoamérica», en su fundamento de derecho segundo asevera que «solo se limitó a señalar el destino (creación y dotación de escuelas en Iberoamérica). En estas circunstancias, no es difícil caracterizar a la figura como una institución modal, que puede incardinarse en el artículo 797 del Código Civil, como institución modal de los herederos»

<sup>77</sup> Basta que el testador —dice ROCA SASTRE— exprese el fin, objeto, destino o aplicación de cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo (cfr. Res. 16 de noviembre de 1944) (ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1976, 591).

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Nueva doctrina sobre normativa aplicable a enajenaciones forzosas de finca arrendada para local de negocio

## *New doctrine on regulations applicable to forced disposals of leased property for business premises*

*por*

ALEJANDRO FUENTES-LOJO RIUS

*Abogado*

**RESUMEN:** Análisis crítico sobre la última doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre normativa aplicable a las enajenaciones forzosas de finca arrendada para locales de negocio y sobre el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

**ABSTRACT:** *Critical analysis of the latest doctrine of the Spanish Supreme Court and the Directorate General for Legal Security and Public Faith on the regulations applicable to the forced disposals of leased property for business premises and of article 29 of Ley de Arrendamientos Urbanos.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento urbano. Local de negocio. Enajenación forzosa. Principio de fe pública registral. Derecho de tanteo y retracto. Tercero hipotecario. Buena fe. Venta quita renta. Venta judicial.

**KEY WORDS:** *Urban lease. Business premises. Alienation of property. Principle of public faith. Right of first refusal. Third-party mortgage. Good faith. Sale takes away rent. Judicial sale.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NUEVA DOCTRINA SOBRE NORMATIVA APLICABLE A LAS ENAJENACIONES FORZOSAS DE FINCA ARRENDADA PARA LOCAL DE NEGOCIO: 1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 783/2021, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA PRIMERA, DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DGRN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 29 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) regula los efectos de la transmisión de finca arrendada para uso distinto de vivienda (locales de negocio, oficinas, arrendamientos de temporada, etc.) sobre el título arrendaticio.

La interpretación de este precepto legal ha sido objeto de gran controversia, tanto en los tribunales como en la doctrina administrativa de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tal y como veremos más adelante.

En primer lugar, porque otorga un tratamiento al arrendamiento de uso distinto de vivienda del artículo 3 de la LAU claramente diferenciado del que la ley especial otorga en materia de transmisión de bienes arrendados al arrendatario de vivienda (arts. 13 y 14), y del que nuestro Código Civil otorga a los arrendamientos de fincas en sus artículos 1549 y 1571, dotando de eficacia legal a los arrendamientos de esta tipología frente a terceros adquirentes, salvo que la adquisición sea a título oneroso y de buena fe<sup>1</sup>.

Mayor aun es dicha diferencia de tratamiento jurídico si estamos ante arrendamientos urbanos sujetos la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en los que en virtud del artículo 7.2 de la LAU y la redacción dada a los artículos 13 y 14, opera de forma contundente la idea del derecho romano clásico establecida en la *Ley Emptorem* que, concibiendo el arrendamiento como un derecho personal establecía que el comprador de la finca no estaba obligado a respetar el arrendamiento concertado por el propietario anterior, si no había comprado con esa obligación<sup>2</sup> y, que en nuestro derecho positivo conocemos como principio de «venta quita renta» contenido en el artículo 1571 del Código Civil.

La redacción del artículo 29 es ciertamente confusa, entre otros motivos, porque hace una desafortunada remisión al tercero hipotecario del artículo 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH)<sup>3</sup>. ¿Acaso era necesario remitir a los criterios de la legislación hipotecaria para resolver un conjunto de situaciones jurídicas alejadas del problema de la oponibilidad registral y del tercero hipotecario? ¿Acaso el artículo 29 de la LAU está regulando una venta a *non domino*? En absoluto<sup>4</sup>.

El legislador de 2013 reformó los artículos 13 y 14 de la LAU, pero mantuvo incólume el artículo 29. Estamos convencidos de que se trata de un olvido del legislador. Tal como dice el título de la Ley 4/2013, el objetivo de dicha reforma era liberalizar y flexibilizar el mercado arrendaticio porque consideraba que la regulación existente hasta la fecha entorpecía el tráfico inmobiliario, facilitaba la comisión de numerosos fraudes, siendo todo ello un factor de encarecimiento del crédito inmobiliario<sup>5</sup>. Para ello, el legislador eliminó en buena parte la protección jurídica que la LAU otorgaba a los arrendamientos urbanos, instaurando con toda su eficacia por primera vez en nuestra regulación de arrendamientos urbanos el principio de oponibilidad registral en el artículo 7.2 de la LAU.

A pesar de que una parte de la doctrina (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)<sup>6</sup> haya criticado que el artículo 29 de la LAU no respete el principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito que rige en nuestro Código Civil y, en definitiva, no respete la configuración del sistema registral en nuestro derecho (art. 131 de la LH), dotando así a estos derechos personales de eficacia sobre bienes inmuebles hipotecados, no nos debe extrañar el tratamiento jurídico que

prevé esta norma legal, pues debemos recordar que nuestra tradición histórica en materia de arrendamientos urbanos ha sido dotar de eficacia legal a estos derechos personales, y no solamente en el caso de arrendamientos de vivienda, sino también para arrendamientos de local de negocio, en aras a proteger el tejido comercial e industrial de nuestro país para que la empresa mercantil e individual goce de un asentamiento firme y de sustentáculo sólido<sup>7</sup>. En este sentido, nótese que el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, preveía, tanto para arrendamientos de vivienda como de local de negocio, un régimen contrario a la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca en su artículo 57, por razón de la intensa tutela que dicha legislación quiso otorgar a los arrendatarios de fincas urbanas. Dicha protección legal era de tal intensidad que hasta el arrendatario quedaba protegido en caso de extinción del derecho del arrendador usufructuario, en clara oposición a la regla imperante en nuestro Código Civil de la extinción del contrato de arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada por parte del arrendador.

Nótese que dicha normativa tuitiva del arrendatario de local de negocio se mantiene en la LAU 94; razón de ello es la existencia de derechos de configuración legal de protección del arrendatario como el derecho de tanteo y retracto arrendaticio (art. 25 y 31), que no contempla sin embargo la regulación general de nuestro Código Civil<sup>8</sup>.

Tampoco la normativa legal sobre arrendamientos rústicos se rige por la máxima «venta quita renta», en tanto que estos arrendatarios son merecedores de mayor protección jurídica que los arrendatarios regulados por el Código Civil (art. 22 de la LAR).

En derecho comparado, los países de tradición germana siguen en arrendamientos el criterio de «venta NO quita renta», *kauf bricht nicht miete* (art. 566 BGB). En este sentido, como indican los tratadistas germanos (VON THUR, A.<sup>9</sup>, ENNECCERUS-NIPPERDEY<sup>10</sup>), 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.

Hasta la fecha la posición mayoritaria en los tribunales venía aplicando de forma pacífica el artículo 29 de la LAU a todo tipo de transmisiones de fincas arrendadas para uso distinto de vivienda, también en caso de resolución del derecho del arrendador por el ejercicio o efectividad de un derecho preexistente como puede ser la hipoteca (STS de 21 de julio de 1998; SAP de Asturias, Sec. 6.<sup>a</sup>, núm. 203/2001, de 9 de abril; SAP de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, núm. 493/2009, de 30 de septiembre; SAP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, núm. 183/2018, de 7 de mayo; SAP de Huesca, de 22 de octubre de 1997; SAP de Asturias, de 9 de abril de 2001; SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2003; SAP de Málaga, de 15 de mayo de 2003; y SAP de León, de 31 de diciembre de 2003).

Así las cosas y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LAU, habrá que estar al concepto de tercero hipotecario del artículo 34 de la LH para determinar en el caso concreto si el ocupante tiene título suficiente para resistir la ejecución.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.<sup>11</sup> puntualiza, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 34 de la LH, que se pueden plantear problemas en cuanto a la valoración del requisito de la buena fe, que deberá consistir por parte del adquirente en la ignorancia de la existencia del arrendamiento, lo que dará lugar a la resolución

contractual. No obstante, estima que cuando por parte del arrendatario se pueda probar la efectiva y real posesión de la finca, que el adquirente debió conocer o dispuso de medios racionales para su conocimiento, debe impedir al adquirente la protección registral y, en consecuencia, la posibilidad de dar por resuelto el contrato. Si, por el contrario, no tuviera conocimiento de la existencia de ocupante alguno, ya sea porque no figura en los autos o porque se trata de un arrendatario que no posea la finca de forma directa, real y efectiva, que haga presumir que a pesar de la diligencia exigible al adquirente le resultase difícil conocer tal situación de arrendamiento, podrá ser considerado como adquirente de buena fe que es merecedor de protección registral, lo que le facultaría para instar la resolución contractual<sup>12</sup>.

A nuestro juicio, el requisito de la buena fe del adquirente debe ser entendido como ignorancia de la existencia de la relación arrendaticia, de forma amplia y no limitada a la realidad tabular a la que se constriñe el artículo 34 de la LH. De tal forma que será indistinto a estos efectos que la finca esté inmatriculada, que el adquirente inscriba su derecho o que el transmitente sea el *verus dominus*.

No creemos que sea indiferente la existencia o no de negligencia en la ignorancia del adquirente, ya que estimamos que debe actuar diligentemente para tomar conocimiento de la situación real de la finca. No es suficiente a estos efectos, con que no conociera dicha existencia, sino que no pudiera conocerla (STS de 28 de junio de 1941).

Nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 14 de julio de 1988, de 8 de mayo de 1982 y de 5 de enero de 1977) define el concepto de buena fe del adquirente como una de las condiciones para que opere la tutela que al tercero adquirente otorga el principio de fe pública registral, que en su aspecto positivo consiste en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y en su aspecto negativo, en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes de esa índole o vicios invalidatorios que puedan afectar a las peculiaridades del enajenante, a lo que es de añadir que un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transferente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe (SSTS de 8 de marzo de 2001, de 23 de octubre de 1980, de 27 de junio de 1980, de 30 de diciembre de 1975, de 5 de julio de 1985; de 14 de marzo de 1963; entre otras). Interpretando el artículo 29 a la luz de la jurisprudencia citada, estimamos que el requisito de la buena fe del artículo 34, ha de consistir por parte del adquirente en la ignorancia de la existencia del arrendamiento. No pudiendo operar la resolución del mismo cuando se puede acreditar la efectiva y real posesión de la finca, que el adquirente debió conocer o dispuso de medios racionales para su conocimiento. En definitiva, se trata de aquellos supuestos en que con una mediana diligencia el adquirente hubiera podido conocer la existencia del arrendamiento, o al menos de una situación posesoria que indujera a pensar en la existencia del arrendamiento. Este es el caso habitual de locales comerciales a pie de calle, en los que, con una simple inspección exterior, el adquirente puede constatar que la situación posesoria no se corresponde con la titularidad dominical.

La cuestión analizada tiene un especial interés práctico en las ejecuciones hipotecarias, en las que, a diferencia de lo que sucede con los arrendatarios de vivienda, será suficiente con que el ocupante demuestre que inscribió en el Registro de la Propiedad su título con anterioridad al decreto de adjudicación (art. 670.8 de la LEC), no teniendo que ser pues anterior a la inscripción del

título hipotecario, estando libre de la purga del artículo 131 de la LH este derecho personal posterior —salvo que se lo adjudique el ejecutante—. Es más, aun no habiendo inscrito su título en el Registro de la Propiedad, será poco probable que el adjudicatario de la subasta reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, toda vez que, en el curso de la ejecución, lo más probable es que se ponga de manifiesto a los licitadores la existencia del arrendamiento en virtud de los artículos 661.1, 661.2 o 675 de la LEC<sup>13</sup>. De tal forma que si el adjudicatario hubiere tenido conocimiento de la existencia de un ocupante en la finca (pero no de su título), tampoco tendrá la consideración de tercero hipotecario, en tanto que el conocimiento de dicho dato debió dar pie a los adquirentes para indagar el título posesorio (SAP de Málaga de 15 de mayo de 2003).

## II. LA NUEVA DOCTRINA SOBRE NORMATIVA APLICABLE A LAS ENAJENACIONES FORZOSAS DE FINCA ARRENDADA PARA LOCAL DE NEGOCIO

a) Análisis de la sentencia número 783/2021, de 15 de noviembre, de la Sala Primera, del Tribunal Supremo

La sentencia número 783/2021, de 15 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal es de gran interés ya que pone fin a la discusión sobre el régimen aplicable a las enajenaciones forzosas de finca arrendada para destino de local de negocio, al que hemos hecho referencia con anterioridad.

Si bien, como decíamos, la tesis mayoritaria en los tribunales estimaba aplicable el artículo 29 de la LAU a todo tipo de transmisiones de fincas arrendadas para local de negocio, también en caso de resolución del derecho del arrendador por el ejercicio o efectividad de un derecho preexistente como puede ser la hipoteca, es sorprendente que la Sala descarte dicha tesis y considere aplicable a esta tipología de negocios arrendaticios el principio de oponibilidad registral del artículo 32 de la LH, haciendo una rocambolesca y repleta de incongruencias remisión al artículo 1571 del Código Civil, como si estuviéramos ante un vacío legal de la LAU que hubiera que integrar mediante la aplicación supletoria del régimen general del Código Civil.

La Sala sigue la doctrina de algunos autores (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.<sup>14</sup>; CARRASCO PERERA, A.<sup>15</sup> y LUCAS FERNÁNDEZ, F.<sup>16</sup>) y la tesis minoritaria en los tribunales (SAP de Madrid, Sec. 21.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2015 y SAP de Madrid, Sec. 14.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2021) consistente en negar la aplicación de dicha regulación especial a las transmisiones forzosas por el mero hecho de que el artículo 29 utilice la palabra «enajenación» y que, ante dicho pretendido vacío legal, es de aplicación el régimen supletorio del derecho común (art. 1571 CC), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LAU. En otras palabras, la Sala opta por una interpretación restrictiva del concepto «enajenación» que deja fuera toda enajenación que no sea de carácter voluntario.

Esta interpretación gramatical de carácter restrictivo no tiene razón de ser a la luz de nuestro Código Civil, que hace referencia a las ejecuciones forzosas de bienes inmuebles como venta pública (art. 464) o venta judicial (art. 1459, 1489, y 1493). Es más, esta tesis se contradice con la que viene manteniendo la Sala (SSTS núm. 402/2004, de 14 de mayo; de 12 de febrero de 1996, de 30 de junio de 1994, entre otras)<sup>17</sup> respecto del concepto de «venta» que utiliza el artículo 25 de LAU que regula el tanteo y retracto arrendaticio, considerando que el arrendatario tiene derecho de tanteo y retracto en caso de enajenación

forzosa de la finca arrendada; tesis que también es mantenida por la doctrina administrativa (RRDGRN de 15 de marzo de 2006, de 20 de septiembre de 2002, de 24 de marzo de 2017, entre otras).

Tal como hemos justificado con anterioridad, negamos que la regulación de los arrendamientos de local de negocio se trate de «una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes», tal como afirma literalmente la sentencia. Tampoco es correcta la siguiente afirmación que hace la sentencia:

*«Pero esta norma tuitiva, que excepciona las reglas generales, no se incorporó al título III de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, sencillamente porque no concurren las razones que explican aquella finalidad protectora del derecho a la vivienda y que justifican excepcionar las normas comunes. Como dice la exposición de motivos de la LAU, ambas categorías arrendaticias (según que su destino sea el uso de vivienda u otro distinto) responden a realidades económicas subyacentes “sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles”, lo que se concreta, de un lado, en el carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda, y de otro, en una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes para los de uso distinto».*

Como avanzábamos, es suficiente con echar un vistazo a la regulación del Título III de la LAU 94 sobre obras, tanteo y retracto, cesión, subarriendo, y resolución contractual, así como a las remisiones constantes de este régimen legal especial para arrendamientos de uso distinto de vivienda a la regulación de arrendamientos de vivienda, para darse cuenta de que la voluntad del legislador fue proteger a los arrendatarios de local de negocio, bajo la premisa de que existe una asimetría del poder negociador de las partes en estos negocios jurídicos, si bien como es lógico, con menor intensidad que respecto de los arrendatarios de vivienda. Si el legislador del 94 no hubiera querido proteger a los arrendatarios de locales de negocio o comercios, se hubiera limitado a hacer una remisión a la regulación general del Código Civil sobre arrendamientos de fincas urbanas. Pero no fue así, desarrolló un título entero de una ley especial dedicado a esta tipología de contratos.

Tampoco es extraño este régimen tuitivo de los arrendamientos de los locales de negocio en derecho comparado. Nótese que el BGB dedica un apartado específico a la regulación de arrendamientos de fincas y locales (art. 578). Así mismo, el Código Civil francés hace referencia al arrendatario de tienda o comercio en el artículo 1745, equiparándolo al de vivienda por lo que respecta al derecho de indemnización que debe satisfacerse al arrendatario despojado en caso de que se haya convenido en el contrato que la transmisión de la finca comportará la extinción del título arrendaticio.

Sorprende aún más la novedosa tesis interpretativa de la Sala cuando en la última reforma de la LAU de 2019 —Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler— el legislador derogó de forma expresa el artículo 7.2, que establecía el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, dejando meridianamente claro que en la LAU no hay sitio para la aplicación de dicho principio, en tanto que la naturaleza del objeto arrendado merece una mayor protección que los bienes inmuebles que regula el contrato de arrendamiento general de nuestro Código Civil. Más aun, si tenemos en cuenta que el contrato de arrendamiento que analiza la sentencia es de fecha anterior a la reforma de 2013 —Ley 4/2013—, por lo que la normativa aplicable a dicho negocio jurídico ni siquiera contemplaba el artículo 7.2 de la LAU, que fue justo

introducido con dicha reforma y luego desmantelado en 2019. Luego, no opera el principio de inoponibilidad del artículo 32 LH en arrendamientos de local de negocio.

Contrariamente a lo alegado en la sentencia, tampoco es cierto que el régimen legal del artículo 29 sea más protector que el del artículo 13 de la LAU que regula los efectos de resolución del derecho del arrendador de vivienda por el ejercicio o eficacia de un derecho preexistente, pues este último garantiza una eficacia real del contrato por toda la duración mínima del contrato, garantizando así un mínimo de estabilidad al arrendatario de vivienda, con independencia de que se haya inscrito el arrendamiento o no en el Registro de la Propiedad, mientras que el artículo 29 pivota sobre la buena fe del adquirente, no existiendo pues dicha garantía de respeto de la duración mínima para el arrendatario de local de negocio que no inscribe su título. Si bien es cierto que la redacción del artículo 13 dada por la Ley 4/2013 era menos proteccionista que la del artículo 29, ello se debe, como decíamos con anterioridad, a un olvido del legislador, que olvidó reformar el artículo 29, pues dicho legislador introdujo el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 7.2), considerando insuficiente el régimen de la protección del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH.

Conviene precisar que la sentencia analizada descarta la aplicación analógica del artículo 13 de la LAU en estos casos, declarando que no procede la extinción *ope legis* del derecho arrendaticio, siendo exigible para ello la previa notificación recepticia de la voluntad de dar por resuelto el contrato, pues la redacción dada por el artículo 1571 del Código Civil excluye la extinción automática del arrendamiento, afirma la sentencia.

En otro orden de cosas, y dicho sea con todo el respeto a los Excmos. Magistrados de la Sala, existe una falta de precisión técnica, consistente en confundir un supuesto de resolución o ineficacia del derecho del arrendador derivado del ejercicio de un derecho anterior en el tiempo consistente en la hipoteca, con una transmisión del derecho del arrendador, que no tiene por qué ser necesariamente voluntaria. Siendo puristas el caso que resuelve la Sala no es propiamente un caso de enajenación forzosa, contrariamente a lo que afirma la sentencia, sino de ineficacia o resolución del derecho del arrendador. Veamos la enorme trascendencia jurídica de dicho matiz conceptual. Mientras que en un caso de resolución del derecho del arrendador se produce, por defecto, la pérdida del mismo, no sucede así en un supuesto de transmisión del derecho, teniendo lugar la subrogación del mismo, sin perjuicio de que la ley reconozca al adquirente la facultad de renuncia. Es por esta razón, por la que el artículo 13 de la LAU dispone una extinción *ope legis* del arrendamiento, y no lo hace en cambio el artículo 14 que regula las enajenaciones de finca arrendada para uso de vivienda. En este sentido, a nuestro juicio, tiene aún menos sentido una protección meramente tabular del adquirente de una venta forzosa de un local de negocio arrendado, ya que ni siquiera existe un derecho anterior sobre la finca arrendada al contrato de arrendamiento.

Si a ello añadimos que en el caso resuelto por la Sala el adquirente ha venido exigiendo el cobro de la renta durante años, hasta el punto de que el recurso de casación resuelto proviene precisamente de un juicio de desahucio por impago con reclamación de rentas, es aún más desacertado mantener que el arrendador pueda dejar sin efecto cuando quiera el contrato en virtud del artículo 1571 del Código Civil, pues en todo caso se subrogó tácitamente —por aquiescencia— en la posición arrendadora, y sería contrario a la doctrina de los actos propios y de carácter extemporáneo pretender cobrar renta durante años y luego declarar que el contrato se extinguió en virtud de la adquisición anterior.

b) Análisis de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Declara la doctrina de este Centro Directivo (resoluciones de 3 de noviembre de 2021, de 14 de setiembre de 2018 y de 11 de octubre de 2018) que el contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda no inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca queda resuelto tras la ejecución hipotecaria.

A diferencia de la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en la sentencia número 783/2021, de 15 de noviembre, analizada con anterioridad, este Centro Directivo mantiene que el título arrendaticio se extingue de forma automática con la ejecución hipotecaria. En palabras de la Dirección General en la reciente resolución de 3 de noviembre de 2021:

*« (...) cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (como es el caso del presente expediente), tanto antes como después de la mencionada reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (vid. art. 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)».*

De conformidad con esta tesis, declara este Centro Directivo que tras la ejecución hipotecaria de finca arrendada para uso distinto de vivienda que no estuviera inscrita con anterioridad a la hipoteca, no será necesario notificar nada al arrendatario a efectos de retracto, en la medida que el título arrendaticio ha quedado extinguido en el momento de la adquisición del bien inmueble. En boca de la Dirección General en la reciente resolución de 3 de noviembre de 2021:

*«Por tanto, salvo que se hubiese inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca o a la anotación del embargo, la ejecución forzosa derivada de la hipoteca o de la traba determinará la extinción del derecho del arrendador y, en consecuencia, del propio contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto.*

*Extinguido el arrendamiento y el derecho de retracto, deja de ser necesario realizar la declaración a que alude el artículo 25 de la ley, lo que en consecuencia hace innecesario en el presente caso, en el que no consta la inscripción del arrendamiento, la realización de la declaración arrendaticia respecto de la vivienda adjudicada, en los términos establecidos en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos».*

A diferencia de la doctrina jurisprudencial expuesta, la doctrina administrativa que nos ocupa no fundamenta la resolución del derecho del arrendador de un local de negocio en el artículo 1571 del Código Civil, sino en una teórica aplicación del artículo 29 de la LAU, mediatizada por los artículos 13 y 7.2 de la LAU, poco razonada y un tanto confusa.

### III. CONCLUSIONES

I. Si bien compartimos la *communis opinio* de que el artículo 29 de la LAU adolece de una deficiente técnica jurídica y es un tanto confuso, ello no

debe llevarnos a realizar una interpretación gramatical de la norma contraria al espíritu y finalidad de la misma (art. 3.1 CC).

II. Así mismo, la novedosa tesis del Alto Tribunal contraviene el sistema de fuentes del artículo 4.3 de la LAU, pues la aplicación de la regulación del Código Civil a los arrendamientos de uso distinto de vivienda es de carácter meramente subsidiario, no aplicando pues si dicha ley especial contiene una norma aplicable, como es el caso que nos ocupa.

III. Y, no menos importante, la interpretación restrictiva del artículo 29 de la LAU llevada hasta sus últimas consecuencias, perjudica gravemente los derechos del arrendatario de local de negocio, comportando en la práctica la pérdida del derecho de tanteo y retracto en caso de enajenaciones forzosas, de conformidad con la doctrina administrativa analizada.

IV. Por último, se trata de una interpretación alejada de los postulados de derecho moderno contractual europeo (*soft law*), asentados sobre una concepción humanista del derecho privado, limitando la autonomía privada más allá del artículo 1255 del Código Civil, en aras a garantizar una justicia distributiva cuando exista una asimetría del poder negociador de las partes del contrato, como sucede en los contratos de arrendamiento de vivienda y en los de local de negocio, si bien en menor medida en estos últimos. Postulados que poco a poco van integrando nuestros tribunales al interpretar la normativa de nuestro derecho interno, como es de ver, por ejemplo, respecto de la evolución jurisprudencial del concepto de buena fe del adquirente del artículo 29 de la LAU analizada, que ha cobrado autonomía plena, desligándose del artículo 34 de la LH a pesar de la dicción literal de la norma.

#### IV. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA RRDGRN

##### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 28 de junio de 1941
- STS de 14 de marzo de 1963
- STS de 30 de diciembre de 1975
- STS de 5 de enero de 1977
- STS de 27 de junio de 1980
- STS de 23 de octubre de 1980
- STS de 8 de mayo de 1982
- STS de 5 de julio de 1985
- STS de 14 de julio de 1988
- STS de 21 de julio de 1998
- STS de 30 de junio de 1994
- STS de 12 de febrero de 1996
- SSTS de 8 de marzo de 2001
- STS de 14 de mayo de 2004
- STS de 15 de noviembre de 2021

##### AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Huesca, de 22 de octubre de 1997
- SAP de Asturias, de 9 de abril de 2001

- SAP de Málaga, de 15 de mayo de 2003
- SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2003
- SAP de León, de 31 de diciembre de 2003
- SAP de Salamanca, de 7 de mayo de 2009
- SAP de Madrid, de 28 de abril de 2015
- SAP de Madrid, de 6 de marzo de 2021

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 20 de septiembre de 2002
- Resolución de 15 de marzo de 2006
- Resolución de 24 de marzo de 2017
- Resolución de 14 de septiembre de 2018
- Resolución de 11 de octubre de 2018
- Resolución de 3 de noviembre de 2021

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (1978). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XX, Vol. 1.ºB, Madrid: EDERSA
- ALONSO PÉREZ, M. (1996). Enajenación de la vivienda arrendada. En C. Lasarte Álvarez (dir.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, Madrid: Ed. Tecnos, 1996 (pp. 374-423).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J. (1994). *Anotaciones a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre.*, Madrid: Ed. Forum.
- AZOFRA VEGAS, F. y MALKKI, S. (2005). La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 688, 525-538.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020). Enajenación de la finca arrendada. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, séptima edición, Pamplona: Ed. Aranzadi Thomson Reuters, (pp. 949-956).
- ENNECCERUS, L. (1933). *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona: Ed. Bosch.
- ESTRADA ALONSO, E. (1989). La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 65, núm. 591, 411-436.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2019). *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona: Ed. Aranzadi.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2021). El juego del olvidado artículo 29 LAU en el incidente ocupacional del proceso de ejecución, *Revista Justicia*, núm. 1, 387-408.
- FUENTES-LOJO RIUS, A.; Comentarios al artículo 675 de la LEC respecto del ocupante con título arrendaticio. En J.E. Corbal Fernández, P. Izquierdo Blanco y J. Pico i Junoy. *Páctica Procesal Civil*, Tomo VIII, Apartado XVIII Ejecución dineraria, Subapartado Décimo Subasta de bienes inmuebles, actualizada en 2021. Barcelona: Ed. Bosch.
- MARÍN LOPEZ, J.J. y COLÁS ESCANDÓN, M.A. (2013). Enajenación de la vivienda arrendada. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Sexta Edición, Pamplona: Ed. Aranzadi Thomson Reuters, (pp. 493-516).

SOTO NIETO, F. (1964). *Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la Ley de reforma de 11 de junio de 1964*. Gerona: Ed. Industrias Litográficas Gerona.  
VON THUR, A. (1947). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

## NOTAS

<sup>1</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A., El juego del olvidado artículo 29 LAU en el incidente ocupacional del proceso de ejecución, *Revista Justicia* año 2021, núm. 1, 392-393, Ed. Bosch, 2021.

<sup>2</sup> ESTRADA ALONSO, E., La eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.1 núm. 65 núm. 591 1989, 423.

<sup>3</sup> Opina gran parte de la doctrina que en el artículo 14 de la LAU no se aborda un problema atinente al tercero hipotecario, sino que en el mismo se establece una excepción al principio de inoponibilidad de lo no inscrito mediante la consagración de la oponibilidad legal durante el plazo de duración mínimo, por lo que la referencia debería haberse hecho al artículo 32 de la LH y no al 34 LH.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión realiza un interesante análisis ALONSO PÉREZ, M. en la obra *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (Dir. Lasarte Álvarez, C.), Ed. Tecnos, 1996, 399

<sup>5</sup> *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Sexta Edición, 2013, 510-511.

<sup>6</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Enajenación de la finca arrendada. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, séptima edición, 2020, 951.

<sup>7</sup> SOTO NIETO, F., *Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la Ley de reforma de 11 de junio de 1964*, Ed. Industrias Litográficas Gerona, 1964, 198.

<sup>8</sup> Esta cuestión fue analizada con detalle en el Seminario sobre Derecho de Consumo celebrado en el Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha el día 14 de diciembre de 2021.

<sup>9</sup> *Derecho Civil*. Ed. De palma, Buenos Aires, 1947.

<sup>10</sup> *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1933.

<sup>11</sup> *Anotaciones a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, Ed. Forum, 1994, 83.

<sup>12</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A.; Comentarios al artículo 675 de la LEC respecto del ocupante con título arrendaticio en *Práctica Procesal Civil*, Brocá-Majada-Corbal (Dirs. Corbal Fernández, J.E., Izquierdo Blanco, P. y Pico I Junoy, J.), Tomo VIII, Apartado XVIII Ejecución dineraria, Subapartado Décimo Subasta de bienes inmuebles, actualizada en 2021.

<sup>13</sup> AZOFRA VEGAS, F. y MALKKI, S., La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda, *RCDI* núm. 688, marzo-abril 2005, 530.

<sup>14</sup> Id. 6.

<sup>15</sup> Este autor se manifestó favorable a esta tesis en el Seminario sobre Derecho de Consumo celebrado en el Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha el día 14 de diciembre de 2021.

<sup>16</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XX, Vol. 1.ºB, EDESA, Tercera Edición, Madrid, 1978, 1350-1351.

<sup>17</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A., *Nueva Suma de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi, 2019, 314.

## 1.5. Obligaciones y contratos

### A vueltas con el *derecho de retracto* de créditos litigiosos (*ex art. 1535 CC*): exégesis completa y algunos remedios para el deudor-consumidor\*

#### *The right of withdrawal of disputed claims (ex art. 1535 CC): complete exegesis and some remedies for the debtor-consumer*

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES

*Profesor doctor de Derecho civil  
Universidad de Cádiz*

**RESUMEN:** La novedad del trabajo radica en la puesta en relación del artículo 1535 del Código Civil con una exégesis completa que aborde soluciones para el deudor-consumidor que experimenta la cesión de su crédito a fondos de activos que lo adquieren a bajo coste. La investigación pretende abrir una nueva línea: cómo se ha de interpretar el precepto decimonónico, relativo al impropriadamente denominado «derecho de retracto» (de crédito litigioso), cuando el deudor es un consumidor. Concretamente, se precisa profundizar en la transferencia de créditos al consumo impagados o fallidos a terceros ajenos de la relación obligatoria, mediante la cesión en bloque o en masa. Se aspira a una nueva exégesis del artículo 1535 del Código Civil conforme a los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil: gramática; antecedentes históricos y legislativos; finalidad; espíritu de origen; y, realidad social actual, que han de ponerse en consonancia con el nascente contexto consumerista. La jurisprudencia, lejos de toda integración con la normativa de consumo, realiza una labor interpretativa excesivamente restrictiva, estableciéndose rigurosos requisitos que quedan fuera del dictado literal de la norma. La investigación consigue, en cierto modo, establecer unas bases para el avance en la protección de la parte débil de la cesión, el deudor-consumidor, frente a los «negociantes oportunistas de deudas».

---

\* Esta investigación es fruto del Proyecto I+D de «Generación de conocimiento»: «Los Derechos de adquisición y preferencia» del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D, enmarcado en el Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2017-2020 (PGC2018-094243-B-C22). Este trabajo retoma y amplía, en lo referente al ordenamiento de consumo, lo escrito en VELASCO-PERDIGONES, J.C. (2021). El «derecho de retracto» en la cesión de créditos litigiosos: el artículo 1535 del Código Civil. En AA.VV., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., BLANDINO GARRIDO, M.A., DE BARRÓN ARNICHES, P., *Los derechos de adquisición*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters (pp. 505-530).

**ABSTRACT:** *The novel aspect in this work lies in the comparison drawn between Article 1535 (CC) and consumer law. This paper aims to open a new line of research, namely how to interpret the nineteenth-century provision, in relation to the inappropriately named 'right of withdrawal' (from the credit in question) when the debtor is a consumer. In more concrete terms, it is necessary to delve deeper into the transfer of unpaid or defaulted consumer credits to third parties outside the mandatory relationship through bulk assignment. A re-reading of Article 1535 (cc) is called for, compliant with the hermeneutic criteria set forth in Article 3.1 (cc): grammar, historical and legislative background, purpose, original spirit, and current social reality should be brought into line with the emerging consumerist context. Case law, far removed from any degree of integration with consumption rules, applies an excessively restrictive interpretation, establishing stringent requirements that fall without the literal dictates of the rule. To some extent, this research establishes a baseline from which to progress toward the protection against debt brokers of the weaker party to the assignment, the debtor-consumer.*

**PALABRAS CLAVE:** Cesión. Créditos. Consumidor. Retracto. Deudor. Abusividad.

**KEY WORDS:** *Assignment. Credit. Consumer. Withdrawal. Debtor. Abusiveness.*

**SUMARIO:** I. PROEMIO.—II. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE ORIGEN: A) *Ordenamiento romano*. B) *Ordenamiento medieval: Las Partidas*. C) *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. D) *Proyecto de Código Civil de 1836 y la influencia del Code Civil francés de 1804*. E) *Proyecto de Código Civil de 1851*. F) *Anteproyecto de los Libros III y IV del Código Civil (1885-88)*. G) *Código Civil vigente (1889)*. 2. CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO ACTUAL: LA VENTA DE CARTERAS DE CRÉDITOS LITIGIOSOS. 3. INTERPRETACIÓN DEL TEXTO POR LA JURISPRUDENCIA: A) «*Vendiéndose*». B) «*Crédito litigioso*»: a) Crédito. b) Litigioso: a') Proceso b') La cartera de créditos litigiosos: cesión en bloque, individualización y precio. C) *El derecho del deudor: el reembolso*. D) *Plazo de ejercicio*. 4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: A) *Código Civil*. B) *Normas protectoras del deudor-consumidor*: a) Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril. b) Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC). c) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU). d) O.M. EHA 2899/2011, de 28 de octubre. C) *La protección del deudor en otros ámbitos (ajenos al de consumo)*: a) Código de Comercio. b) CARIT, Principios de UNIDROIT, PECL y DCFR: a') CARIT. b') Principios de UNIDROIT. c') PECL y DCFR. D) *Otras manifestaciones (regionales) del «derecho de retracto»*. a) Cataluña. b) Navarra.—III. REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA NECESARIA PROTECCIÓN DEL DEUDOR-CONSUMIDOR.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PROEMIO

El título presenta una clara pretensión: el estudio del artículo 1535 del Código Civil (CC en adelante), relativo a la cesión o venta de créditos litigiosos, y la facultad del deudor (consumidor) de extinguir la deuda mediante la recompra.

Resulta relevante analizar la posición del consumidor ante el cambio de acreedor en la relación obligatoria, en la mayoría de las veces, realizada sin su consentimiento ni conocimiento. Para saber más y mejor sobre el citado precepto, es importante determinar qué dice, por qué y cómo, para posteriormente ponerlo en concordancia con la realidad social del momento<sup>1</sup>, mediante una interpretación acorde con las vigentes normas de consumo.

En ciertas ocasiones, el Derecho va a remolque de los cánones sociales, precisándose de concretas adaptaciones. Por ello, se interesa una exégesis completa que, sobre todo, clarifique el origen, espíritu y finalidad del precepto, y así, cuestionar si la vigente interpretación que da la jurisprudencia viene a ser conforme con la realidad social y normativa imperante.

El análisis del espíritu de la norma, mediante el recurso a sus antecedentes, aspira a clarificar cómo ha llegado al ordenamiento y las razones que lo inspiraron. Una interpretación a partir del texto y contexto intenta iluminar lo que dice y en el sentido que lo realiza. La jurisprudencia, en su labor exegética, toma como base el contexto y la dicción literal del precepto, con la finalidad de completar —con determinada rigidez— las lagunas de la narración. Extremos como «venta», «crédito litigioso» o cuestiones como el cauce, plazo y forma, para el ejercicio del derecho del deudor, son elementos que precisan de una nueva lectura.

La imposición por los tribunales de estrictos requisitos para acceder a la extinción del crédito, sin tener en cuenta la realidad actual, hace que la última fase del *iter* interpretativo sea fundamental: la interpretación sistemática. El surgimiento del Derecho de consumo y la realidad social del momento ordena hacia una actualizada exégesis del artículo. La crisis económico-financiera, por la que se ha atravesado, es la génesis del auge de los fondos de inversión y de una mayor profesionalización e industrialización del sector de gestión de activos<sup>2</sup>.

Este sector en auge tiene como objetivo la adquisición de carteras de créditos dudosos o impagados a bajo coste. La parte afectada, el deudor, sujeto inalterable de la relación, privado, en la mayoría de ocasiones, de la facultad concedida por el artículo 1535 del Código Civil. La limitación trae causa en la interpretación no finalista y restrictiva de la jurisprudencia de ciertos elementos que componen el precepto: *i*) crédito litigioso; *ii*) término inicial y final del calificativo; *iii*) cauce para el ejercicio del derecho del deudor; y, *iv*) la forma de la cesión (generalmente en bloque).

En consecuencia, de acuerdo con las reglas hermenéuticas del artículo 3.1 del Código Civil, se trata de hacer un recorrido interpretativo del precepto: *i*) partir del espíritu y finalidad de origen (cómo se entendía en sus antecedentes) (sub II.1); *ii*) analizar el contexto social y económico actual (el mercado de la venta de carteras de créditos litigiosos) (sub II.2); *iii*) estudio de su dicción gramatical (sub II.3); *iv*) examen sistemático<sup>3</sup> (sub II.4) y puesta en relación con la finalidad del precepto, las normas de consumo y otras de protección del deudor, ajenas al ámbito de consumo. El trabajo cierra con unas reflexiones finales que pretenden poner de relieve si la interpretación y aplicación actual del artículo 1535 del Código Civil conculca o no el principio de protección del consumidor y todo el ordenamiento que lo salvaguarda o, quizás, sea necesaria alguna reforma legislativa en este aspecto (sub. III).

La premisa de partida se identifica con una realidad: el deudor-consumidor que experimenta la cesión de su crédito (catalogado de litigioso); y la hipótesis se limita al derecho de este a exigir la extinción de la deuda por confusión *ex* artículo 1535 del Código Civil (impropiamente denominado «derecho de retracto»)<sup>4</sup>.

En definitiva, se pretende poner de relieve la importancia del Derecho de consumo a la hora de interpretar el contenido del artículo 1535 del Código Civil, hasta ahora visto de forma diferente por la jurisprudencia. La cuestión estriba en si el consumidor, que ve cedido su crédito a un tercero ajeno, precisa de cierta protección, traducida en la materialización de un verdadero derecho a la extinción del crédito.

La fuente principal es el artículo 1535 del Código Civil, el cual ha de ponerse en consonancia con otras: las manifestaciones históricas; las normas incidentes en la protección del consumidor; el comentario de los autores (actuales y decimonónicos) y la jurisprudencia española. Además, por la influencia recibida del *Code Civil* francés, se recurre a los postulados iniciales de autores franceses y a la práctica jurisdiccional del país galo.

## II. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE ORIGEN

Para determinar el fundamento y espíritu de origen del vigente artículo 1535 del Código Civil resulta necesario remitirse a sus precedentes: su génesis y evolución histórica. Las manifestaciones más importantes se centran en tres etapas legislativas: *i*) en el Derecho romano; *ii*) Las Partidas; y, *iii*) durante el proceso codificador previo al del Código Civil vigente [Proyecto de Código Civil de 1836, Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de Código Civil (1885-88)]<sup>5</sup>.

#### A) Ordenamiento romano

Ciertas normas romanas comenzaron a preocuparse por una realidad social: la especulación y abuso de los compradores de acciones<sup>6</sup>. El emperador Augusto limitó la cesión de bienes y acciones, sancionándose con multa la enajenación de toda *res litigiosae*<sup>7</sup>. Será Constantino (año 331 d.C.) el que definitivamente establezca la sanción de nulidad de la transmisión de aquellas cosas o acciones que estuvieran sujetas a pendencia o litigio. La relación entre el cedente y deudor no quedaba alterada por la intervención de un tercero como causa de la cesión<sup>8</sup>.

El emperador Anastasio en el año 506 d.C. concedió al deudor de cierta protección frente a abusos producidos por oportunistas y especuladores que compraban los créditos de difícil cobro o insuficientemente garantizados. La práctica abusiva era patente, pues se adquirían los créditos a bajo precio para después solicitar el pago íntegro al obligado. Ante esta situación, la ley limitó<sup>9</sup> la actuación del comprador y este no podía exigir del deudor más que cuanto hubiese pagado el cedente y los intereses correspondientes<sup>10</sup>. La norma contenía varias excepciones (carentes de finalidad lucrativa): *i*. cesiones entre coherederos; *ii*. transmisión de un crédito en pago de deuda; y *iii*. traspasos en pago de deudas hereditarias (ARÉVALO CABALLERO, 2007, 16). La finalidad pretendida por el emperador fue clara: evitar los abusos y proteger la posición del deudor ante una práctica considerada como abusiva.

En época de Justiniano, se confirma la inalterabilidad del juicio entre el cedente y deudor, y se mantiene la sanción de la nulidad del negocio jurídico de la cesión, previstas por Constantino. Aparte, se añaden dos consecuencias

jurídicas relevantes: por un lado, si el cesionario conocía o no la condición litigiosa del objeto de compra (mala fe), se obligaba junto a la devolución del precio recibido por parte del cedente, una pena a favor del fisco<sup>11</sup>. Por otro, en caso contrario (inexistencia de mala fe), a la devolución del precio se le acompañaba una indemnización a cargo del cedente doloso (ARÉVALO CABALLERO, 2007, 13).

El objeto de estas normas imperiales era la dotación de una mínima protección al deudor. Sin embargo, los textos romanos no concedían un derecho de retracto, sino que se limitaban las facultades del cesionario de exigir la totalidad del crédito litigioso adquirido frente al deudor.

### B) Ordenamiento medieval: Las Partidas

El texto medieval tampoco contemplaba el «retracto de crédito litigioso» tal y como hoy se conoce. Sin embargo, se previeron ciertas normas limitadoras de la cesión o venta de cosas y bienes en litigio.

La ley 13, título 7 de la Partida 3.<sup>a</sup><sup>12</sup> considera inválida la venta de cosa o bien incorporado sujeto a litigio, con el consecuente retorno al vendedor emplazado en juicio<sup>13</sup>. Tal previsión parece combatir el fraude de aquellos que son demandados y se desprenden de sus bienes con la finalidad de no poder ser entregados a quien los reclama. De parecido corte es la ley 15, título 7, Partida 3.<sup>a</sup><sup>14</sup>. Esta aborda el emplazamiento en demanda de una cosa de la que otro es tenedor y este la enajena (a otro hombre más poderoso) antes del llamamiento por la justicia. La consecuencia jurídica prevista era la nulidad de la venta, habilitándose al demandante a dirigirse contra el vendedor o contra quién la tuviese en su poder<sup>15</sup>. Una de las diferencias más destacadas, entre la primera y la segunda, es que la ley 13 se refiere al momento del emplazamiento, y la 15 en previsión de dicha reclamación (a un momento *ex ante* del emplazamiento).

Del mismo modo, la ley 16<sup>16</sup> y 17<sup>17</sup> del antedicho título y Partida presentan la nulidad de la cesión de derechos realizados a favor de persona más poderosa. La 16 se refiere a la cesión del derecho a personas con cierto poder por razón de su oficio. Así, si algún demandante, antes o después de emplazar al demandado, enajenase el derecho que tiene contra aquel a favor de una persona más poderosa por razón de su oficio, se ordena que tal venta no sea válida y el demandado no responda frente a ninguno de ellos. Como añadido, se sanciona al vendedor con la pérdida de todo derecho que tuviera contra el demandado.

En esencia, Las Partidas ponen límite a la venta de la cosa o derecho en vías de demanda o litigio, sancionándose con la nulidad, la pena o incluso la pérdida de derechos.

### C) Novísima Recopilación de las Leyes de España

En la recopilación del derecho castellano se halla la prohibición de venta en determinados supuestos, pero no se recoge la cesión o venta de cosas sometidas a litigio. Dos ejemplos son: la ley 7, título 12, libro 10 («nulidad de las ventas de bienes de delinquentes, que hicieran los jueces, apremiado a los compradores»), y la ley 1 del citado título y libro (*prohibición de comprar bienes de menores y difuntos sus albaceas, tutores y curadores*).

*D) Proyecto de Código Civil de 1836 y la influencia del Code Civil francés de 1804*

El Proyecto de 1836 dedica tres artículos a la regulación del hoy denominado «derecho de retracto de crédito litigioso»: *i*) el artículo 1149 que establece el derecho del deudor a obligar al cesionario a que se le dé por quitto y absuelto una vez que reembolse el precio de la cesión, los gastos e intereses<sup>18</sup>; *ii*) el artículo 1150 del Código Civil que regula las excepciones a lo anterior (*a.* cesión al coheredero condueño, *b.* acreedor en pago a lo que se le debe, y *c.* al poseedor de una herencia sujeto al derecho litigioso); y, *iii*) el artículo 1151 que determina cuando se ha de reputar litigioso un asunto<sup>19</sup>.

Los preceptos hispanos del Proyecto (1836) son una traslación casi literal del *Code Civil* napoleónico<sup>20</sup> (1804). La norma gala vino a acoger el espíritu de las normas romanas<sup>21</sup>, otorgando al deudor, en cierto modo, el derecho de adquisición preferente sobre el crédito cedido (arts. 1699-1701 CC), así como la prohibición de las cesiones *ad potentiorem* (NAVARRO PÉREZ, 1989, 8) (arts. 1596 y 1597 CC). En lo que se refiere a las primeras, algunas similitudes pueden encontrarse:

Los artículos 1149-1151 del Código Civil del Proyecto español tienen una estructura parecida a los preceptos del *Code Civil*. Los redactores galos en el artículo 1699 del Código Civil<sup>22</sup> hacen referencia al deudor como la persona contra la que se ha cedido un derecho litigioso<sup>23</sup>. Así, este podía ser «dejado en paz» si reembolsaba al cesionario el precio real pagado de la cesión, los costes e intereses (desde el día en que el cesionario pagó el precio). En el artículo 1700 del Código Civil<sup>24</sup> se señala cuándo se está ante un derecho litigioso: tan pronto como haya un proceso y contestación sobre el fondo. Finalmente, el artículo 1701 del Código Civil<sup>25</sup> enumera las excepciones a lo anterior: *i*) cesión realizada a un coheredero copropietario; *ii*) el pago realizado a un acreedor sobre lo debido; y *iii*) al poseedor de la herencia sujeta a un derecho litigioso.

La conclusión a la que se llega es que los redactores del Proyecto de 1836 tomaron como base una literal redacción, con ciertos matices, del Código de Napoleón. Se empleó la misma estructura y sus diferencias fueron mínimas.

El artículo 1149 del Código Civil hispano presentó la cuestión como derecho litigioso y cuya estructura básica fue: de la persona contra quien se ha de ejercer este derecho; la obligación dirigida al cesionario para que le dé por quitto y absuelto mediante el reembolso del precio de la cesión, los gastos e intereses desde el pago por el cesionario. Por el contrario, el artículo 1151 del Código Civil español, para determinar cuando se está ante un crédito litigioso, toma como punto de partida la existencia de demanda y contestación, mientras que el *Code Civil* habla de proceso y contestación sobre el fondo. También, como similitud, el artículo 1150 del Código Civil prevé las mismas excepciones que el artículo 1701 del Código Civil francés.

*E) Proyecto de Código Civil de 1851*

La estructura que contenía el texto en 1836 es sustancialmente modificada en el Proyecto de 1851. Se condensa en dos artículos (1466 y 1467 CC) los fundamentos erigidos en el proceso codificador napoleónico.

En el nuevo proyecto, las modificaciones terminológicas son patentes, pero guardan la esencia y estructura de sus precedentes. Así, el artículo 1466 del Código Civil sustituye la cesión o traspaso por venta; el derecho (litigioso) por crédito<sup>26</sup>; y la obligación del cesionario que le dé por quitto y absuelto, por el

derecho que ostenta el deudor para la extinción. Se mantiene la idea de abonar al cesionario el precio pagado, las costas y los intereses (desde el día en que fue satisfecho). El precepto añade cuándo se considera un crédito litigioso (en vez de asunto litigioso), aclarándose: desde la contestación a la demanda. Una de las novedades de la redacción es el plazo para ejercer el derecho: nueve días desde que el cesionario le reclame el pago. A este respecto, se ha tomado el mismo lapso temporal que para otros preceptos<sup>27</sup>. El artículo 1467 relaciona el elenco de excepciones, manteniéndose los supuestos de origen.

El principal impulsor del proyecto cita como concordancias (del art. 1466 y 1467 CC) los preceptos del *Code Civil* francés (arts. 1699-1701) y entiende que el fundamento de origen se encuentra en las más «sabias y absolutas leyes romanas» (GARCÍA GOYENA, 1852, 435-436)<sup>28</sup> (22, 23 y 24, título 35, libro 4 del Código de Justiniano y las 2, 3 y 4, título 37). Así, el objeto de cortar pleitos y refrenar la codicia de aquellos que pretenden enriquecerse a costa de otro, en cierto modo, se sigue manteniendo. La influencia romana es patente, pues el ordenamiento hispano lo había adoptado a través del texto napoleónico (NAVARRO PÉREZ, 1989, 13).

#### F) Anteproyecto de los libros III y IV del Código Civil (1885-88)

Pocas son las variaciones que contiene el Anteproyecto de los libros III y IV (en su mayoría conjugaciones verbales). Los artículos 1562 y 1563 del citado texto muestran la literalidad narrada en el Proyecto de 1851.

#### G) Código Civil vigente (1889)

Los precedentes muestran que el «retrato de crédito litigioso» llega al ordenamiento jurídico actual gracias a la influencia francesa que, a su vez, basaban su espíritu en las normas romanas. Las Partidas no revelan esta figura como tal, solo se regula la prohibición de venta de cosas sujetas a litigios y sus consecuencias. Por otra parte, tampoco en la Novísima Recopilación se encuentra previsión alguna, más que la prohibición de la cesión *ad potentiores*<sup>29</sup>, especialmente la judicial, so pena de nulidad.

El Código Civil de 1889 reproduce en los artículos 1535 y 1536 del Código Civil, con escasas diferencias, el contenido del Proyecto de 1851 (arts. 1466 y 1467). En sustancia, la redacción de 1889 solo ha supuesto una mejora estilística con respecto al texto de 1851 (NAVARRO PÉREZ, 1989, 15). Durante el periodo 1851-1889, parece que no existió la necesidad de variar el contenido del articulado relativo al retrato litigioso, lo que lleva a concluir a la conservación del fundamento y finalidad de origen<sup>30</sup>. Es decir, el artículo 1535 del Código Civil sigue manteniendo la restricción a la libre circulación y transmisión de los créditos (*ex art.* 1112 del Código Civil)<sup>31</sup>, abogándose por una forma «de adquisición preferente» del deudor. Esta preferencia en la adquisición del crédito, aparte de limitar la especulación<sup>32</sup>, encuentra otras razones: *i*) la evitación que un tercero ajeno intervenga en la relación obligacional; *ii*) quién mejor que el deudor para adquirir crédito; *iii*) la paz, el fin de los procesos y el favor del más débil<sup>33</sup>.

Aunque los preceptos españoles (arts. 1535 y 1536 CC) no recojan literalmente las disposiciones de las leyes imperiales romanas, podría decirse que su espíritu y fundamento descansan en el derecho romano<sup>34</sup> por la influencia recibida del

ordenamiento francés<sup>35</sup>. Como queda expuesto, todo apunta a que el retracto de crédito litigioso (en el texto español) o derecho litigioso (en el francés) son elaborados *ex novo* sobre la base de las ideas clásicas. El *Code* francés por hacerlas suyas, según los comentaristas de la época, y el Código Civil español por la indirecta influencia de aquel.

## 2. CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO ACTUAL: LA VENTA DE CARTERAS DE CRÉDITOS LITIGIOSOS

Los índices de morosidad se dispararon como consecuencia de la crisis económico-financiera de 2008. La reestructuración bancaria<sup>36</sup> experimentada en los últimos años ha supuesto la necesidad de eliminar de los balances de las entidades financieras los créditos impagados o con dificultades<sup>37</sup>. Este panorama ha convertido a la compraventa o cesión de créditos [también denominado cesión de cartera (*SPA*) (GIL ROBLES, 2019, 11)] en el negocio jurídico que ampara la expulsión de las cuentas de aquellos créditos tóxicos, mejorándose la solvencia, financiación y reduciéndose los costes de las entidades (CUADRADO PÉREZ, 2014, 22-27). Hace unos años, se publicaban los siguientes datos: el 35% de las deudas de dudoso cobro son propiedad de los bancos u otras entidades financieras, el 43% está en manos de inversores y el 12% en sociedades de gestión de activos (GIL ROBLES, 2019, 6).

La venta masiva de una pluralidad de créditos problemáticos o no rentables (la gran mayoría judicializados) a fondos de inversión<sup>38</sup>, a precios muy inferiores<sup>39</sup> al valor de la deuda, ha dado origen a una nueva economía<sup>40</sup> (GIL ROBLES, 2019, 7). También la jurisprudencia (*v.gr.* STS de 5 de marzo de 2020)<sup>41</sup> se hace eco de esta realidad económica y social actual, reconociéndose el incremento de la litigiosidad en torno al artículo 1535 del Código Civil.

La práctica constata que las entidades recurren frecuentemente a la formación de carteras de créditos, garantizados o no, en situación fallida, y mediante la compraventa u otro tipo negocial transmiten su titularidad a un tercero (cesionario) (ROMERO GARCÍA-MORA, 2020, 15). La relación obligatoria queda configurada por el deudor, que permanece inalterado, y el cesionario, que actúa como nuevo acreedor. En la mayoría de ocasiones, el deudor no conoce de la cesión ni su consentimiento se considera preceptivo<sup>42</sup>. La ausencia de información puede dar lugar a la vulneración de ciertas normas que prevén de una mínima protección del deudor.

Las características propias de las ventas de carteras de crédito suelen ser: a) créditos transmisibles; b) normalmente no incorporados a títulos; c) en la mayoría mediante escritura pública; d) se transmiten con los accesorios; y, e) las partes pretenden evitar la cesión en globo *ex* artículo 1532 del Código Civil, aunque el precio no sea individualizado (ROMERO GARCÍA-MORA, 2020, 18-20).

El incremento de la transmisión a fondos de inversión de carteras de créditos (hipotecarios y al consumo) a bajo precio ha reabierto el debate de una institución, hasta entonces, en desuso: la aplicación del artículo 1535 del Código Civil<sup>43</sup> por aquellos deudores-consumidores que experimentan la cesión de su crédito a un tercero ajeno a la relación inicial. Sin embargo, la petición de aplicación del precepto por sus destinatarios no ha tenido acogida por la realidad jurisprudencial, en muchas ocasiones sin detenerse en los principios protectores impuestos por el ordenamiento de consumo.

### 3. INTERPRETACIÓN DEL TEXTO POR LA JURISPRUDENCIA

La venta de un crédito, catalogado como litigioso, constituye el supuesto de hecho del artículo 1535 del Código Civil. La consecuencia jurídica que se deriva es el derecho o privilegio<sup>44</sup> que asiste al deudor para exigir la extinción de su deuda (MANRESA NAVARRO, 1919, 425), esencialmente, mediante una operación de reembolso.

La única explicación que contiene el precepto es la determinación de cuándo un crédito tiene la consideración de litigioso. Sin embargo, a pesar de esta intención, son numerosas las dudas planteadas por el conjunto de palabras que componen el artículo 1535 del Código Civil. De la literalidad de sintagmas que componen el artículo 1535 del Código Civil, se extraen cuatro partes: *i*) la constatación de una transmisión onerosa<sup>45</sup> (a título de venta); *ii*) el objeto de la transmisión: un crédito litigioso (junto a una explicación de qué se entiende por tal); *iii*) la consecuencia: el derecho del deudor de extinguir la deuda; y *iv*) la forma de materialización del derecho: reembolsar al cesionario el precio satisfecho por este al cedente, más intereses y costas, dentro del plazo de nueve días (a contar desde que el nuevo acreedor reclame el pago). A pesar de este contenido, la jurisprudencia y la doctrina han establecido una serie de requisitos<sup>46</sup> que van más allá de lo que la literalidad del precepto presenta, requiriéndose de elementos no expuestos expresamente.

El legislador francés —posterior reflejo en el precepto hispano— optó por una redacción general (art. 1699) que pusiera coto a cualquier forma de especulación en la compraventa de créditos litigiosos. Sin embargo, desde los inicios, la jurisprudencia<sup>47</sup> patria, en su labor interpretativa, ha restringido a supuestos concretos la facultad de extinción de la deuda por el deudor, añadiendo condicionantes no exhibidos en la norma. Y es que la redacción general de una norma permite realizar una exégesis extensa, que permita abarcar un amplio abanico de supuestos no comprendidos expresamente y, esa parece ser la pretensión del legislador francés.

#### A) «Vendiéndose»

El artículo 1535 del Código Civil comienza con la palabra «vendiéndose». Esta hace referencia a la transmisión onerosa, al negocio jurídico de la compraventa. Es decir, el cedente se obliga a entregar un crédito al cesionario y este ha de pagar un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (*ex art. 1445 CC*).

Con el negocio jurídico, el cesionario adquiriría la plena titularidad del crédito, los derechos y obligaciones derivados de la posición contractual que ostentaba el originario vendedor (MARTÍNEZ DE SANTOS, 2016, 2). De la dicción literal del artículo 1535 del Código Civil puede parecer que la norma excluya otros negocios jurídicos (MANRESA NAVARRO, 1919, 428). Sin embargo, la simpleza en la redacción hace que la facultad extintiva del deudor deba sobrepasar al concepto de venta. Esto es así por el espíritu de origen de la norma y, además, la consideración del término precio no es decisivo (contraprestación diversa evaluable). De hecho, las excepciones contenidas en el artículo 1536 del Código Civil muestran que la cesión puede hacerse a título distinto, no sería entendible que el legislador previese exclusiones como la dación en pago (1536.2 CC) o que nada se diga sobre supuestos como la subasta (NAVARRO PÉREZ, 1989, 94-95).

B) «Crédito litigioso»

a) Crédito

Han sido escasas las voces que se han pronunciado sobre el concepto de «crédito» circunscrito en los estrictos parámetros del artículo 1535 del Código Civil<sup>48</sup>. En términos generales, el vocablo puede definirse como «el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de prestación» (DÍEZ-PICAZO, 1972, 356).

Algunas resoluciones como la STS de 31 de octubre de 2008<sup>49</sup> han pretendido delimitar la acepción sin pronunciarse sobre una definición de fondo. Se concluye por la jurisprudencia actual<sup>50</sup> que el artículo 1535 del Código Civil engloba a todos los derechos y acciones transmisibles, como ya lo había fijado la jurisprudencia temprana (1889-1926), equiparándose el término «crédito» al de «derecho litigioso»<sup>51</sup>. Aunque la resolución del Alto Tribunal analice tres tesis<sup>52</sup>, utiliza los siguientes argumentos para decantarse por la más amplia: *i*) una interpretación restrictiva del artículo 1535 del Código Civil no daría lugar a la necesidad de establecer exclusiones (art. 1536 CC); *ii*) una exégesis sistemática del precepto hace pensar que el legislador acotara su redacción, pues se sobreentiende por el título del capítulo VII que lleva por encabezamiento «la transmisión de créditos y demás derechos incorporales»; no solo abarca el derecho de crédito simple sino también el resto de derechos; y *iii*) numerosos preceptos que se refieren al derecho de crédito revelan que no se utiliza la expresión en su sentido más restrictivo (crédito dinerario simple) (*v.gr.* arts. 1385, 1399, 1426).

Por tanto, el crédito susceptible de retracto no solo se ha de ceñir al crédito dinerario simple, sino que se amplía a todo derecho, crédito y/o acción transmisible (e individualizable)<sup>53</sup> *ex* artículo 1112 del Código Civil<sup>54</sup> [y que, por supuesto, concorra la cualidad de litigioso (DE CASTRO Y BRAVO, 1953, 264); *cfr.* (ROMERO GARCÍA-MORA, 2020, 57)]. Esta interpretación extensa no parece desvincularse de la finalidad de la norma si se tiene en cuenta el origen, su evolución y redacción general del precepto<sup>55</sup>.

b) Litigioso

A pesar de que el artículo 1535 del Código Civil contenga una explicación de lo que ha de entenderse por litigioso<sup>56</sup>, tal previsión continúa debatiéndose. De la literalidad de la norma solo determina el ámbito temporal de cuando el crédito tiene tal calificativo: «desde que se conteste a la demanda relativa al mismo». Esta abstracta previsión refleja una clara intención del legislador: que el crédito sea discutido, que exista debate o contradicción, independientemente del cauce procesal que se emplee. Por su parte, la jurisprudencia desde temprano viene exigiendo la existencia de una sentencia firme que declare tal circunstancia<sup>57</sup>, previa contestación a la demanda<sup>58</sup>. El carácter de litigioso se inicia por la contradicción o negación del demandado<sup>59</sup> y el término final con la resolución judicial firme<sup>60</sup>.

La STS de 5 de marzo de 2020<sup>61</sup> considera que para que un crédito se entienda como litigioso, han de concurrir dos requisitos: *i*) temporal; y, *ii*) material o de contenido. El primero responde a la necesidad de pendencia del proceso<sup>62</sup>, la no finalización de la discusión en el momento de la cesión. Por su lado, el contenido hace referencia al objeto de la acción judicial: la necesaria declaración

de la existencia y/o exigibilidad del crédito [mediante un determinado proceso (normalmente el declarativo)]. Sin embargo, de la lectura del precepto no se deriva una clara circunscripción a un determinado proceso judicial o extrajudicial, sino la finalidad que se imprime es la de existencia de litigio, pleito pendiente en el momento de la cesión, discusión u oposición (MANRESA Y NAVARRO, 1919, 428).

a') Proceso

La definición de litigioso que exhibe el artículo 1535 del Código Civil no determina cauce procesal alguno para su consideración, sino que se limita a presentar el momento en que ha de considerarse tal atributo: «[...] desde que se conteste a la demanda [...]». Contestar a la demanda consiste en la realización de un acto de carácter procesal, donde se responde a las pretensiones de la parte actora invocadas en su escrito de demanda<sup>63</sup> (independientemente del proceso).

La jurisprudencia, mediante una interpretación restrictiva del precepto, limita el carácter de litigioso a aquellos derivados del proceso declarativo, ya que estos son los que admiten contestación a la demanda<sup>64</sup>. Sin embargo, cuando el Código Civil se refiere a contestación a la demanda, se refiere más bien a un hecho abstracto y general: la existencia de oposición, debate o contienda<sup>65</sup>, independiente al proceso por el que se encauce.

La exigencia de un determinado proceso judicial para la catalogación de un crédito de litigioso y, así, el derecho del deudor, podría suponer una práctica limitativa de los derechos del consumidor (contraria al art. 51 CE). El ejercicio del derecho (a la extinción del crédito) no puede denegarse por el hecho de que la reclamación judicial se encauce por un determinado proceso judicial, ya que el acreedor puede elegir entre varias posibilidades procesales: declarativo, ejecutivo, monitorio. La jurisprudencia, con la exigencia de esta condición, deja al arbitrio del acreedor la aplicabilidad del artículo 1535 del Código Civil, ya que, según el proceso seleccionado por el actor, podrá o no acogerse al derecho contenido en el anterior precepto.

De ordinario, por las ventajas que comporta, la mayoría de acreedores optarán por el proceso ejecutivo para reclamar la deuda, con el consiguiente beneficio de la limitación de los derechos del deudor por su no consideración de crédito litigioso. Sin embargo, independientemente de haberse resuelto o precluido el trámite de oposición, son litigiosos y susceptibles de retracto. Ello es así porque existe un proceso (llámese declarativo, ejecutivo o especial) y, además, la norma no lo excluye (SOLER SOLÉ, 2015, 19). La contestación a la demanda a la que alude el artículo 1535 es una previsión genérica que abarca cualquier procedimiento que admita oposición de fondo, que exista debate judicial iniciado y no resuelto. No porque el precepto se refiera a la contestación a la demanda, automáticamente haya que deducir que se refiere al cauce del proceso declarativo.

b') La cartera de créditos litigiosos: cesión en bloque, individualización y precio

La doctrina jurisprudencial exige, para que opere el derecho del deudor, otros requisitos: que el crédito sea individualizable y transmisible<sup>66</sup>. La STS de 1 de abril de 2015<sup>67</sup> advierte que cuando un crédito se ha transmitido conjuntamente con otros (en bloque, global o por sucesión universal), no se cumplen los requisitos

establecidos en el artículo 1535 del Código Civil, ya que el crédito no es individualizable. De esta resolución, resulta importante advertir un matiz importante. Y es que referirse a la cesión universal es indicar la transferencia de una unidad económica. Es decir, una sucesión universal abarcaría la totalidad de los créditos y no de una parte de ellos como sería una cartera. Al menos, así lo entiende la jurisprudencia menor. Concretamente, la SAP de Cantabria de 30 de mayo de 2018<sup>68</sup> expresa: «no se ha demostrado la realidad de una sucesión universal, de la totalidad de los créditos [...]». Más ilustrativo es el AAP de Madrid de 23 de enero de 2018<sup>69</sup> que detalla: «Aunque se trate de la cesión global de una cartera de créditos, el caso no es el de cesión global de activos entre sociedades con la desaparición de una de ellas».

El Tribunal Supremo interpreta que el artículo 1535 se refiere a la venta de un solo crédito (en singular), y no a la venta de una cartera o paquetes de créditos sin individualizar<sup>70</sup> (por precio global). La genérica dicción del precepto no excluye el sentido plural (varios créditos), ya que un texto (más aún decimonónico) no puede prever todos los supuestos, clases y géneros. Si se hubiese redactado en plural (vendándose varios créditos litigiosos) se estaría ante la interpretación contraria y se caería en el absurdo: no cabría el derecho de retracto porque el texto indica una pluralidad. En este sentido, el espíritu decimonónico fue generalizar y sintetizar, con el objeto de poder abarcar el mayor número de supuestos. No porque su redacción sea en singular, solo se puede ejercer el derecho de crédito para aquellos que puedan ser individualizados.

La imposición del requisito de la individualización del crédito para que opere el artículo 1535 del Código Civil ha de considerarse una práctica contraria a los derechos del deudor-consumidor. La falta de individualización del crédito cedido no puede ser una circunstancia atribuible al consumidor y perjudicarlo por una práctica entre cedente y cesionario. A primera vista, podría pensarse que es compleja la fijación del precio de la venta, pero los créditos cedidos pueden ser individualizables mediante una operación matemática de prorrateo, proporcional al precio global nominal pendiente de cobro y nominal pendiente de cobro del crédito cedido<sup>71</sup>. De hecho, normalmente, en los contratos de cesión de carteras de créditos litigiosos, se identifican las cantidades adeudadas por cada deudor cedido (saldo vivo), el capital concedido y el precio que se asigna a cada activo, este último para determinar el importe a satisfacer por el vendedor en caso de activos defectuosos (GIL ROBLES, 2019, 16-24).

La exégesis que hace la jurisprudencia francesa del artículo 1699 del *Code Civil* (antecedente del art. 1535 hispano) es clarificadora. Esta defiende que la cesión en bloque de un gran número de derechos de crédito (en bloque, sin individualización) no es obstáculo para que el deudor pueda ejercer su derecho a la extinción mediante el reembolso, pues en todo caso se permite determinar el precio<sup>72</sup>.

### *C) El derecho del deudor: el reembolso*

La consecuencia jurídica que exhibe el artículo 1535 del Código Civil es el derecho del deudor de extinguir la deuda mediante el reembolso del precio pagado al cedente, los intereses devengados (desde el día en que fue pagado) y las costas ocasionadas al cesionario.

El derecho que menciona el precepto analizado se convierte en un poder de coerción, cuya titularidad corresponde al deudor; capaz de extinguir el crédito

litigioso por confusión de las titularidades del crédito *ex* artículos 1156 y 1192 del Código Civil (NAVARRO PÉREZ, 1989, 88).

#### D) *Plazo de ejercicio*

El plazo que contempla el Código Civil es de nueve días, a contar desde que el cesionario demande el pago. El nuevo titular del crédito tiene que mostrar cierto ánimo en el cobro del crédito, para ello, ha de comunicarse con la parte pasiva de la relación. La jurisprudencia ha habilitado diversas formas: mediante el traslado de copias para la personación del cesionario<sup>73</sup>; el escrito de sucesión procesal<sup>74</sup>; la notificación de la resolución por la que se acuerda la sucesión procesal<sup>75</sup>; o, el primer emplazamiento, en ausencia de notificación de la transmisión de la deuda<sup>76</sup>.

El *dies a quo* se contabilizará desde el momento en que el deudor tenga un conocimiento completo, cumplido o cabal [judicial o extrajudicialmente (NAVARRO PÉREZ, 1989, 124-125)] de todos los extremos que le interesan de la cesión, especialmente: el precio, la forma y el tiempo para el pago<sup>77</sup>. Mientras que el deudor cedido no disponga de tales datos, el derecho no podría materializarse, solo manifestar su voluntad extintiva. El plazo quedará habilitado mientras el crédito continúe considerándose como litigioso.

### 4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

#### A) *Código Civil*

El artículo 1535 del Código Civil se ubica en el título IV «del contrato de compra y venta», capítulo VII «de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales»<sup>78</sup>. El Código Civil distingue al precepto como una modalidad o especialidad de venta o transmisión (el crédito litigioso), necesaria de regulación independiente<sup>79</sup>.

El capítulo, donde se encuadra el precepto, engloba a los créditos y demás derechos incorporales, sin precisarse qué ha de entenderse por estos últimos. Esta rúbrica («de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales») y la línea seguida en el primer artículo del capítulo (el 1526 CC)<sup>80</sup> parece indicar que el objeto de la transmisión a la que se refiere el artículo 1535 del Código Civil engloba tanto al crédito, al derecho como la acción. Algunos autores señalan que el precepto que se estudia no solo se aplica a los créditos, sino a todos los derechos (*ex art.* 1112 CC) que sean transmisibles (DE CASTRO Y BRAVO, 1953, 263). Sería reiterativo que añadiese «vendándose un crédito, derecho o acción, con carácter de litigioso [...]», cuando realmente se está ante la transmisión de créditos y demás derechos tal y como expone la rúbrica del capítulo VII. Del contenido de esta parte del texto, se entiende que han de ser mutuamente puestos en concordancia<sup>81</sup>.

El conjunto de palabras con que se inicia el artículo 1535 del Código Civil es muy significativo: «vendándose un crédito litigioso», el cual, puesto en relación con la regulación general del contrato de compraventa de créditos y demás derechos (arts. 1526, 1527, 1528, 1529, 1530 y 1532 CC), determinaría que es un subtipo de transmisión onerosa. De la redacción del capítulo puede extraerse: *i*) la existencia de una regulación general del contrato de compraventa de créditos

y demás derechos; y, *ii*) unas reglas especiales para otros supuestos: para el caso de venta de herencia (arts. 1531, 1533 y 1534 CC) y para la transmisión cuyo objeto sea calificable de litigioso (regulación en el art. 1535 del Código Civil y las exclusiones en el 1536 CC). Los artículos reguladores de la venta de créditos y demás derechos serían los rectores del contrato entre el vendedor-cedente y el comprador-cesionario. Esto hace que existan dos regímenes: *i*) el que rige el contrato principal que tiene por objeto la compraventa del crédito o derecho (régimen genérico), y *ii*) la regulación concreta para el caso de que la venta tenga por objeto un crédito litigioso (régimen especial).

La estructura expuesta es la que sigue el *Code Civil* francés aunque existan ciertas alteraciones semánticas y terminológicas<sup>82</sup>. El texto galo configura una regulación genérica para la transmisión de créditos y demás derechos incorporales (arts. 1689-1695)<sup>83</sup>, otra para el caso de venta de herencia (arts. 1696-1698) y unas disposiciones específicas para la cesión de derechos litigiosos (arts. 1699 y 1700).

### *B) Normas protectoras del deudor-consumidor*

#### a) Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril

El artículo 17 de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril<sup>84</sup> dispone: «[c]uando los derechos del prestamista en virtud de un contrato de crédito o el propio contrato sean cedidos a un tercero, el consumidor podrá hacer valer ante el nuevo titular las mismas excepciones y defensas que ante el prestamista original, entre ellas el derecho a una compensación si está autorizada en el Estado miembro afectado».

Este precepto vela por el reconocimiento del principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor por la cesión, en consonancia con su considerando (41)<sup>85</sup>. El texto reconoce al consumidor la posibilidad de oponer las mismas excepciones<sup>86</sup> y defensas que tuviese frente al prestamista originario. La redacción faculta al consumidor de hacer valer, frente al cesionario, cualquier derecho u oposición que pudiera ejercitar contra el prestamista, como si la cesión no se hubiese efectuado. A pesar de ello, si nos retrotraemos a un momento *ex ante* de la cesión, no operaría la aplicabilidad del artículo 1535 del Código Civil. Es decir, en la relación entre deudor y prestamista (sin cesión), el consumidor no puede oponer al último el derecho a la extinción de la deuda vía artículo 1535 del Código Civil, ya que solo opera en caso de efecto traslativo. Resulta obvio que el derecho a la extinción de la deuda no puede ser reconocido como derecho ejercitable en el momento previo a la cesión, ya que no existe venta.

La segunda parte del artículo 17<sup>87</sup> aborda la necesaria información al consumidor<sup>88</sup> de la cesión realizada por el prestamista, como reflejo del especial interés en la protección del deudor<sup>89</sup>. El derecho a la información se convierte en un elemento preponderante en la norma: información previa a la contratación<sup>90</sup>; en la ejecución<sup>91</sup>; y en la posterior a la conclusión<sup>92</sup>.

De una exégesis general de la Directiva, se extrae que la información, relativa a la cesión, ha de incluir lo siguiente: *i*) información precontractual y contractual de la posibilidad que tiene el prestamista de ceder su derecho a un tercero ajeno; *ii*) la identidad y dirección geográfica del nuevo acreedor; y *iii*) el procedimiento a seguir para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito.

A nuestro juicio, el consumidor precisaría conocer, tanto previa, durante como después de la perfección del contrato que los derechos derivados de su

relación crediticia pueden ser o han sido traspasados a un tercero ajeno. Así, el considerando (24) declara que: «El consumidor debe ser ampliamente informado antes de la celebración del contrato [...]». Esta previsión genérica no excluye la información relativa a una eventual transmisión del crédito, en beneficio de la protección del deudor.

El artículo 5.1 b) y el artículo 10.2 b) impone la necesidad de especificar la identidad y dirección geográfica del prestamista en el momento de la contratación y previamente. Si la cesión del crédito produce un cambio en el acreedor, el derecho a la información de la transmisión ha de extenderse a la posibilidad de que el prestamista ceda sus derechos a un tercero (información precontractual y contractual); y una vez producida esta, el derecho a conocer tanto la cesión (art. 17.2), como la identidad y dirección geográfica del nuevo titular del derecho de crédito [en relación con los arts. 5.1 b) y 10.2 b)]. Se entiende que el consumidor tiene que tener un conocimiento cabal y amplio de la cesión y las circunstancias relevantes de su relación crediticia. La sustitución del acreedor, el cambio de la titularidad de la relación obligatoria (derechos y obligaciones), resulta de especial relevancia, pues se han de correlacionar con el sustituto del prestamista<sup>93</sup>.

Sin más, el artículo 6.1 g) (información precontractual) y el artículo 10.2 s) (información contractual) determinan la necesidad de informar al deudor del procedimiento y condiciones para poner fin al contrato de crédito. En el supuesto de la cesión del crédito, el deudor debe de conocer a quién debe de pagar y bajo qué condiciones (que no pueden suponer un empeoramiento). Pero se ha de profundizar en si se debe de informar al deudor de la facultad que otorga el artículo 1535 del Código Civil (si cumpliera con sus requisitos). Como norma que es el artículo 1535 del Código Civil, parece no admitir recordatorio, pues existe el deber de conocerla. Sin embargo, se está ante una materia de protección al consumidor; por lo que podría plantearse un amplio derecho de información que abarcara la posibilidad del ejercicio del derecho contenido en el artículo 1535 del Código Civil. Además, el derecho de información del deudor-consumidor ha de incluir el procedimiento a seguir en caso de acogerse a la extinción de la deuda por la vía legal expuesta [arts. 6.1 g) y 10.2 s)].

#### b) Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC)

En el artículo 31 LCC<sup>94</sup> se ha reflejado el contenido del artículo 17 de la Directiva estudiada anteriormente. Las variaciones son escasas. La facultad contenida en el precepto supranacional (el consumidor podrá hacer valer ante el nuevo titular las mismas excepciones y defensas), se convierte en derecho (art. 31) (tendrá derecho a oponer contra el tercero).

De igual forma, el derecho a la información se ha traspuesto en diferentes preceptos de la norma nacional. Se destaca que la información sea tanto previa (capítulo II) como en el momento de la perfección (capítulo IV). En relación a la información previa, el artículo 10 refleja el deber del prestamista de suministrar los datos precisos tanto para comparar con otras ofertas, como para que el consumidor pueda tomar una decisión sobre la suscripción contractual<sup>95</sup>. Como medio para la consecución de lo anterior, puede recurrirse a lo establecido en el artículo 11: unas explicaciones adecuadas del producto, sus características, los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor y las consecuencias en caso de impago.

La norma nacional aboga por la necesidad de que el prestamista proporcione las explicaciones adecuadas sobre los efectos específicos que puede tener la contratación y las consecuencias derivadas del incumplimiento (del pago) (arts. 10 y 11). Una de las consecuencias importantes que se derivan es la facultad que tiene el acreedor de ceder el crédito y, por consiguiente, un cambio en el ámbito subjetivo de la relación obligatoria. Además, si hay que informar de las consecuencias en caso de impago, una de las consecuencias podría ser la cesión del crédito a un tercero. De ahí que, el acreedor deba de poner en conocimiento del deudor-consumidor la posibilidad de cambio en la titularidad de parte activa del crédito. Estos son argumentos para sostener que el deudor-consumidor ha de disponer de suficiente información (previa, durante y posterior a la contratación) de la hipotética cesión del crédito.

La información del traspaso del crédito, realizada posteriormente a la cesión, cobra especial importancia. Pues el deudor no solo debe de conocer a quién tiene que pagar, sino con respecto a qué sujeto se desprenden los derechos y obligaciones del objeto contractual, a quién o contra quién ha de dirigirse en todo lo relativo a la relación obligatoria.

c) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU)

El inicio del artículo 1535 del Código Civil «[v]endiéndose un crédito litigioso [...]» exhibe la necesaria existencia de una relación crediticia *ex ante* a la enajenación del crédito. Es obvio que una relación de crédito entre el acreedor y deudor puede ser catalogada de consumo, en virtud del artículo 2 y 3 TRLGDCU<sup>96</sup>, en relación con la Ley 16/2011, de 24 de junio.

Una vez producida la cesión y, por tanto, el cambio en la titularidad del crédito, el nuevo acreedor seguirá siendo empresario, ya que su actividad comercial o empresarial se ciñe al negocio de la compra de créditos<sup>97</sup>. En principio, la relación de consumo entre el cesionario y deudor cedido no tiene porqué variar tras la cesión. El consumidor conservaría sus derechos desde el momento previo a la contratación (derechos precontractuales, *v.gr.* información), hasta el momento de la extinción de la relación crediticia o incluso, en ocasiones, más allá de la conclusión<sup>98</sup>.

Varios son los aspectos que pueden destacarse del TRLGDCU: *i*) el derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales del consumidor [art. 8 b)]; *ii*) su derecho a la información [art. 8 d), 17, 20 y 60]; y *iii*) las cláusulas abusivas y prácticas no consentidas expresamente (Título II).

La protección de los legítimos intereses económicos y sociales del deudor (consumidor cedido) pueden encontrarse en entredicho. El artículo 8 b) TRLGDCU<sup>99</sup> no ofrece mayor explicación sobre este derecho, que cataloga como básico. El consumidor, cuyo crédito es cedido a un tercero por un precio muy inferior a la deuda nominal (para seguir reclamándose el total), en determinadas ocasiones, puede parecer que no exista una clara protección de sus intereses económicos. La operación de compraventa de créditos a bajo coste, para seguir reclamándose el importe original, puede ser considerada de especulativa y, en ciertas ocasiones, abusiva. A nuestro juicio, el cesionario, mediante una simple operación de compraventa (a precio muy inferior), obtendría un suntuoso beneficio, que puede poner en entre dicho el interés económico del consumidor *ex* artículo 8 b)<sup>100</sup>.

Puede pensarse que el consumidor mantiene su posición económica, ya que se le seguiría demandando el importe de la deuda que mantenía con el acreedor

de origen. Sin embargo, la venta realizada podría debilitar su posición económica; no habría nadie más interesado que el deudor para comprar el crédito. La mejor forma de proteger el interés económico del consumidor en la cesión del crédito es la posibilidad de acudir al artículo 1535 del Código Civil por remisión del artículo 19.1 TRLGDCU (aplicabilidad de las normas civiles, mercantiles, y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas, para hacer valer el respeto a los legítimos intereses económicos y sociales).

En muchas ocasiones, el derecho a la información no es respetado en las operaciones de venta de créditos litigiosos. Al deudor-consumidor no se le informa correctamente, no solo de los bienes o servicios que va a contratar, sino del eventual cambio de acreedor mediante una operación de cesión de su crédito a un tercero y, que este, se realizará a bajo precio. Consideramos que, en interpretación de las normas de consumo, hasta ahora analizadas, se debe de informar al consumidor de ello antes, durante y posterior a la contratación. Además, la renuncia a este derecho habría de calificarse como nula —*ex* artículos 86.4 y 7 TRLGDCU<sup>101</sup>.

La operación de compraventa de créditos es un hecho jurídico y económico relevante para los intereses del deudor (art. 60.1), puesto que se derivarían derechos y obligaciones con un tercero ajeno a su voluntad inicial manifestada.

El TRLGDCU, por otro lado, considera de especial relevancia la identidad del empresario [art. 60.2 b)]<sup>102</sup>. Resulta lógico que, si existe un cambio en la titularidad activa del crédito, se informe al consumidor, en el momento en que se conozca, del nuevo acreedor que gestionará el crédito cedido y con el que se deberá entablar toda relación.

Otra de las cuestiones que se han planteado por los agentes jurídicos<sup>103</sup> es si la cesión de créditos, en la que intervienen consumidores, es contraria a la Directiva 93/13/CEE<sup>104</sup>. La STJUE de 7 de agosto de 2018 declara acertadamente que la Directiva solo es aplicable en caso de cláusulas abusivas que consten en un contrato y no a una práctica empresarial amparada en una norma legal (la transmisión se lleva a cabo con fundamento en las disposiciones del Código Civil). El contrato objeto de análisis por el TJUE no contemplaba en su clausulado la cesión a un tercero del crédito ni facultaba a los consumidores a extinguir la deuda. Así, las cláusulas contractuales que reflejasen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarían sometidas a las disposiciones de la citada Directiva (considerando 13 y art. 1.2).

Sin embargo, el TJUE deja claro que la cesión o venta de créditos es una práctica empresarial. Este tipo de prácticas podrían ser sometidas a discusión conforme a las normas nacionales de consumo. De hecho, el artículo 82 TRLGDCU distingue entre estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas expresamente. El deudor no tiene porqué emitir un consentimiento sobre la cesión, pero sí ha de estar debidamente informado del nuevo titular del crédito y sobre el que se van a derivar derechos y obligaciones.

La cesión de crédito (litigioso) como práctica empresarial (según el TJUE) queda amparada por el ordenamiento jurídico nacional. Así, no podría considerarse una *praxis contra legem*. Pero lo que sí parece claro es que dicha práctica empresarial deba respetar el ordenamiento de consumo. Debe plantearse ante los tribunales que la cesión de créditos litigiosos no casa correctamente con los principios inspiradores del Derecho de consumo y que una interpretación restrictiva del artículo 1535 del Código Civil podría infringir los pilares más fundamentales de esta parte del ordenamiento.

d) ORDEN MINISTERIAL EHA 2899/2011, de 28 de octubre

En el ámbito de los servicios bancarios, los clientes (sean o no consumidores)<sup>105</sup> son objeto de especial protección mediante el necesario cumplimiento de ciertas medidas de transparencia. La orden ministerial EHA 2899/2011, de 28 de octubre<sup>106</sup> tiene por objeto garantizar un adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito<sup>107</sup>. Su ámbito de aplicación englobaría a aquellos servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes por las entidades de crédito<sup>108</sup>, entre los que se encontrarían los crediticios.

El artículo 33 de la orden ministerial aborda la aplicabilidad del título I y capítulo I del título III en lo no previsto en la LCC. De estos, se considera relevante destacar tres preceptos: el artículo 6 (referente a la información precontractual), el artículo 7 (relativo a la información contractual) y el artículo 9 (explicaciones adecuadas). Este conjunto de normas alude al reiterado derecho de información (que contienen las normas de consumo). La finalidad de este conjunto de preceptos radica en que el destinatario de los servicios bancarios debe conocer toda la información concerniente a su relación contractual, para poder adoptar una decisión lo más acorde a sus intereses y necesidades. Para su consecución, las entidades de crédito tienen que facilitar al cliente unas explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales del contrato y las consecuencias que le comporta (art. 9), deber que se ha de materializar *ex ante* y durante la contratación.

El deber de información, conforme al espíritu de la orden ministerial, comporta el mantenimiento del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (BLÁZQUEZ MARTÍN, 2016, 88). En primer lugar, porque el deudor tiene que saber quién es el nuevo titular de la relación obligatoria para poder ejercitar los derechos y obligaciones derivados del contrato (*v.gr.* el pago). En segundo lugar, habrá deudores que, si conocen que el crédito puede transferirse a un tercero, que lo adquiere por un precio inferior y, que le seguirá reclamando el importe íntegro, quizás, no lo hubieran concertado. Y es que el efecto (psicológico) sobre el deudor es distinto si se vende el crédito al mismo importe de lo adeudado, que si se hace por una cantidad muy inferior al nominal. En definitiva, de la orden ministerial se deriva que el derecho de información (precontractual y contractual) debería de abarcar a la posible cesión que modificará la titularidad del crédito.

Lo anterior queda reforzado por el contenido del artículo 8.1 («comunicaciones al cliente») de la citada Orden. El citado precepto muestra la importancia de la comunicación por parte de las entidades de crédito sobre cualquier servicio bancario. El artículo 8.1 muestra la necesidad de que el consumidor conozca cualquier cambio que se produzca en el crédito que adeuda, sin «omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante»<sup>109</sup>. A nuestro juicio, por los motivos que se han ido exponiendo a lo largo del trabajo, la operación de cesión de un crédito litigioso es una información de especial relevancia.

C) *La protección del deudor en otros ámbitos (ajenos al de consumo)*

a) Código de Comercio

Resulta, al menos llamativo, que en determinados ámbitos exista una especial preocupación en la protección del deudor cedido, independientemente de su condición de consumidor. En la legislación mercantil, el artículo 347 CCom<sup>110</sup>

(para los créditos mercantiles no endosables ni al portador) permite al acreedor la transferencia del crédito, con la condición de poner en conocimiento del deudor de la cesión realizada<sup>111</sup>. Esto tiene como finalidad que el deudor conozca al nuevo titular del derecho a quien tiene que pagar, quedándose obligado con el nuevo acreedor en virtud de la notificación. Esto garantiza la liberación del pago en caso de satisfacción del crédito al acreedor originario por desconocimiento de la cesión (ALBIEZ DOHRMANN, 2017, 2847).

b) CARIT, Principios de UNIDROIT, PECL y DCFR

a) CARIT

La importancia de la protección del deudor se ha puesto de manifiesto en diferentes instrumentos internacionales. En el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas de cesión de créditos en el comercio internacional (CARIT)<sup>112</sup>, se advierte de la necesidad de velar por una adecuada protección a los intereses del deudor en caso de cesión de créditos (en el ámbito del comercio internacional)<sup>113</sup>.

La citada Convención exhibe claramente la idea de proteger al deudor cedido [principio de protección del deudor (art. 15)], introduciéndose reglas que tienden a mantener su posición y sin que la cesión lo agrave (REPRESA POLO, 2011, 55). Son diferentes los preceptos de CARIT que exhiben esa columna central de la protección del deudor<sup>114</sup>: principio general de no empeoramiento de la posición jurídica del deudor por la cesión (art. 15)<sup>115</sup>; la notificación de la cesión e instrucciones para el pago (art. 16 y sigs.); y, la oposición de excepciones o derechos de compensación (art. 18) (MORÁN BOVIO, 2013, 1207-1220).

b') Principios de UNIDROIT

El capítulo 9, Sección 1.<sup>a</sup> de los Principios de UNIDROIT rubrica la cesión de créditos<sup>116</sup>. Del conjunto de preceptos que se contienen es importante destacar que: no es preciso forma, ni intervención del deudor para la eficacia del cambio de titularidad del crédito (art. 9.1.7). Sin embargo, sí es determinante que se notifique al deudor la cesión para que este pueda liberarse del pago<sup>117</sup>, considerándose el único pago liberatorio el que es realizado al deudor (art. 9.1.10. 2.º), sin perjuicio del reembolso por parte del cedente (art. 9.1.15). Por otro lado, el artículo 9.1.12 refuerza la protección del deudor al legitimarle para solicitar la prueba de la cesión realizada, pudiéndose suspender el pago hasta que se le suministre o sea suficiente (MORÁN BOVIO, 2016, 1566).

Otras de las cuestiones destacables de los Principios de UNIDROIT es el artículo 9.1.6. Este precepto muestra la necesidad de que los créditos de una cesión en bloque puedan ser identificados o identificables. La previsión contempla la eventual cesión un conjunto o cartera de créditos sin especificación individual (global o en bloque), «siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere». Es decir, los créditos cedidos tienen que poder ser identificables, bien en el momento de la cesión o en el supuesto de cesiones futuras, cuando llamen a existir<sup>118</sup>.

c') PECL y DCFR

Por otro lado, la cesión de créditos es objeto de regulación tanto en los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) como en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). De los primeros deben exhibirse dos aspectos: i) la prohibición de empeorar la situación del deudor por la cesión (art. 11: 307); y, ii) la puesta en conocimiento por escrito de la cesión al deudor, identificándose el crédito y advirtiéndose la obligación de pago ante el cesionario. El DCFR también recoge el principio de no empeoramiento de la situación del deudor por el cambio de titularidad, pero no se exige la notificación de la cesión como requisito, sino que es el deudor el que en determinadas circunstancias la puede exigir (III.-5: 119 y 120).

La exposición anterior pone de relieve la especial protección del deudor manifestada en otros ámbitos y proyectos, algunos incluso de un marcado carácter mercantil. Si en disciplinas ajenas al consumo se protege con cierta importancia la posición del deudor, ¿cómo ha de ser la protección de aquel que se considere consumidor?

D) Otras manifestaciones (regionales) del «derecho de retracto»

a) Cataluña

La primera manifestación del derecho de retracto en la comunidad autónoma de Cataluña se produjo con la disposición adicional de la Ley 24/2015, de 29 de julio<sup>119</sup>. El legislador autonómico mostraba en la exposición de motivos la realidad social de la vivienda: sobreendeudamiento hipotecario, ejecuciones hipotecarias, desahucios y deudas exorbitantes con las entidades financieras.

La pretensión fue la dotación de cierta protección al deudor-consumidor que garantizaba el crédito concedido con la propia vivienda, quien no solo podía verse privado de ella, sino que lo pendiente solía ser cedido a precios mínimos a fondos oportunistas que reclamarían el total nominal.

Bajo estos razonamientos, la norma estableció unas previsiones particulares en caso de cesión de créditos (garantizados con la vivienda). Por un lado, la disposición habilitaba al acreedor a ceder el crédito que tuviera contra el deudor si había sido garantizado con la vivienda del deudor y este fuese un consumidor; y por otro, cuando esta cesión se hiciera a título oneroso, el deudor tendría derecho a la extinción de la deuda abonando al cesionario el precio pagado al cedente, más los intereses y gastos.

Sin embargo, estas previsiones duraron poco tiempo. La disposición adicional fue declarada inconstitucional mediante la STC de 31 de enero de 2019<sup>120</sup>, por regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado (149.1.6 y 8 CE). El máximo intérprete de la Constitución entiende que la disposición adicional establecía un régimen jurídico sustantivo, relativo al importe que debe pagar el deudor para liberarse del crédito. A pesar de responder a una finalidad protectora de los consumidores, se produce con claridad un «*novum* en el contenido contractual», esto es, en los «derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas»<sup>121</sup>.

La segunda de las manifestaciones se produce con ocasión de la modificación del artículo 569-28 del libro V del CCCat<sup>122</sup> por la Ley 3/2017, de 15 de febrero<sup>123</sup>. Dicha reforma añade al precepto un segundo párrafo, referente a la cesión del crédito hipotecario, sin regular el derecho de retracto.

El legislador autonómico introduce la obligación de información al deudor (y, en su caso, al titular registral del bien hipotecado) como requisito para la legitimación del cesionario, cuando el crédito o préstamo hipotecario ha sido cedido. Además, impone el contenido de la comunicación (precio o valor del derecho convenido entre cedente y cesionario; y las condiciones esenciales de la cesión) y declara nula la renuncia del deudor a esta (se configura como un derecho de información a la parte débil).

Esta nueva previsión también ha sido objeto de revisión constitucional. Esta vez, el TC (STC de 13 de noviembre de 2019)<sup>124</sup> no declara la inconstitucionalidad de la modificación del artículo 569-28 CCCat, aunque, a simple vista, el precepto parezca tener cierta similitud con la disposición adicional de la Ley 24/2015, de 29 de julio. El nuevo artículo 569-28 CCCat no establece un régimen jurídico homólogo a la facultad de retracto del deudor. Tampoco incide en el contenido de la relación contractual entre cedente y cesionario como hizo la disposición adicional. En esta última reforma, lo pretendido por el legislador es la dotación de una mínima protección al deudor-consumidor hipotecario que experimenta la cesión de su crédito, exigiéndose la obligación de información del precio pagado y las condiciones de la cesión del crédito que grava la vivienda (SÁNCHEZ GARCÍA, 2018, 1-15), sin establecer un régimen jurídico propiamente de retracto<sup>125</sup>.

#### b) Navarra

El Fuero Nuevo<sup>126</sup>, sustancialmente reformado por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril<sup>127</sup> y sometido a revisión constitucional<sup>128</sup>, recoge en el libro IV ([d]e las obligaciones, estipulaciones y contratos), título I ([d]e las obligaciones en general), capítulo VIII ([d]e la cesión de las obligaciones), la Ley 511<sup>129</sup>, relativa a la cesión de créditos.

El párrafo 1.º de la Ley 511 ha permanecido intacto con respecto a su redacción original, regulándose tanto la cesión de créditos como el retracto del crédito cedido. La cesión a la que se refiere la norma es genérica, sin hacer mención al vocablo crédito litigioso, «el acreedor puede ceder su derecho contra el deudor [...]». Esta previsión tan abstracta hace que su objeto abarque la transmisión de cualquier derecho, independientemente de sus características o naturaleza.

La norma foral permite que la cesión pueda realizarse a título gratuito u oneroso. Solo en el último caso, «el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y gastos que hubiere ocasionado la reclamación del crédito». Esta viene a ser la consecuencia jurídica de toda cesión por la que se ha recibido contraprestación, con un único requisito: la cesión de un derecho (cualquiera) contra el deudor a título oneroso. Es patente que estas previsiones suponen una importante limitación a la libertad de disposición que no se ajustan al ordenamiento jurídico.

Ante la generalidad de la norma, la jurisprudencia ha limitado el ámbito de aplicación de la Ley 511 a la esfera estrictamente civil, excluyéndose los contratos mercantiles<sup>130</sup>.

Los tres párrafos siguientes añadidos *ex novo* fueron motivados por los cambios sociales y económicos producidos por la crisis económica, y el consecuente aumento de las reclamaciones de cantidad y venta de créditos<sup>131</sup>.

A la redacción original se le adhiere la obligación del cedente de notificar fehacientemente la cesión al deudor (con indicación expresa e individualizada de la identidad y domicilio del cesionario y del precio abonado por su crédito);

el cauce procesal para el ejercicio del derecho (proceso declarativo o ejecutivo); y, en caso de haberse iniciado el procedimiento de ejecución, la obligación del órgano judicial de requerir al cedente para que manifieste el precio de la cesión con objeto de que el deudor pueda ejercitar su derecho de reembolso.

Resulta patente que la reforma realizada por el legislador foral se inspira en el artículo 1535 del Código Civil, como así se expone en la propia exposición de motivos. La existencia de este ventajoso marco jurídico para el deudor navarro, sitúa al resto de territorios en una clara desigualdad. La obligación de comunicación de la cesión lleva aparejada la necesidad de indicar no solo la identidad y domicilio del cesionario, sino el precio pagado al cedente, lo que permite la individualización; además, se habilitan ampliamente los cauces para ejercer el derecho de reembolso (acción, excepción u oposición): tanto en un proceso declarativo, como en uno ejecutivo; y existe un sometimiento previo al control judicial (para que el deudor manifieste el precio de la cesión). La pretensión es clara: suplir —en lo no regulado por la redacción de origen de la Ley 511— el contenido del artículo 1535 del Código Civil y, así, evitar su eventual aplicación.

A diferencia de lo establecido en el artículo 569-28 CCCat, la norma foral no solo prevé la notificación de la cesión al deudor, sino que establece cuándo el deudor puede ejercitar su derecho (cauce procesal) y la imposición al órgano judicial de la obligación de requerimiento al cedente para manifestar el precio de la cesión. La primera (información al deudor), no presenta inconveniente, pero si se analiza el conjunto del precepto, la Ley 511 es un nuevo cauce de retracto de créditos que deja vacía de contenido la eventual aplicación supletoria del artículo 1535 del Código Civil, el cual solo operaría (supletoriamente) para el plazo de ejercicio del derecho.

El legislador navarro, a diferencia del catalán, no pretende proteger al deudor hipotecario mediante el derecho a la información, sino introducir una reforma integral que rehuya de las estrictas y rígidas interpretaciones del artículo 1535 del Código Civil. Es decir, se parte de la redacción originaria para establecer los cauces que hagan efectivo un verdadero derecho de retracto sobre cualquier derecho que se tenga contra el deudor, estableciéndose su cauce y forma. No obstante, habrá que esperar a la decisión del Tribunal Constitucional.

### III. REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA NECESARIA PROTECCIÓN DEL DEUDOR-CONSUMIDOR

A modo de resultado, en análisis de lo anterior, es de interés abordar si la actual interpretación jurisprudencial y, por ende, la aplicación del artículo 1535 del Código Civil resulta conforme a los principios y finalidades marcadas en el ordenamiento de consumo.

La evolución histórica-legislativa del precepto muestra su espíritu de origen y finalidad: poner límites a la compraventa de créditos en litigio a bajo coste. Esta realidad ha de catalogarse como práctica empresarial no consentidas por el consumidor. Principalmente, porque este no es parte en la relación jurídico-contractual entre cedente y cesionario y, en segundo lugar, porque no se le informa o pide autorización para la cesión.

La cesión de créditos litigiosos a bajo coste supone cierto desequilibrio en la posición económica del consumidor respecto al nuevo titular del crédito. Esta descompensación o desequilibrio afecta, en cierta medida, a los intereses económicos y sociales del consumidor *ex* artículo 8 TRLGDCU [debilita su posición

económica y sus intereses (nadie mejor que él tiene interés en la adquisición del crédito al precio ofertado al cesionario).

De ordinario, los contratos de préstamos contienen cláusulas preestablecidas de cesión del crédito litigioso, estipulaciones predispuestas que, en muchas ocasiones, vetan el derecho del consumidor de que se le informe de la cesión de su crédito. Es decir, se pacta una renuncia al derecho a ser notificado o informado de la cesión, pacto abusivo por limitar el derecho a la información de la cesión y el cambio en la titularidad acreedora del crédito [art. 84.2 b) TRLGDCU]. La información sobre la existencia de una cláusula de cesión del crédito litigioso resulta de especial relevancia, ya que la compraventa del crédito afecta a un tercero (consumidor), considerándose un hecho jurídico y económico relevante a los efectos de lo dispuesto en el artículo 60.1 TRLGDCU. La declaración de abusividad de las cláusulas de cesión del crédito en los contratos originarios, traerá de suyo la nulidad *ex* artículo 83 TRLGDCU. La cuestión estriba en determinar si como consecuencia de la declaración de nulidad de una estipulación del contrato originario de préstamo, ha de considerarse ineficaz la cesión del crédito, la cual debió ser informada previamente a la contratación y en el momento de la cesión [*ex* arts. 8 d), 17, 20, 60 y 60.1 TRLGDCU; art. 10 LCC]; problema que se deja para posteriores trabajos.

El mecanismo jurídico para la protección del deudor-consumidor frente a la cesión del crédito litigioso existe en nuestro ordenamiento, radica en el artículo 1535 del Código Civil. Lo que ocurre es que la estricta interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, con la exigencia de condicionantes no establecidos en el precepto (individualidad y la condición de litigiosidad circunscrita exclusivamente al proceso ordinario), limita a escasos supuestos su aplicación. La idea se centra en poner de relieve al juzgador las posibles infracciones que supone la cesión del crédito litigioso al ordenamiento de consumo y, la posición en que se sitúa el propio consumidor respecto al cedente y cesionario.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El espíritu de origen del artículo 1535 del Código Civil se remonta a la época romana. La *voluntas legislatoris* era acabar con la situación especulativa en la compraventa de *res litigiosae*. Así, se comenzó a limitar este tipo de negocios que situaban a una de las partes en una situación más débil.

La relación más directa con el ordenamiento romano se encuentra en el *Code Civil* de 1804. Los comentaristas galos de la época entienden que la finalidad del artículo 1699 francés radicaba en la puesta de límites a la compraventa de derechos litigiosos, motivado por los acontecimientos sociales producidos (reuelta de *Vivarais*).

Los redactores del Proyecto de Código Civil de 1836 toman la literalidad del artículo 1699 y 1700 del *Code* napoleónico. Redacciones posteriores fueron variando determinados aspectos semánticos del precepto. Esto hace que la esencia y fundamento de origen se siga manteniendo: reprimir o limitar las conductas especulativas de los compradores y vendedores de derechos, créditos o acciones sometidas a controversia.

II. Resulta evidente que el contexto económico-social actual dista mucho del erigido en el s. XIX. El auge de la cesión de carteras de créditos fallidos o con poca solvencia ha hecho renacer la aplicabilidad de una institución dormida (la del art. 1535).

El nuevo panorama, creado por la sobrefinanciación y la crisis económica, ha generado una práctica empresarial: la venta de carteras de créditos fallidos, normalmente entre entidades mercantiles y sectores especializados.

III. La redacción genérica del precepto muestra la voluntad del legislador: poder abarcar una pluralidad de supuestos (créditos, derechos, acciones; en discusión judicial, en cualquier procedimiento; varios o uno). Esto es así porque la finalidad era clara: acabar con la especulación y la situación de vejación a la que se enfrentaba el deudor.

IV. La jurisprudencia ha efectuado añadiduras no contenidas en el tenor literal de la norma: momento y cauce para entender el crédito como litigioso y la necesidad de individualización. Posturas difíciles de sostener por el desapego a la finalidad y fundamento de origen del precepto.

Cuando la doctrina jurisprudencial exige el añadido de la individualización para que opere el derecho del deudor, está efectuado una interpretación restrictiva. Ampararse en el término singular (un crédito) que emplea para señalar que ha de ser individualizado, lleva al absurdo. Queda fuera de toda lógica que las normas prevean todo género y número, más aún cuando se está ante una de hace más de 130 años.

La solución adoptada por la jurisprudencia francesa, en interpretación del artículo 1699 *Code Civil* (antecedente del 1535), resulta muy relevante. A este respecto, se ha indicado que el «derecho de retracto» del deudor no debe quedar a la venta en bloque, pues los créditos pueden ser fácilmente individualizables con sencillas operaciones matemáticas. Además, los términos que emplea el artículo 1699 *Code Civil* son en singular («derecho litigioso») al igual que el 1535 patrio y, no por ello, la jurisprudencia gala se ha decantado por excluir la cesión de una pluralidad de créditos.

V. La cesión de créditos debe considerarse como una práctica empresarial amparada en una norma legal (art. 1112 CC), pero esto es óbice para que se vulneren otras normas del ordenamiento (*v.gr.* el Derecho de consumo).

El deudor-consumidor tiene derecho a ser informado (en el momento previo a la contratación, durante y posterior) de la eventual cesión de su crédito y del consecuente cambio en la titularidad del acreedor. Este derecho, previsto en las normas de consumo, ha sido reconocido en otros ámbitos u ordenamientos ajenos al consumo (*v.gr.* ámbito mercantil). Es decir, la realidad normativa muestra que, en ámbitos ajenos al consumo y cercanos al mercantil, el deudor se encuentra con una relevante protección. Así, por ejemplo, si un deudor mercantil tiene derecho a ser informado de la cesión del crédito, más razón tiene cuando el deudor es un consumidor.

VI. La concertación de un crédito, donde una de las partes es consumidora, sin informar al deudor (en las tres fases) de que eventualmente puede enfrentarse a una cesión de crédito, vulnera el derecho a la información y podría reputarse como práctica empresarial abusiva.

Otros ordenamientos supranacionales y regionales se han hecho eco de la situación de desventaja en la que se enfrenta el deudor cedido. La protección de este (sin distinción) en otros proyectos supranacionales es patente (*CARIT, UNIDROIT y PECL*). De igual forma, se han previsto reformas legislativas regionales, alguna de las cuales exceden del ámbito competencial territorial, que colocan al deudor en una posición privilegiada con respecto a otros territorios que se rigen por el artículo 1535 del Código Civil. Estas manifestaciones son una llamada de atención al legislador nacional, o más bien a la labor jurisdiccional para un cambio de postura.

La completa exégesis del artículo 1535 del Código Civil lleva a determinar que el deudor-consumidor podría exigir la extinción de su crédito, derecho o acción litigiosa mediante el reembolso al cesionario del precio, las costas e intereses, independientemente del proceso por el que se discuta y el número de elementos (sea uno o una cartera) que lo compongan (requisitos exigidos por la jurisprudencia).

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 7 de agosto de 2018
- STC de 21 de septiembre de 2004
- STC de 24 de mayo de 2018
- STC de 31 de enero de 2019
- STC de 13 de noviembre de 2019
- STS (1.ª) de 14 de febrero de 1903
- STS (1.ª) de 8 de abril de 1904
- STS (1.ª) de 16 de diciembre de 1969
- STS (1.ª) de 11 de enero de 1983
- STS (1.ª) de 12 de noviembre de 1992
- STS (1.ª) de 19 de febrero de 1993
- STS (1.ª) de 5 de noviembre de 1993
- STS (1.ª) de 20 de febrero de 1995
- STS (1.ª) de 1 de octubre de 2001
- STS (1.ª) de 15 de julio de 2002
- STS (1.ª) de 26 de septiembre de 2002
- STS (1.ª) de 18 de julio de 2005
- STS (1.ª) de 25 de enero de 2008
- STS (1.ª) de 31 de octubre de 2008
- STS (1.ª) de 16 de diciembre de 2009
- STS (1.ª) de 13 de octubre de 2014
- STS (1.ª) de 1 de abril de 2015
- STS (1.ª) de 13 de septiembre de 2019
- STS (1.ª) de 5 de marzo de 2020
- STS (1.ª) de 5 de marzo de 2020
- SAP de Navarra, de 10 de marzo de 1983
- SAP de Navarra, de 4 de febrero de 1987
- SAP de Navarra, de 30 de enero de 2009
- SAP de Almería, de 5 de febrero de 2010
- SAP de Madrid, de 26 de noviembre de 2013
- SAP de Madrid, de 26 de junio de 2014
- SAP de Córdoba, de 16 de marzo de 2015
- SAP de Madrid, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2016
- SAP de Madrid, de 6 de marzo de 2017
- SAP de Madrid, de 16 de enero de 2018
- SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2018
- SAP de Cantabria, de 30 de mayo de 2018
- SAP de La Coruña, de 26 de noviembre de 2018
- SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de 2018
- SAP de Pontevedra, de 5 de febrero de 2019
- SAP de Madrid, de 11 de febrero de 2019

- SAP de Cáceres, de 20 de febrero de 2019
- SAP de Valencia, de 22 de febrero de 2019
- SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2019
- AAP de Jaén de 29 de noviembre de 2017
- AAP de Madrid de 23 de enero de 2018.
- AAP de Jaén, de 24 de enero de 2018
- *Civ.1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005 (Cour de Cassation); 4 juin 2007*
- *Civ.1<sup>re</sup>, 21 octobre 2020 (Cour de Cassation)*

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones (Vol. II)*. 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2017). El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2843-2870.
- ARÉVALO CABALLERO, W. (2007). Evolución de la cesión de créditos desde el derecho clásico al derecho justiniano, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 9 diciembre, 1-22.
- BERGES ANGÓS, I. (2016). El derecho de retracto en la cesión de créditos a fondos buitre, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 925, 1-2.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2016). La precaria posición del deudor en las cesiones de carteras de créditos: prácticas abusivas, abuso de derecho y retraso desleal en el ejercicio de los derechos de reclamación, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 85, marzo, 82-92.
- CARRASCO PERERA, Á. (2019). Sobre el retracto de créditos litigiosos en las cesiones globales, *Análisis*, marzo, 1-4.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La cesión de créditos*. Madrid: Dykinson.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1953). Cesión de crédito litigioso: Aplicación del artículo 1535 del Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, 259-268.
- DESJARDINS, A. (1870). *Du retrait de droits litigieux*. En: Ch. Demangeat, Ballot, E. Ellivier, *Revue pratique de Droit français, jurisprudence, doctrine, législation*, Tome 29. París.
- DÍAZ ALABART, S. (2016). Introducción: la contratación con consumidores. En AA.VV., *Manual de Derecho de consumo*. Madrid: Reus.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1972). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ BELZUNEGUI, P. (2018). Recepción de la Lex Anastasiana en el Código Civil y en la jurisprudencia estatal (y autonómica) y europea, *Iura Vasconiae*, núm. 15, 357-378.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Madrid.
- GARCÍA ORMAECHEA Y MENDOZA, R. (1928). *Jurisprudencia del Código Civil (1889-1926)*, Madrid.
- GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2017). La resurrección del retracto y el derecho de consumo. Cuestiones procesales y sustantivas, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 58.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1990). La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes, *ADC*, Vol. 43, núm. 4, 1093-1188.

- (1991). El sistema codificado francés de cesión de créditos, ADC, 487-552.
- (1993). *La cesión de créditos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIL ROBLES, J.M. (2019). Distress debt y NPLS. Compraventa de préstamos y de carteras de préstamos litigiosos, *Revista Española de Capital Riesgo*, octubre-diciembre, Año XIV, 4/2019, 5-39.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863). *Código o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo II, Madrid.
- KASER, M. (1982). *Derecho romano privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Santa Cruz Teijeiro, J. (trad.). Madrid: Reus.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 11.<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson.
- LASSO GAITE, J.F. (1970). *Crónica de la Codificación española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., CASASOLA, J.M., y TORRES CASERO, J.A., (2017) *La cesión y titulación del crédito hipotecario. Efectos sobre la ejecución*. Madrid: Wolters Kluwer.
- LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2020). En torno a la interpretación jurisprudencial del retracto de crédito litigiosos [a propósito de la STS (1.<sup>a</sup>) 151/2020, de 5 de marzo], *Revista de Derecho Privado*, sept-oct, núm. 5, 83-103.
- MACKELDEY, F. (1845). *Elementos del Derecho Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid.
- MANRESA NAVARRO, J.M. (1919). *Comentarios al Código Civil español*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Reus.
- MARSAL GUILLAMET, J. (2009). Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 81, Pamplona.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). El acceso al proceso de ejecución de las cesiones de créditos en masa a los llamados fondos buitres, *Diario La Ley*.
- MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (1992). *La cesión del crédito*. México: Universidad Veracruzana.
- MORÁN BOVIO, D. (2013). Excepciones oponibles y derechos de compensación en CARIT. En AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). La cesión de créditos en los Principios de UNIDROIT, en AA.VV., *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honor of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, Vol. 2. Roma: UNIDROIT.
- (2011). Régimen del deudor: máximo grado de aplicación en CARIT (*Convention on Assignment of Receivables in International Trade*), en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- MOYA FERNÁNDEZ, A.J., PÉREZ-PUJAZÓN, E., TRIGO SIERRA, E., (2016). Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulación, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 48-64.
- NAVARRO PÉREZ, J.L. (1989). *El retracto de créditos litigiosos*. Granada: Comares.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). Comentario a los artículos 1526 a 1536 del Código Civil. En AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- PEDREGAL Y CAÑEDO, M. (1889). *Texto y comentarios al Código Civil español*, Tomo II, Madrid.
- POTHIER, R.J. (1762). *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for EXTÉRIEUR*, TOME 2, DEBURE, PARIS.
- PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch.

- REDONDO TRIGO, F. (2018). Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770.
- RÉGNÈ, J. (1916). *Les prodromes de la Révolution dans l'Ardèche et le Gard: Une relation inédite de la Révolte des masques armés dans le Bas-Vivarais, 1782-83*, Largentière.
- REPRESA POLO, M.P. (2009). Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio, *Indret*, núm. 2, mayo, 2-33.
- ROCAFORT, G. (2016). El papel de los fondos buitres en los ciclos crediticios de economía en recesión: Aportes para un análisis bajo la escuela austríaca, *Revista Europea de Economía Política*, Vol. XIII, núm. 1, 329-340.
- RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A. (1776). *Digesto teórico-práctico*, Madrid.
- ROMERO GARCÍA-MORA, G. (2010). Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraible, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1-20.
- (2020). *Venta de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUBIO TORRANO, E. (2017). El artículo 1535 del Código Civil. Un viejo actor para nuevos papeles, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2018). Comentarios al artículo 569.28.2 del Código Civil de Cataluña sobre la cesión de créditos hipotecarios, *Revista de Derecho vLex*, núm. 165, febrero, 1-15.
- SCHNETZLER, J. (1991). *L'affaire des Masques armés de 1783 en Haut-Uzège et Bas-Vivarais*, Revue du Vivarais.
- SOLER SOLÉ, G. (2015). Cesión de cartera de créditos litigiosos (subrogación procesal y derecho de retracto del deudor), *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, septiembre.
- TROPLONG, R.T. (1836). *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente, ou commentaires du Tit. VI du Liv. II du Code Civil*, Bruxelles.
- VELASCO-PERDIGONES, J.C. (2021). El derecho de retracto en la cesión de créditos litigiosos: el artículo 1535 del Código Civil. En AA.VV., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., BLANDINO GARRIDO, M.A., DE BARRÓN ARNICHES, P., *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters (505-530).

## NOTAS

<sup>1</sup> El nacimiento de una nueva realidad en el mercado: la compraventa de deudas de dudoso cobro —*non performing loans (NPLES)*— por un sector especializado y profesionalizado, frente a deudores personas físicas y/o pequeñas y medianas empresas, que en muchos casos podrían actuar como consumidores. *Vid.* GIL ROBLES, J.M. (2019). DISTRESS DEBT y NPLES. Compraventa de préstamos y de carteras de préstamos litigiosos, *Revista Española de Capital Riesgo*, octubre-diciembre, Año XIV, 4/2019, 6-8.

<sup>2</sup> *Ibidem*, 7.

<sup>3</sup> El Derecho forma un todo, y para conocer el sentido de una norma, hay que valorarla, necesariamente, dentro de la plenitud del ordenamiento. La legislación de consumo, no prevista en el ordenamiento decimonónico, ha de ser tenida en cuenta cuando se analiza el precepto, pues una de las partes puede actuar en el citado ámbito.

<sup>4</sup> Como limitaciones del trabajo, indicar que no es objeto abordar la naturaleza jurídica de la figura, de si realmente se está o no ante un retracto de carácter legal. Solo mencionar sucintamente que la subrogación como tal (*ex art. 1521 CC*) no se produce entre el deudor y el acreedor cesionario [STS (1.º) de 31 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5810)], por mucho que

el precepto tenga similar estructura a otros retractos legales contenidos en el Código (*Vid. v.gr.* arts. 1523, 1524, 1638, 1640 CC). La facultad concedida al deudor por el artículo 1535 del Código Civil es la extinción del crédito, abonando el precio de la compraventa efectuada entre el acreedor cedente y el cesionario [*Cfr.* PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). Comentario a los artículos 1526 a 1536 del Código Civil. En AA.VV., Comentario del Código Civil, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1043; NAVARRO PÉREZ, J.L. (1989). *El retracto de créditos litigiosos*. Granada: Comares, 61-62]. La STS (1.<sup>ª</sup>) de 5 de marzo de 2020 [RJ 2020, 85237] expone que al artículo 1535 del Código Civil cierto sector doctrinal lo denomina como «retracto de crédito litigioso», y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (art. 266.2.º LEC). Sin embargo, no puede ser considerado como retracto porque no hay subrogación. *Vid.* MARSAL GUILLAMET, J. (2009). Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2008, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 81, Pamplona, 5.

<sup>5</sup> *Vid.* LASSO GAITE, J.F. (1970). *Crónica de la Codificación española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II. Madrid: Ministerio de Justicia. 89-750.

<sup>6</sup> Una de las primeras manifestaciones se encuentra en la *Ley Licinia* [anterior al año 210 a.C. (*Vid.* KASER, M. (1982). *Derecho romano privado*, 2.<sup>ª</sup> ed., Santa Cruz Teijeiro, J. (trad.). Madrid: Reus, 110)]. Esta censuró la cesión *ad potentiorum* de acciones divisorias. Se consideraba que la cesión de una acción a un adversario más difícil hacía que el perjudicado no debiera de responder, facultándosele a oponer la excepción de que la enajenación se ha verificado *judici mutandi causa*. *Vid.* MACKELDEY, F. (1845). *Elementos del Derecho Romano*, 2.<sup>ª</sup> ed., Madrid, 307). «*Si alguno enagenase por causa de evitar el juicio de division de cosa comun, se le prohíbe por la ley Licinia, que litigue en el juicio de division de ella: v.g. que el comprador mas poderoso la compre en la subhastacion en menos de lo que vale, y despues la reciba el mismo por el mismo precio [...]*» Recogida en la Ley XII del Digesto, *vid.* RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A. (1776). *Digesto teórico-práctico*. Madrid, 351.

<sup>7</sup> Solo se refería a la adquisición de fundos (itálicos) vendidos por el propietario no poseedor (pendiente de *reivindicatio*), suponiéndose una clara intervención en la libertad de contratación, ARÉVALO CABALLERO, W. (2007). Evolución de la cesión de créditos desde el derecho clásico al derecho justinianeo, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 9 diciembre, 11-12.

<sup>8</sup> [C. 8, 36, (37), 2]. *Imp. Constantinus A. ad provincialis. Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emtionibus vel quibuslibet allis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat, tamquam si nihil factum sit, lite nihil omnino per agenda*. Puede decirse que si la cosa se encontraba pendiente de litigio y es transferida (bien por donación, venta o cualquier otro medio traslativo), la consecuencia jurídica prevista radicaba en la continuación del pleito entre las partes originarias, como si no hubiese existido tal cesión.

<sup>9</sup> En palabras de PUIG BRUTAU, la limitación de que el cesionario no pueda percibir del deudor una suma superior a la que había pagado para adquirir el crédito, «constituye un claro ejemplo de intervención legislativa fundada en la equidad [...]», PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II 2.<sup>ª</sup>ed. Barcelona: Bosch, 238.

<sup>10</sup> *Cfr.* FERNÁNDEZ BELZUNEGUI, P. (2018). Recepción de la Lex Anastasiana en el Código Civil y en la jurisprudencia estatal (y autonómica) y europea, *Iura Vasconiae*, núm. 15, 359-360. Este autor entiende que la Constitución Imperial (C. 4, 35, 22] habla de la subrogación del acreedor a cambio de un precio y la facultad que se le otorga al deudor para igualar las condiciones y adquirir para sí el crédito, extinguiéndolo. La interpretación realizada es muy cercana a la dicción del artículo 1535 actual, en contra del tenor literal de la norma romana «Que, si alguno hubiere aceptado una cesión habiendo dado de este modo dinero, se le permita ejercitar las acciones [...] solamente hasta la misma cantidad del dinero pagado y de los intereses de la misma», MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (1992). *La cesión del crédito*. México: Universidad Veracruzana, 51.

<sup>11</sup> [C. 8, 37, (36), 4 y 8, 36, 5].

<sup>12</sup> «*Qué pena meresce el emplazado que enagena la cosa sobre que lo emplazaron*».

<sup>13</sup> «*Muchas vegadas acaesce que los emplazados por facer engaño á los que ficieron emplazar venden o enaganan maliciosamente las cosas sobre que los emplazan: et quando vienen ante el juzgador para facer derecho á aquellos que las demandan por suyas, dicen entonce los*

*emplazados que non son tenudos de les responder porque non son tenedores de aquellas cosas que les demandan. Por ende nos queriendo desfacer tal engaño como este, tenemos por bien et mandamos que todo home después que fuese emplazado, si enagenase la cosa sobre que fuese fecho el emplazamiento quel quisien demandar diciendo et razonando los demandadores que non habie derecho en ella et que era suya dellos, que tal enajenamiento non vala et que sea tornada aquella cosa en poder de aquel que la enagenó et que sea él tenudo de facer derecho sobre ella [...]» (ley 13, título 7 de la Partida 3.<sup>a</sup>).*

<sup>14</sup> «*Cómo debe facer el juzgador contra aquel que enagena engañosamente la cosa ante que sea emplazado sobre ella.*».

<sup>15</sup> «*[...] decimos que si algunt home sospechando que algunt otro lo querie emplazar en razon de alguna cosa de que él era tenedor, la enagenase enante que fuese emplazado sobre ella engañosamente á otro home que fuese mas poderoso que sí [...] mandamos que el que tal engaño ficiere que non le vala, et que sea en escogencia del demandador para poder demandar aquella cosa á él bien así como su la toviese en su poder, ó al otro á quien fue enagenada [...]» (ley 15, título 7, Partida 3.<sup>a</sup>).*

<sup>16</sup> «*Cómo aquel que ha algunt derecho contra otro si lo otorgare ó lo diere ante del emplazamiento ó después á algunt home mas poderoso que él por razón de algunt oficio que tenga, que non debe valer.*». [GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1993). *La cesión de créditos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 65-66 considera que el texto se refiere a la enajenación del derecho, mediante venta, permuta, donación u otra semejante].

<sup>17</sup> «*Cómo el derecho que algunt home ha contra otro que lo puede dexar en su testamento á home que sea mas poderoso que sí, si quisiere.*».

<sup>18</sup> El precepto, en sintonía con el *Code Civil* galo, habla de cesión o traspaso de un derecho litigioso y no de crédito. *Vid.* artículos 1699-1701 *Code Civil* francés (1804).

<sup>19</sup> Concretamente, «se repunta un asunto litigioso [...] cuando sobre él ha habido ya demanda y contestación».

<sup>20</sup> DE CASTRO Y BRAVO narra que, durante el proceso de redacción del *Code*, en el Consejo de Estado de Francia, uno de los consejeros (Pellet) exhibía lo mal vistos que estaban los cesionarios de créditos. La situación se volvió insostenible en el sur de Francia, donde había auténticos expertos en la compraventa de créditos litigiosos (DE CASTRO Y BRAVO, 1953, 266). Motivado por lo anterior, una convulsa revuelta quedó garantizada en Vivarais (1782). *Vid.* RÉGNÉ, Jean, *Les prodromes de la Révolution dans l'Ardeche et le Gard: Une relation inédite de la Révolte des masques armés dans le Bas-Vivarais, 1782-83*, L'argentière, 1916; SCHNETZLER, J. (1991). *L'affaire des Masques armés de 1783 en Haut-Uzège et Bas-Vivarais*, Revue du Vivarais, 269-322. Cuando fue presentado el *Code* al Tribunalado, la disposición mostraría su verdadero espíritu y finalidad: limitar los abusos de «esos hombres ávidos de los bienes ajenos, que compran acciones o procesos para vejar al tercero o enriquecerse a sus expensas».

<sup>21</sup> Los estudios previos de Pothier revelan el fundamento clásico que servirá de base para el *Code Civil*. El jurista galo, en su obra, plasma el fundamento de la futura norma: «poner coto a la avaricia de los compradores de derechos litigiosos y evitar los pleitos» (POTHIER, 1762, 108-123). Es por ello, por lo que los compradores no pueden exigir al deudor mas de aquello que le hubiesen dado en precio de la cesión, con los intereses. Además, añade que estas leyes son muy justas y equitativas, pues ordenan la paz y la armonía que debe de existir entre los ciudadanos. Del mismo modo, TROPLONG, R.T (1836). *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente, ou commentaires du Tit, VI du Liv. II du Code Civil*, Bruxelles, 503-504 comenta que el espíritu del artículo 1699 deriva de las normas justinianeas y anastasianas. Recalca que en el Derecho romano no estaba permitido vender un derecho litigioso, y en todo caso, en el caso de venta, el proceso debía continuar con las mismas partes. Según el autor galo, la voluntad de Anastasio consiste en que el deudor quede libre mediante el reembolso de la cantidad realmente pagada al vendedor (no el precio simulado en contrato). Además, mantiene que las normas de Justiniano y Anastasio no debían ser recibidas en Francia en la extensión pretendida, ya que las costumbres siempre han sido reacias a toda pretensión tendente a la obstaculización del comercio. A pesar de ello, se adoptaron ciertas previsiones por entenderse como equitativas frente a los compradores de procesos y derechos litigiosos. Otra visión de la situación la muestra

DESJARDINS, A. (1870) *Du retrait de droits litigieux*, en Ch. Demangeat, Ballot, E. Ellivier, *Revue pratique de Droit français, jurisprudence, doctrine, législation*, Tome 29, Paris, 452-459, quien argumenta que siempre ha existido la necesidad de proteger a los litigantes, especialmente cuando se da la sustitución en favor de una persona más poderosa o mejor posicionada, refiriéndose al cesionario. El comentarista cuestiona si los fundamentos de las normas francesas han de remontarse al antecedente romano. Considera que dos de los tres preceptos están relacionados con la actividad legislativa de Carlos V, quien siendo teniente general del reino (1356) hizo una ordenanza por la que prohibió la cesión de deudas en favor de los oficiales del rey o personas privilegiadas (posteriormente la renovó Enrique III en 1585). Las consecuencias jurídicas del incumplimiento consistieron en la sanción de nulidad del negocio jurídico traslativo, la pérdida del derecho del cedente, multa y restitución de gastos y costes por parte del cesionario. Así, DESJARDINS presenta sus argumentos para indicar que estas ordenanzas reales son los precedentes de la cesión de derechos litigiosos, aunque las leyes *per diversas* y *Ab Anastasio* fueran admitidas en distintos territorios de Francia (Toulouse y Grenoble).

<sup>22</sup> *Vid.* 1699 *Code Civil*: «Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite».

<sup>23</sup> TROPLONG, R.T. (1836). *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du code. De la vente, ou commentaires du Tit, VI du Liv. II du Code Civil*, 504 señala que lo establecido en la época romana para la compra de deudas, el *Code* francés lo aplica ahora a la adquisición de derechos litigiosos.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 505 recalca expresamente que el artículo 1700 *Code Civil* («*La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit*») proviene del Derecho romano (la *res litigiosa*), aunque no se sabe qué ha de entenderse por materia litigiosa.

<sup>25</sup> 1701 *Code Civil*: «*La disposition portée en l' article 1699 cesse: 1.º dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé; 2.º lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû; 3.º lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux*».

<sup>26</sup> GARCÍA GOYENA cuestiona si este cambio supone una contradicción con lo establecido en el artículo 1467 (se habla de derecho, al igual que en Francia). El autor entiende que la disposición concuerda con lo establecido en las leyes romanas, al hacerlo en el sentido inverso: *debitum*. El uso del vocablo «derecho» en los preceptos 1699 y 1701 francés encuentra su explicación en el contexto en el que se enmarcan, pues el Capítulo VIII de *Code Civil* («*Du transport des Créances et autres Droits incorporels*») corresponde con el VIII hispano («De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales») y, en ambos, puede encontrarse referencias a crédito, derecho o acción hereditaria (*Vid. Code Civil*: 1689, 1692, 1693, 1694 y 1697; Proyecto de 1851: 1457, 1459, 1460, 1461, 1463 y 1464), GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III. Madrid, 436.

<sup>27</sup> *V.gr.* artículos 841, 937, 1419, 1421, 1422, 1423, 1452.

<sup>28</sup> GARCÍA GOYENA considera que han de merecer tal calificativo porque prohibían que el comprador solo pudiese exigir del deudor el precio y los intereses, entendiendo que esto era más justo. Así, muestra cierto descontento con la redacción del artículo 1466 «La Comisión lo estimó así, y rechazó la indicada prohibición», refiriéndose a la romana, (GARCÍA GOYENA, 1852, 435).

<sup>29</sup> La cesión a determinadas personas por razón de su oficio o cargo se verá reflejada en el vigente artículo 1459 del Código Civil. Son supuestos en los que puede existir cierto conflicto de intereses (compraventas realizadas por: tutores, mandatarios, albaceas, empleados públicos y magistrados, jueces, fiscales, oficiales y secretarios).

<sup>30</sup> La literatura previa y posterior a la promulgación del Código Civil mantiene sin ambages que el artículo 1535 del Código Civil proviene de Roma, más que del propio *Code Civil* francés, ya que, quizás, este último lo tomase de las normas de origen clásico. [*Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ*, B. (1863). *Código o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo II, Madrid, 120; PEDREGAL Y CAÑEDO, M. (1889) *Texto y comentarios al*

Código Civil español, Tomo II, Madrid, 639; MANRESA NAVARRO, J.M. (1919). *Comentarios al Código Civil español*, 3.ª ed. Reus, Madrid, 426.

<sup>31</sup> Vid. SAP de Madrid de 18 de febrero de 2015 [AC 2015, 970].

<sup>32</sup> Según la RAE, una de las acepciones del verbo especular: «Efectuar operaciones comerciales o financieras con la esperanza de obtener beneficios aprovechando las variaciones de los precios o de los cambios».

<sup>33</sup> Estas atribuciones se han estimado preferibles a la libertad de especulación ( ) se concede un medio para que el deudor rescate su crédito de manos de ese tipo ( ), (DE CASTRO Y BRAVO, 1953, 266).

<sup>34</sup> El codificador francés acoge del derecho romano los principios fundamentales de las leyes imperiales, con el objeto de evitar «que los desvalidos deudores pudieran ser sometidos a duras vejaciones por parte de «compradores de pleitos», identificados como especuladores, (ROMERO GARCÍA-MORA, 2010, 4).

<sup>35</sup> Esto se entenderá mejor cuando se aborden las soluciones adoptadas por la jurisprudencia gala, tan distante a la española cuando realmente comparten origen. Vid. nota 94.

<sup>36</sup> Vid. Guía sobre préstamos dudosos para entidades de crédito publicada por el BCE (2017) y su Apéndice (2018) [Disponible en: [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance\\_on\\_npl.es.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.es.pdf); [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl\\_addendum\\_201803.es.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl_addendum_201803.es.pdf) (última vez consultados 6 de mayo de 2021)]. La provisión de la totalidad de los créditos dudosos tiene como consecuencia la salida de activos fallidos o dudosos de los balances y aumentar la liquidez.

<sup>37</sup> Así, al salir de las cuentas financieras los créditos en situación de incumplimiento las entidades reducían el impacto negativo sobre sus cuentas (MOYA FERNÁNDEZ et al, 2016, 48).

<sup>38</sup> También denominados como «fondos buitres». ROCAFORT lo define como «una gran masa financiera de origen, en muchos casos, desconocido, que adquiere a bajísimo precio todo tipo de activos, desde inmuebles, a deuda pública, pasando por inversiones en infraestructuras de energías renovables, hasta las deudas en situación de impago o pre-impago que las [...] familias y empresas tienen frente a los bancos», ROCAFORT, Guillermo, «El papel de los fondos buitres en los ciclos crediticios de economía en recesión: Aportes para un análisis bajo la escuela austríaca», *Revista Europea de Economía Política*, Vol. XIII, n.º1, 2016, 331.

<sup>39</sup> Algunos autores [BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2016). La precaria posición del deudor en las cesiones de carteras de créditos: prácticas abusivas, abuso de derecho y retraso desleal en el ejercicio de los derechos de reclamación, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 85, marzo, 82-83; BERGES ANGÓS, I. (2016). El derecho de retracto en la cesión de créditos a «fondos buitres», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 925, 1-2] advierten que el precio de la compra realizada por los fondos a las entidades financieras, solo supone entre el 4 y el 7 % del saldo vivo de los créditos. Otros (ROCAFORT, G. (2016). El papel de los fondos buitres en los ciclos crediticios de economía en recesión: Aportes para un análisis bajo la escuela austríaca», *Revista Europea de Economía Política*, Vol. XIII, 335 lo ubican en un rango de 5 a 15 %. No obstante, estos datos destacan el importante margen de beneficio que pueden obtener los fondos de inversión.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 332 postula que la compra de deuda de morosos o pre-morosos por un tercero, a un precio muy inferior a la deuda original, ha dado origen a un nuevo concepto de Economía.

<sup>41</sup> [RJ 2020, 85237] La resolución expresa que las entidades financieras están enajenando carteras de crédito, en situación de mora o de incierto cobro, a compradores profesionales. Se pone de relieve la importante tasa de descuento, a cambio de asumir, como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación.

<sup>42</sup> La STS (1.ª) de 13 de octubre de 2014 [RJ 2014, 5008] incluye en la definición de la cesión de créditos el innecesario consentimiento del deudor; pues no es parte en el negocio jurídico traslativo.

<sup>43</sup> Vid. LÓPEZ SUÁREZ, M.A. (2020). En torno a la interpretación jurisprudencial del «retracto de crédito litigioso» (a propósito de la STS (1.ª) 151/2020, de 5 de marzo), *Revista de Derecho Privado*, sept-oct, núm. 5, 84; RUBIO TORRANO, E. (2017). El artículo 1535 del Código Civil. Un viejo actor para nuevos papeles, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1.

<sup>44</sup> STS (1.ª) de 4 de mayo de 1952.

<sup>45</sup> La naturaleza de la figura radica en la transmisión onerosa *inter vivos* de la titularidad del crédito por parte del acreedor de origen (cedente) a un tercero (comprador-cesionario) que lo adquiere REPRESA POLO, M.P. (2009). Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio, *Indret*, núm. 2, mayo, 3. El comprador es el nuevo acreedor legitimado para reclamar al deudor la deuda que había contraído inicialmente con el cedente. Es decir, ostenta los derechos y obligaciones derivados de la posición contractual que anteriormente ostentaba el vendedor, MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). El acceso al proceso de ejecución de las «cesiones de créditos en masa» a los llamados «fondos buitres», *Diario La Ley*, 2; CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La cesión de créditos*. Madrid: Dykinson, 20. El Tribunal Supremo señala que se está ante un negocio bilateral, donde se sustituye la persona del acreedor por otro respecto al mismo crédito [SSTS (1.ª) 26 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 7873); 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9243); 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 307)].

<sup>46</sup> Así, ROMERO GARCÍA-MORA, G. (2020). *Venta de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 30 sintetiza los condicionantes exigidos por la jurisprudencia: *i*) transmisión a título oneroso de un crédito (transmisible); *ii*) que sea discutido judicialmente en un proceso declarativo; *iii*) individualizable; *iv*) ejercicio del derecho del deudor en el plazo de 9 días.

<sup>47</sup> Vid. SSTS (1.ª) de 14 de febrero de 1903; 8 de abril de 1904.

<sup>48</sup> Es el «derecho que uno tiene a recibir de otro alguna cosa». Definición simple efectuada por la STS (1.ª) de 4 de mayo de 1952.

<sup>49</sup> [*RJ* 2008, 5810].

<sup>50</sup> SSTS (1.ª) de 31 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5810); 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1175).

<sup>51</sup> La STS (1.ª) de 14 de febrero de 1903 señala: «debe de entenderse por derecho litigioso el que puesto en pleito no puede tener realidad sin previa sentencia firme que lo declare», (GARCÍA ORMAECHEA Y MENDOZA, 1928, 700).

<sup>52</sup> La sentencia [STS (1.ª) de 31 de octubre de 2008] al abordar lo que se considera por crédito presenta tres posturas distintas: a) el crédito entendido como dinerario simple [tesis restrictiva del literal de la norma, pues el artículo 1535 del Código Civil solo habla de crédito]; b) la comprensión de otros derechos de crédito o personales (tesis intermedia a partir de una interpretación conforme al *Code Civil* francés); y c) la ampliación a todo crédito, derecho y acción (tesis amplia, conforme a una interpretación contextual del precepto).

<sup>53</sup> Vid. epígrafe 2.3.2 b'.

<sup>54</sup> Postura jurisprudencial que se reitera en la STS (1.ª) de 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1175).

<sup>55</sup> Vid. *supra*.

<sup>56</sup> La RAE define al adjetivo como algo «que está en pleito», «que está en duda y se disputa».

<sup>57</sup> Vid. STS (1.ª) de 14 de febrero de 1903.

<sup>58</sup> Vid. STS (1.ª) de 8 de abril de 1904.

<sup>59</sup> Vid. STS (1.ª) de 28 de febrero de 1969.

<sup>60</sup> No se refiere a una relación jurídica agotada o consumida [STS (1.ª) de 28 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1606)].

<sup>61</sup> [*RJ* 2020, 85237].

<sup>62</sup> Vid. SAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2019 [*JUR* 2019, 70842].

<sup>63</sup> Definición del diccionario jurídico de la RAE.

<sup>64</sup> Vid. SSTS (1.ª) de 16 de diciembre de 1969; 31 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5810); 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1175); 13 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3588); 5 de marzo de 2020 (*RJ* 2020, 85237); SAP de Barcelona, de 12 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 64); SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 229821); AAAP de Jaén, de 24 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 128331); de 29 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 72946). Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. et al. (2017). *La cesión y titulación del crédito hipotecario. Efectos sobre la ejecución*. Madrid: Wolters Kluwer, 101-104.

<sup>65</sup> No se incluirían aquellos como el arbitraje, la mediación u otro medio alternativo de resolución de conflictos.

<sup>66</sup> Destáquense las SSTs (1.ª) de 31 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5810), 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1175); de 5 de marzo de 2020 (*RJ* 2020, 85237); de 5 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 3768); SAP de Valencia, de 22 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 132811); SAP de Cáceres, de 20 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 87135); SSAP de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 83937), 16 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 72998); SAP de A Coruña, de 26 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 21010)].

<sup>67</sup> [*RJ* 2015, 1175].

<sup>68</sup> [*JUR* 2018, 280382].

<sup>69</sup> [*JUR* 2018, 89228].

<sup>70</sup> Entre otros, MOYA FERNÁNDEZ, A.J. et. al (2016). Cesión de créditos y cuestiones prácticas de interés: retracto de crédito litigioso y titulización, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 44, 52; GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2017). La resurrección del retracto y el derecho de consumo. Cuestiones procesales y sustantivas, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 58; GARCÍA-MORA, G. (2020). *Venta de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 130-142; CARRASCO PERERA, Á. (2019). Sobre el retracto de créditos litigiosos en las cesiones globales, *Análisis*, marzo, 3-4. También la jurisprudencia menor: SSAP de Madrid, de 29 de septiembre (*JUR* 2016, 249196) y 23 de diciembre de 2016 (*JUR* 2016, 61278), 6 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 151469).

<sup>71</sup> REDONDO TRIGO, F. (2018). Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 343.

<sup>72</sup> *Vid. Civ.1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005 (Cour de Cassation); 4 juin 2007*. Esta última señala: «El hecho de que la transferencia se haya realizado por un precio global calculado estadísticamente y no por deuda, no permite descartar la aplicación del artículo 1699 del *Code Civil*» (trad.). *Civ.1<sup>re</sup>, 4 juin 2007 (Cour de Cassation)*: La cesión global de un gran número de derechos y cuentas impagadas no impide el ejercicio del retracto con respecto a un crédito que se incluye en ella, dado que la determinación de su precio es posible; el único hecho de que la cesión se efectúe por un precio global calculado estadísticamente y no la deuda individualizada, no es causa suficiente para descartar la aplicación del artículo 1699 del *Code Civil*. Mediante una sencilla operación, en interpretación de los documentos habidos en la causa (escritura de cesión y la lista de créditos), el tribunal puede determinar el precio del reembolso (trad.). En la citada sentencia, el tribunal realiza la siguiente operación: por un monto teórico de 305 303 452 euros, se había satisfecho la suma de 44 405 465,92 euros, es decir el 14,4% de la deuda total. La deuda estimada en el momento de la cesión es de 335 948,29 euros, deduciéndose que la recompra sería por la suma de 48 361,71 euros, es decir, el 14,4% de la deuda. Otras más recientes, *Civ.1<sup>re</sup>, 21 octobre 2020 (Cour de Cassation)* recuerdan que: el mero hecho de que la transferencia se haya realizado por un precio global calculado estadísticamente y no individualizado no excluye el derecho a ejercer el reembolso, ya que el precio sigue siendo determinable. Es discrecionalidad soberana del juez de primera instancia verificar la determinabilidad del precio de la deuda por la cual el deudor cedido ejerce su derecho de retracto. Las deudas se individualizan por la referencia al nombre del deudor, por la naturaleza de la deuda o incluso por el monto del crédito cedido.

<sup>73</sup> SAP de Madrid, de 26 de noviembre de 2013 [*JUR* 2014, 63563].

<sup>74</sup> SAP de Almería, de 5 de febrero de 2010 [*JUR* 2010, 185917].

<sup>75</sup> SAP de Madrid, de 26 de junio de 2014 [*JUR* 2014, 234360].

<sup>76</sup> SAP de Córdoba, de 16 de marzo de 2015 [*JUR* 2015, 139388].

<sup>77</sup> SAP de Madrid, de 29 de septiembre de 2016 [*JUR* 249196].

<sup>78</sup> Esta sistematización coincide sustancialmente con la dispuesta en el *Code Civil* francés. El Título VI regula la venta y el Capítulo VIII la transmisión de créditos y otros derechos incorporales.

<sup>79</sup> ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones (Vol. II)*, 4.ª ed. Barcelona: Bosch, 56-64 sistematiza a la venta de créditos en las compraventas especiales (las equipara a la subasta, la expropiación, la venta de derechos, la venta de herencia, la venta en bloque y la venta de bienes muebles). La STS (1.ª) de 12 de noviembre de 1992 [*RJ* 1992, 9582] señala que «la cesión de créditos se configura como una compraventa especial».

<sup>80</sup> Comienza el artículo 1526: «La cesión de un crédito, derecho o acción [...]».

<sup>81</sup> En tal sentido, MANRESA NAVARRO, J.M. (1919). *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus, 427 expone que la rúbrica del Capítulo VII supone las mismas transmisiones (créditos y demás derechos incorporales) a las que se refiere el artículo 1535 del Código Civil. De hecho, en las exclusiones, el apartado 3.º del artículo 1536 no emplea la palabra crédito, sino derecho legítimo.

<sup>82</sup> *Vid.* epígrafes *supra*.

<sup>83</sup> Acerca de la cesión de créditos en el sistema francés, *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1990). La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes, *ADC*, Vol. 43, núm. 4, 1093-1188; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1991). El sistema codificado francés de cesión de créditos, *ADC*, Vol. 44, núm. 2, 487-552.

<sup>84</sup> Relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DOUE de 22 de mayo de 2008).

<sup>85</sup> El Considerando (41) se refiere a la cesión del contrato y no a los derechos del prestamista como posteriormente recoge el artículo 17. No debe de confundirse la cesión de un contrato, con la cesión de los derechos propios del contrato.

<sup>86</sup> La norma solo se refiere a excepciones y defensas oponibles, no a acciones. Algún autor, (GAVIDIA SÁNCHEZ, 1993, 41) entiende, acertadamente, que previsiones de este tipo no pueden ser interpretadas a contrario, ya que se empeoraría la situación del deudor-consumidor frente a otros deudores cedidos. Por ello, la cesión no ha de impedir al consumidor, como a cualquier otro deudor cedido, el ejercicio de toda acción, excepción, oposición o defensa.

<sup>87</sup> Dispone: «2. Se informará al consumidor de la cesión indicada en el apartado 1 excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor».

<sup>88</sup> *V.gr.* Considerandos (24), (31) y (41).

<sup>89</sup> *V.gr.* Considerandos (8) y (9).

<sup>90</sup> *Vid.* artículos 5.1 y 6.

<sup>91</sup> *Vid.* artículos 10 y 11.

<sup>92</sup> *Vid.* artículo 17.

<sup>93</sup> El Considerando (31) exhibe que la finalidad radica en que «el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones en virtud del contrato», obteniéndose «toda la información necesaria de forma clara y precisa».

<sup>94</sup> BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.

<sup>95</sup> En la fase precontractual, el deber de información viene a constituir un elemento necesario y esencial para formar o conseguir un correcto consentimiento contractual (libre e informado), ya que algún consumidor, si conociera la posibilidad de cesión del crédito a un precio inferior, puede no haber contratado. *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 11.ª ed., Madrid: Dykinson, 109; DÍAZ ALABART, S. (2016). Introducción: la contratación con consumidores. En AA.VV., *Manual de Derecho de consumo*. Madrid: Reus, 22.

<sup>96</sup> Lo primero que hay que determinar es si una de las partes responde al concepto de consumidor y la otra al concepto de empresario, para que la norma sea de aplicación a la relación jurídica entablada entre los sujetos. En una relación de crédito, el empresario puede ser una persona física o jurídica con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 TRLGDCU) [conceder o se compromete a conceder un crédito (art. 2.2 LCC)]. Por otro lado, el solicitante del crédito e hipotético deudor (persona física, jurídica o entes sin personalidad) puede considerarse consumidor cuando actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 TRLGDCU).

<sup>97</sup> Expone el artículo 4 TRLGDU: «[...] se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

<sup>98</sup> *V.gr.* las reclamaciones derivadas de un contrato extinguido.

<sup>99</sup> Expone el precepto: «1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: [...] b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales [...]».

<sup>100</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo resalta que: «el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido» [STS (1.ª) de 1 de octubre de 2001 (RJ 2001, 7138)]; «el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales» [STS (1.ª) de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 7178)].

<sup>101</sup> Vid. STS (1.ª) de 16 de diciembre de 2009.

<sup>102</sup> Expresa el precepto: «2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: [...] b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe».

<sup>103</sup> Cuestiones prejudiciales formuladas por el por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo (11/11/2015) y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona (2/02/2016). Este último interpuso una cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 17, 540 LEC y 1535 del Código Civil, con relación al artículo 13 y 51.1 y 3 CE. El ATC 168/2016, de 4 de octubre inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad por dos motivos: 1) estar pendiente la decisión del TJUE (mismo planteamiento y fondo); 2) no satisfacer el juicio de relevancia: no se justifica en qué medida la cesión del proceso depende de la validez de la norma legal cuestionada.

<sup>104</sup> Relativa a cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993).

<sup>105</sup> Vid. artículo 2.4

<sup>106</sup> Referente a la transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011).

<sup>107</sup> Vid. artículo 1 O.M. EHA 2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>108</sup> Vid. artículo 2 O.M. EHA 2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>109</sup> Vid. artículo 8.1 d) O.M. EHA 2899/2011, de 28 de octubre.

<sup>110</sup> El literal del precepto determina: «Los créditos mercantiles [...], se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a este».

<sup>111</sup> Otro ejemplo de la posición del deudor empresario es el artículo 33 de la *Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town on 16 November 2001, UNIDROIT)*, disponible en: <https://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> (última vez consultada 6 mayo 2021). Este instrumento exige: *i*) la puesta en conocimiento de la cesión; y *ii*) la identificación de los derechos asociados.

<sup>112</sup> Nueva York, (2004), ratificada por EEUU (15/10/2019) y Liberia [16/09/2005(\*)]. Disponible en <https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/conventions/receivables/status> (última vez consultada 6 mayo 2021). Algún autor emplea su acepción eufónica: *Convention on Assignment of Receivables in International Trade* [Vid. MORÁN BOVIO, D., «Régimen del deudor: máximo grado de aplicación en CARIT (Convention on Assignment of Receivables in International Trade)», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 495-512].

<sup>113</sup> Aunque parte de la rúbrica sea «en el comercio internacional», según MORÁN BOVIO, D. (2011). Régimen del deudor: máximo grado de aplicación en *CARIT (Convention on Assignment of Receivables in International Trade)*. En AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 504 la Convención se aplica a las cesiones de créditos originadas en el consumo: «el efecto de esa aplicación consiste, en que se mantenga la posición jurídica del deudor en esas operaciones, sin que pierda las ventajas derivadas de las disposiciones relativas a la protección del consumidor».

<sup>114</sup> Para mayor profundidad, vid. MORÁN BOVIO, D. (2011). Régimen del deudor: máximo grado de aplicación en *CARIT (Convention on Assignment of Receivables in International*

*Trade*). En AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

<sup>115</sup> *Ibidem*, 490.

<sup>116</sup> El artículo 9.1.1 define la cesión de créditos como: «la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el «cedente») a otra (el «cesionario») de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el «deudor»), incluyendo una transferencia a modo de garantía».

<sup>117</sup> La SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2019 [*JUR* 2019, 99541] señala que la notificación al deudor tiene como efecto que los pagos se realicen al originario deudor; tras la comunicación de la cesión, no sean liberatorios. Si se producen antes de conocer la cesión, sí liberarían al deudor *ex* artículo 1164 y 1527 del Código Civil [SSTS (1.ª) de 11 de enero de 1983; 19 de febrero de 1993; 5 de noviembre de 1993 y 20 de febrero de 1995].

<sup>118</sup> *Ibidem*, 1576.

<sup>119</sup> Ley 24/2015, de 29 de julio de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (BOE núm. 216, de 9 de septiembre de 2015).

<sup>120</sup> [RTC 2019, 13] sentencia 13/2019, de 31 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 2501-2016 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019).

<sup>121</sup> SSTC de 24 de mayo de 2018 [RTC 2018, 54] y de 21 de septiembre de 2004 [RTC 2004, 157].

<sup>122</sup> Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2006).

<sup>123</sup> Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (BOE) núm. 57, de 08/03/2017).

<sup>124</sup> Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 2557-2019 (BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019).

<sup>125</sup> Varias CCAA han previsto en sus normas (de consumo) la obligación de informar al consumidor la cesión de sus créditos a terceros, sin establecer un régimen jurídico propio de retracto [*v.gr. i*] Transmisión o cesión de créditos hipotecarios u ordinarios titulizados o no: artículos 26, 27 y 28 del Decreto Legislativo 1/2019, de 13 de diciembre, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 8704, de 24 de diciembre de 2019), artículo 91 Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2019); disposición adicional 3.ª de la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda en Andalucía (BOE núm. 157, de 30 de junio de 2016); y *ii*] Transmisión o cesión de créditos titulizados: artículo 29 Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019).

<sup>126</sup> Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

<sup>127</sup> Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019).

<sup>128</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 315-2020, admitido a trámite por providencia de 28 de enero de 2020 (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2020).

<sup>129</sup> *Vid.* Ley 511.

<sup>130</sup> SSAP Navarra de 10 de marzo de 1983; 4 de febrero de 1987; 30 de enero de 2009. [Téngase en cuenta el ámbito de aplicación del art. 311 CCom para los préstamos («[s]e reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes: 1.ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio»). Por tanto, si la cesión de un crédito derivada de un préstamo no considerado como mercantil, le será de aplicación la ley 511].

<sup>131</sup> *Vid.* E.M. Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

## 1.6. Responsabilidad civil

# Culpa de la víctima y criterios de imputación objetiva en la jurisprudencia\*

## *Contributory negligence and objective imputation criteria in case law*

por

MARÍA MEDINA ALCOZ  
*Profesora titular de Derecho civil*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

**RESUMEN:** Este trabajo analiza los criterios normativos de imputación objetiva y su manejo como herramientas auxiliares por parte de la jurisprudencia para exonerar totalmente al agente físico dañoso en caso culpa exclusiva de la víctima (o, parcialmente, en caso de culpa concurrente). El estudio examina cada uno de los criterios y su conexión con la culpa de la víctima bien para imputarle el daño a esta, incluso en casos en que puede haber una culpa del agente dañoso que se torna en causalmente irrelevante (riesgo general de la vida, con particular análisis de las predisposiciones dañosas; fin de protección de la norma; incremento del riesgo; prohibición de regreso); bien para imputarle el daño al agente cuando solo su culpa es causativa (principio de confianza) o en supuestos en que es él quien ha provocado la conducta autodañosa de la víctima (provocación). La jurisprudencia acude también, para liberar al agente del daño, al criterio de la competencia de la víctima, cuando el control de la situación le correspondía a esta; y al de la adecuación, si considera que su conducta es la causa eficiente del daño que padece.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the different normative criteria of objective imputation (legal causation) and their management as auxiliary tools by the jurisprudence to exclude liability in case of exclusive fault of the victim (or to reduce it, in case of contributory fault). The study examines each one of the criteria and their connection with the victim's fault in order to account the damage to the victim, even in cases where the tortfeasor is at fault (general life risks, with particular analysis of the preexisting condition or susceptibility; breach of statutory duties; increase of risk; remoteness), or to account the damage to the tortfeasor when only his fault is causative (bilateral care) and in cases in which he is the one who has provoked the victim's self-harming behavior (provocation). The jurisprudence also resorts, in order to exonerate the tortfeasor, to the criterion of the victim's competence, when*

---

\* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación *Nuevas perspectivas en la teoría de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio de delimitación de la causalidad* (ref. RTI2018-097418-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya investigadora principal es la Prof.<sup>a</sup> Pilar ÁLVAREZ OLALLA.

*the control of the situation corresponded to him, and the criterion of foresight test, if it considers that his conduct is the efficient cause of the damage suffered.*

**PALABRAS CLAVE:** Culpa de la víctima. Criterios de imputación objetiva. Causalidad jurídica. Riesgo general de la vida. Predisposición dañosa. Fin de protección de la norma. Incremento del riesgo. Prohibición de regreso. Provocación. Principio de confianza. Adecuación.

**KEY WORDS:** *Contributory negligence. Objective imputation criteria. Causation in law. General life risks. Preexisting condition or susceptibility. Breach of statutory duties. Increase of risk. Remoteness. Provocation. Foresight test. Bilateral care.*

**SUMARIO:** I. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL HECHO CAUSAL DE LA VÍCTIMA: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.—II. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA.—III. LA PREDISPOSICIÓN O VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA Y EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA.—IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL CRITERIO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA QUE FUNDAMENTA LA RESPONSABILIDAD.—V. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL INCREMENTO DEL RIESGO (O LA CONDUCTA ALTERNATIVA CORRECTA).—VI. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.—VII. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA PROVOCACIÓN.—VIII. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA.—IX. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA ADECUACIÓN (O PROBABILIDAD).—X. OBSERVACIONES FINALES: LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTAS AUXILIARES PARA DETERMINAR SI HAY CULPA DE LA VÍCTIMA EN LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL HECHO CAUSAL DE LA VÍCTIMA: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia civil, a partir del año 2000, comenzó a aplicar los criterios normativos de imputación objetiva para negar la atribución jurídica del daño a un sujeto, limitando así los excesos (la infinidad) de la causalidad física (material, fáctica, natural, empírica, fenomenológica); y tal doctrina se encuentra hoy plenamente consolidada.

Por lo general, se sostiene que la imputación objetiva (causalidad jurídica, causalidad normativa, causalidad en sentido normativo) es presupuesto del juicio de reproche subjetivo, porque «comporta un juicio que [va] más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, lo que obliga a valorar con criterios o pautas extraídas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza»<sup>1</sup>. Se entiende que la imputación objetiva constituye, normalmente, una operación que precede a la imputación subjetiva, acogiendo la denominada *doctrina de la bifurcación* o de *atri-*

*bución causal de doble secuencia* —a la que se ha referido recientemente la STS de 28 de octubre de 2021— y que ya sostuvo PANTALEÓN en 1990 al señalar que la imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con el criterio subjetivo de la culpa, bien con el criterio objetivo del riesgo<sup>2</sup>.

La teoría de la imputación objetiva ha sido objeto de ciertas críticas, pues si se ha convertido en un lugar común afirmar que los elementos que originan la responsabilidad civil son el daño, la acción u omisión, la relación de causalidad (física y jurídica) y los criterios de imputación (culpa o riesgo)<sup>3</sup>, hoy, en cambio, nuevos postulados sugieren la revisión de este orden, en el entendimiento de que los denominados criterios de imputación objetiva (causal) adelantan el juicio de culpabilidad<sup>4</sup>. Veamos.

La tradicional distinción referida fue acogida por REGLERO<sup>5</sup>, si bien concluía —de forma un tanto contradictoria, quizá— que en un sistema de responsabilidad por culpa ambas operaciones (imputación objetiva e imputación subjetiva) son simultáneas en muchos casos e, incluso, en algunos, la segunda precede a la primera. Sostenía que, en el ámbito de la responsabilidad subjetiva o por culpa, no es fácil deslindar entre uno y otro tipo de imputación (subjetiva y objetiva), puesto que, por definición, bajo tal sistema, la conducta del dañante es culpable y, por tanto, tienden a confundirse la *imputación causal*<sup>6</sup> y la *imputación subjetiva*.

Por su parte, YZQUIERDO<sup>7</sup> señala que, en la mayor parte de los casos de responsabilidad civil, los juicios de causalidad y de imputación (subjetiva) tienen que realizarse a la vez, pues los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo y aséptico, basado solo en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes.

A su vez, se pregunta DE ÁNGEL<sup>8</sup> si, frente a los postulados clásicos —que exigirían primero la relación de causalidad (física), después la imputación objetiva (relación de causalidad jurídica) y, por último, la imputación subjetiva<sup>9</sup>— un sistema de responsabilidad basado en la culpa reclama examinar primero la presencia de la culpabilidad, antes que la constancia de la causalidad. Concluye este autor que el agotamiento de los elementos de juicio sobre la culpabilidad es lo que permite al juzgador resolver el problema de la causalidad<sup>10</sup>.

El profesor coruñés PEÑA LÓPEZ<sup>11</sup> ha demostrado que los criterios de imputación objetiva se han construido a partir de la noción de culpa, por lo que su ámbito de actuación está marcado por el sistema de responsabilidad subjetiva y no cabe aplicarlos a los regímenes de responsabilidad objetiva, pues hacerlo sería desnaturalizarla por completo<sup>12</sup>. Últimamente, ha señalado, además, que el Tribunal Supremo acude a la imputación objetiva como argumento formal para excluir del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual determinadas categorías de supuestos, adoptando decisiones de *política jurisprudencial*. Destaca la función delimitadora de la imputación objetiva como mecanismo de control de las fronteras de la responsabilidad civil para concretar los daños indemnizables, pero critica que, bajo el paraguas de los tecnicismos procedentes del léxico típico de la imputación objetiva, no se explique, en verdad, la *ratio* de algunas de sus decisiones<sup>13</sup>.

Por su parte, matiza XIOL RIOS<sup>14</sup> que los distintos criterios de imputación objetiva permiten excluir la existencia del nexo de causalidad aunque se haya probado la conducta culpable del agente dañoso.

En todo caso, no resulta superfluo recordar que la íntima conexión entre causa y culpabilidad en sede de responsabilidad subjetiva, encuentra su origen en

la culpa como criterio para resolver los problemas causales en la *Lex Aquilia*<sup>15</sup>. El chileno AEDO BARRENA ha estudiado este vínculo causa-culpa con detenimiento y señala que «la cuestión de que en la causalidad hay un análisis normativo y no solo fáctico no solo ha sido obra de la dogmática moderna», pues quizá, a nivel teórico, sea posible diferenciar causalidad y culpa, pero, en la decisión del caso, que es a lo que se atenían los romanos, resulta imposible desligar los aspectos causales de los culpabilísticos<sup>16</sup>. De ahí que la problemática de la culpa no se escinda de la de la causalidad, pues la primera constituye el componente normativo de la segunda<sup>17</sup>. En la doctrina española, esta imbricación del juicio de causalidad con el juicio de culpabilidad ha sido destacada últimamente por ÁLVAREZ OLALLA, señalando que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva la culpa es la causa (jurídica) del daño<sup>18</sup>.

Sentada la estrecha relación existente entre los criterios de imputación de objetiva (causal) y la culpa del agente dañoso, puede concluirse que, en todos los casos en que, dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva, se acude a uno o a otro criterio, queda demostrada la ausencia de culpa imputativa (causal) en el agente dañoso. En definitiva, los criterios normativos de imputación objetiva no son tanto criterios para excluir la causalidad jurídica, como criterios normativos para negar la culpa (o su relevancia) del agente (físicamente) dañoso o, con mayor precisión, son criterios que, al negar la culpa del agente dañoso (o su relevancia), niegan la causalidad jurídica (normativa). Por esto, como derivación de la premisa anterior, no cabe su manejo en el subsistema de la responsabilidad objetiva atenuada, pues en este la culpa del agente dañoso se erige en una apreciación innecesaria para atribuir la responsabilidad al agente físicamente dañoso. Un sistema de responsabilidad objetiva es un sistema de causa propia (manifestación del riesgo típico), no desmentida por una causa ajena<sup>19</sup> (fuerza mayor externa y culpa de la víctima entendida como hecho causal de la víctima) y, por esto, los criterios de imputación objetiva (atribución causal) carecen de virtualidad, pues solo sirven para negar la culpa del agente dañoso, siendo su dominio material, exclusivamente, el de la responsabilidad por culpa<sup>20</sup>.

Partiendo de estas consideraciones, nos preguntamos ahora: ¿la culpa de la víctima y la asunción de riesgo<sup>21</sup> son criterios que sirven para negar la imputación objetiva o causal del daño al agente físico dañoso en los sistemas de responsabilidad subjetiva o por culpa?

En un examen panorámico de la doctrina civil española, se observa que algunos autores no los recogen como criterios autónomos para excluir la imputación objetiva del daño a su causante físico. Así, el profesor PANTALEÓN<sup>22</sup> no los incluye dentro del elenco de los criterios normativos de imputación objetiva: el riesgo general de la vida (*allgemeines Lebensrisiko*), el de la prohibición de regreso (*Regressverbot*), el de la provocación (*Herausforderung*), el del incremento del riesgo (*Risikoerhöhung*), el del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad (*Schutzweck der Haftungsbegründenden Norm*) y el de la adecuación (*Adäquanztheorie*), como criterio residual o de cierre<sup>23</sup>. Tampoco los mencionan los profesores REGLERO<sup>24</sup> ni YZQUIERDO<sup>25</sup>, quienes reproducen los mismos criterios.

En cambio, el profesor DÍEZ-PICAZO<sup>26</sup> incluye la *competencia de la víctima* como criterio para excluir la imputación objetiva del daño al agente<sup>27</sup>. Afirma que, aunque el supuesto de la culpa de la víctima suele ser examinado desde el punto de vista de la culpabilidad, pertenece también al área de la imputación objetiva. La idea es —dice— que, si en la configuración de un contacto social, el *control de la situación* corresponde a la víctima, deben imputarse a ella las

consecuencias lesivas y no al supuesto autor<sup>28</sup>. El civilista español sigue al penalista alemán JAKOBS, quien acude a cuatro figuras para delimitar los límites de los roles para la imputación de los cursos lesivos, que son la prohibición de regreso, el principio de confianza, el riesgo permitido y la *competencia de la víctima* (*Opferzuständigkeit*): la conformación de las situaciones sociales dañinas no solo competen a su autor, sino también a la víctima, de modo que esta puede haber sufrido el daño por obra del destino (infortunio) o como consecuencia exclusiva de su comportamiento cuando el agente actuó conforme al rol que le estaba atribuido; y, en tal caso, las consecuencias dañosas le competen a ella<sup>29</sup>. También DE ÁNGEL<sup>30</sup> menciona la competencia de la víctima, con particular referencia a los casos en que las víctimas sufren daños en el desarrollo de una actividad profesional que entraña riesgos, como sucede con los daños que puede sufrir un bombero en la extinción de un incendio (STS de 18 de marzo de 2014).

La jurisprudencia, siguiendo la estela de DÍEZ-PICAZO, ha acudido a este criterio para exonerar de responsabilidad civil al agente físico dañoso en casos en los que hace unos años simplemente hubiera invocado la *culpa exclusiva de la víctima como causa única del daño*<sup>31</sup>. Así, la STS de 24 de octubre de 2003, en el accidente que sufrió un menor de quince años cuando cayó al romperse el cristal de la claraboya de un convento, al que accedió desde un edificio colindante en obras, sin respetar el vallado ni las prohibiciones de acceso a las mismas, pues era la víctima a quien correspondía «*el control de la situación, habida cuenta de la configuración del contacto social*»; o la STS de 23 de julio de 2008, en el caso de la tetraplejía por lesión medular cervical sufrida por un menor de dieciséis años quien, en estado de embriaguez agudo, accedió, desde la escalera de incendios y de madrugada, a la piscina de un hotel. La sentencia alude a la «*competencia de la víctima*» que, aplicado al ahogamiento de menores en piscinas o albercas de fincas ajenas, impide trasladar a su propietario el daño sufrido por ellos cuando su acceso no fuera razonablemente previsible. De la misma fecha es la sentencia que declara que la víctima tenía «*el control de la situación*» cuando buscó una pistola escondida en la casa del padre de un amigo y, encontrada, introdujo una bala en ella y, jugando, se disparó en la sien. Su conducta fue la causa única, determinante en exclusiva del evento. Ninguna culpa se apreció en el dueño del arma que la tenía descargada, oculta y segura en la forma reglamentariamente establecida. También la STS de 6 de febrero de 2015 alude al «*control de la situación*» como criterio para determinar la culpa exclusiva de la víctima: en este caso el perjudicado accedió a un escenario móvil, que no estaba instalado para ser ocupado por el público, salvando un desnivel de al menos 1,50 m bajo su responsabilidad y con conocimiento de que carecía de vallado, precipitándose desde el mismo<sup>32</sup>. Recientemente, también la STS de 28 de octubre de 2021<sup>33</sup> hace referencia a la «*conurrencia de la competencia de la víctima*», aunque no exclusiva, en un caso en que apreció conurrencia de causas en el incendio causado en un inmueble: a quien estaba instalando las líneas de telefonía se le cayó una hoja de sierra por el hueco vertical de la edificación por donde discurren los tubos y cables del edificio y, llegando hasta el interior del cuadro eléctrico, sito en el cuarto de contadores de la planta sótano, provocó el incendio. La caída de la hoja de sierra y la falta de protección adecuada del cuadro eléctrico fueron las causas «*directas, adecuadas y suficientes*» del daño, estimándose la primera en un 20% y la segunda en un 80%<sup>34</sup>.

Por su parte, SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE<sup>35</sup> introducen la terminología anglosajona para hablar de los criterios de *proximate causation* entre los que explicitan la *assumption of risk* (asunción de riesgo, *Handeln auf eigene*

*Gefahr*); ARCOS VIEIRA<sup>36</sup> recoge «la relevancia de la intervención de la propia víctima» dentro del criterio de la causalidad adecuada y/o eficiente; MONTÉS PENADÉS<sup>37</sup>, sostiene que la «conurrencia de culpas» es un criterio de imputación objetiva; y XIOL RÍOS<sup>38</sup> subsume, dentro del criterio de la causalidad adecuada, la intervención de la víctima cuando le corresponde el control de la situación, la asunción del riesgo, el consentimiento del daño y el deber de mitigar el daño. La chilena SAN MARTÍN NEIRA<sup>39</sup> considera que los factores de imputación objetiva son *criterios auxiliares o adicionales* que permiten afirmar la causalidad más allá de la culpa del agente del daño; y los estima especialmente útiles para decidir si hubo culpa exclusiva o concurrente de la víctima, pues son fórmulas «para distribuir el riesgo entre el agente del daño y la víctima».

Dentro de la doctrina hay quienes sostienen que la culpa de la víctima y la asunción del riesgo son figuras distintas de los criterios de imputación objetiva. Así, MARTÍN CASALS<sup>40</sup> entiende que son ajenas a ellos, pues se corresponden con las causas de exoneración (*defences*). En parecido sentido, REGLERO<sup>41</sup> señala —de manera algo críptica— que no todos estos criterios de exclusión de la imputación objetiva se integran en la globalidad del problema causal, pues algunos constituyen causas específicas de exoneración de responsabilidad.

Las consideraciones de estos dos profesores —señalé en su momento<sup>42</sup>— acreditan que los criterios de imputación objetiva se confunden muchas veces con las causas de exoneración que operan en cualesquiera sistemas de responsabilidad, como son la culpa de la víctima (hecho causal de la víctima) o el hecho de un tercero. Pero, añadido hoy, ¿no será más bien que la culpa de la víctima y la asunción del riesgo son criterios que excluyen, de suyo, la imputación causal atributiva (objetiva)? En un sistema de responsabilidad subjetivo, la culpa exclusiva de la víctima es demostrativa de la falta de culpa del agente dañoso y, si es concurrente, implica que la culpa de la víctima ha de apreciarse junto con la del agente dañoso. A su vez, en un sistema de responsabilidad objetivo, la culpa exclusiva de la víctima acredita que la verdadera causa (jurídica) del daño no es la actualización del riesgo típico de la actividad de que se trate, sino la intervención de la víctima que se erige en causante de su propio menoscabo (que muchas veces se corresponde con una asunción del riesgo). Del mismo modo, el hecho de tercero en un sistema de responsabilidad subjetivo demuestra la falta de culpa del agente físico dañoso y en un sistema objetivo constituye una fuerza mayor extraña que lo libera al enervar la presunción de responsabilidad que lo gravaba.

Si los criterios normativos de imputación objetiva implican, a la postre, que el agente no fue culpable del daño, la culpa exclusiva de la víctima es, en definitiva, otro criterio más que permite descubrir la ausencia de culpa del considerado inicialmente agente dañoso. En el ámbito de la responsabilidad subjetiva la culpa delimita el radio de acción de la causalidad; en el ámbito de la responsabilidad objetiva es el riesgo el que lo delimita<sup>43</sup>. En ambos sistemas la culpa de la víctima y la asunción del riesgo, los llamemos como los llamemos (criterios de imputación objetiva o causas de exoneración) sirven para negar que el agente físico del daño lo haya causado jurídicamente.

En la doctrina civil española, como hemos visto, resulta más frecuente encontrar menciones a la culpa de la víctima, no como criterio autónomo para excluir la imputación objetiva del daño al agente, sino como elemento integrado en alguno de los otros criterios de imputación manejados<sup>44</sup>. La jurisprudencia, por su parte, acude a los criterios de imputación objetiva como instrumentos ancilares, desde distintas perspectivas, para excluir la responsabilidad del agente

dañoso por culpa de la víctima o para afirmar la autorresponsabilidad de esta y, consecuentemente, la liberación del físicamente dañador. Analicemos, pues, esta conexión entre la culpa de la víctima (y la asunción del riesgo) y los criterios de imputación objetiva, no sin antes advertir que la cuestión es compleja, pues, como señala PEÑA LÓPEZ, la imputación objetiva carece de coherencia interna y se presenta como una amalgama de criterios deslavazados y desconectados entre sí: la búsqueda de un elemento central resulta imposible y cualquier intento de marcar una diferencia clara entre unos y otros está llamada al fracaso<sup>45</sup>.

## II. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA

Una de las manifestaciones en que opera la virtualidad exoneradora de la culpa (causa) de la víctima viene dada por el recurso al criterio del *riesgo general de la vida*, del que me he ocupado en otra ocasión<sup>46</sup>, cuyo dominio material viene determinado estrictamente por la responsabilidad subjetiva.

Se dice que este criterio niega la imputación de aquellos daños que sean realización de los riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado<sup>47</sup>. Por esto, cuando se habla del *riesgo general de la vida*, la palabra riesgo se identifica con los riesgos genéricos ínsitos a cualquier actividad humana, riesgos no específicos, no susceptibles de descontrolarse de por sí. No son los riesgos de los artículos 1905, 1908.2.º y 3.º, y 1910 del Código Civil, ni de la Ley de responsabilidad civil automovilística, ni de la Ley de navegación aérea, ni de la Ley que regula la responsabilidad del cazador armado, ni de la Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. No son los riesgos que crean las actividades deportivas, las atracciones feriales o los festejos taurinos populares, pues en estos la exposición de la víctima al daño implica no una aceptación de este, sino la eventualidad de que se produzca y esto no es asumir un riesgo general de la vida, sino un riesgo específico. Cuando se dice que la víctima asume los riesgos generales de la vida, se emplea la expresión en un sentido no técnico, pues la verdadera asunción de riesgos es la de los específicos, caracterizados por su intrínseca peligrosidad.

Los riesgos generales de la vida son los propios de las actividades de riesgo genérico regidas por el artículo 1902 del Código Civil, en las que, para condenar al agente físico dañoso, resulta imprescindible que su actuación haya sido culpable. Adjektivar estos riesgos generales como *de la vida* se hace para acentuar la idea de que son riesgos propios de la vida misma, inherentes a la actividad humana de relación, riesgos que se corren de ordinario, donde no todo sale bien y que no pueden imputarse a otro, riesgos vinculados con el *id quod plerumque accidit*. Caminar por la ciudad o por el campo, pasear por un parque o por un centro comercial, subir o bajar del autobús, utilizar las escaleras mecánicas del metro, tropezar en un restaurante, resbalar en una piscina o en un spa, caerse en la peluquería... son sucesos de la vida cotidiana susceptibles de causar daños, sin que pueda pretenderse su resarcimiento, pues no siempre hay un tercero culpable a quien atribuir el daño.

Los casos antedichos se corresponden, en mi opinión, con supuestos en los que la víctima se autocausa un daño, con o sin un reproche culpabilístico; son casos de culpa de la víctima o de estricta causa del daño aportada por ella (hecho causal de la víctima). Estos últimos son los que denominé en su momento *casos fortuitos de la víctima*<sup>48</sup>: tropezón, resbalón, síncope, desmayo, y otros estados de inconsciencia como sonambulismo, hipnosis, epilepsia o delirio<sup>49</sup>.

Dentro de la doctrina española, que, por lo general, no ha estudiado este criterio de imputación objetiva con demasiado detenimiento, REGLERO<sup>50</sup> sostiene que su manejo tiene lugar en situaciones en las que el hecho o la actividad del eventual responsable debe considerarse insuficiente por sí para causar el daño o en las que el daño excede del que normalmente debe considerarse *adecuado* con aquel hecho causal. Siguiendo a la doctrina tedesca, pone de relieve que su dificultad reside en determinar qué hechos, actos o actividades pueden considerarse incluidos dentro de ese *riesgo general de la vida* que, en definitiva, tiene que soportar la víctima en virtud del principio *casum sentit dominus*; y concluye que los casos en que se hace valer se reconducen al criterio de la causalidad adecuada.

La estrecha conexión entre la culpa de la víctima y los riesgos generales de la vida se hace patente en las muchas sentencias que mencionan y solapan las dos causas para negar la responsabilidad civil del agente físico dañoso<sup>51</sup>. En realidad, en todas ellas, la razón en que se funda la exoneración estriba en la falta de culpa del agente dañoso<sup>52</sup>. La SAP de Barcelona (Secc. 14.<sup>a</sup>) de 23 de julio de 2018 exoneró de responsabilidad a la comunidad de propietarios por la caída de una persona en una plaza de garaje contigua a la suya donde había una mancha de aceite que no habían eliminado los servicios de limpieza. La Audiencia consideró que no hubo culpa por parte de la comunidad en el mantenimiento del garaje y que, además, el accidente se incardinaba dentro de los *riesgos generales de la vida* (la mancha no era un riesgo extraordinario), pero, además, señaló que la caída se debió a la distracción de la lesionada, quien no accionó las luces de la zona de paso, siendo la mancha perfectamente visible y, por tanto, concluye que hubo una culpa exclusiva suya<sup>53</sup>.

El recurso al criterio del riesgo general de la vida no está desconectado, por tanto, del análisis de la culpa del agente físicamente dañoso. No está, en absoluto, desvinculado de la infracción o no del deber de cuidado de quien aparece como dañador. Está, en puridad, inexorablemente unido a la ausencia de culpa imputativa: constituye su *intima ratio*<sup>54</sup>. La concreción de cuáles son los riesgos generales de la vida no se efectúa de modo objetivo, sino subjetivo y, por esto, halla su sede material en la responsabilidad por culpa o subjetiva. De ahí que se haya dicho que mediante los criterios de la imputación objetiva *la causa se subjetiviza*<sup>55</sup>: cuando los criterios de imputación objetiva se utilizan en sede de responsabilidad culposa, ya no son criterios de imputación objetiva, sino de imputación subjetiva<sup>56</sup>. Lo que ocurre, en realidad, es que la ausencia de culpa del agente dañoso se inserta en la causalidad (jurídica) para negarla.

Así, analizadas las sentencias que mencionan el riesgo general de la vida (particularmente en casos de caídas, negligentes o fortuitas<sup>57</sup>) se verifica que la ausencia de culpa ha dado lugar a la exoneración de responsabilidad. Cuando el Tribunal Supremo afirma la ausencia de imputación objetiva (causalidad jurídica) por la aplicación del riesgo general a la vida, basa la exención en la falta de culpa del agente dañoso. En realidad, examina si al agente físico dañoso le era exigible alguna medida de precaución distinta o adicional de las previstas en el supuesto concreto<sup>58</sup>.

La aplicación del criterio del riesgo general de la vida cuando no se ha hallado culpa en el agente físico dañoso demuestra que su ámbito de actuación es el subsistema de responsabilidad subjetiva y que le es ajeno el de la responsabilidad objetiva (atenuada), donde solo cabe asumir los riesgos específicos, pero no los generales. Por esto, es totalmente confuso e incorrecto invocar tal criterio de desimputación en el régimen de la responsabilidad objetiva<sup>59</sup>.

La pregunta es si la inclusión del criterio del riesgo general de la vida para excluir la imputación objetiva aporta algo novedoso, relevante o distinto<sup>60</sup> en el sistema de responsabilidad por culpa. La respuesta es negativa. Cuando el daño causado se ha producido en el seno de una actividad de riesgo ordinario o genérico, no cabe, por definición esencial, aplicar la doctrina del riesgo que se refiere en exclusiva al específico, y, en consecuencia, el título de imputación que procede es el de la culpa, por lo que hay que analizar el nivel de diligencia empleado. Esto es lo que hace el Tribunal Supremo.

En definitiva, cuando la víctima concurre causalmente en la producción de su daño, resulta de aplicación el axioma *casum sentit dominus*<sup>61</sup>: desde el momento en que el titular de los bienes soporta los daños fortuitos relacionados con su esfera de dominio (principio de la *Sachzuständigkeit*), la víctima debe soportar los daños resultantes de la conjugación de su conducta con la del agente dañoso. Este principio, que se relaciona con el de *res perit domino* (con el sentido de: *el daño queda donde cae*), supone la atribución del daño a la víctima que se lo causa (*sibi imputet; de se queri debere*). En sede de responsabilidad subjetiva, la intervención causal de la víctima sin que haya culpa del agente físicamente dañoso implica que hay exoneración de este, lo que la jurisprudencia expresa, muchas veces, diciendo que la víctima asume los riesgos generales de la vida. En sede de responsabilidad objetiva, en cambio, la intervención causal de la víctima puede ser un hecho causal de la víctima culpable o no y muchas veces reconducible a la figura de la asunción del riesgo específico por parte de ella, sin que quepa afirmar que la víctima carece de derecho resarcitorio por constituir el daño la realización de un riesgo general de la vida. El ámbito propio de los riesgos generales de la vida es la responsabilidad subjetiva y su verdadero significado —la razón por la que se niega la indemnización— es la ausencia de culpa de quien aparece como físicamente victimario que, a la postre, no lo es jurídicamente, por estarse ante un hecho causal de la víctima a la que tiene que atribuirse su daño en exclusiva.

### III. LA PREDISPOSICIÓN O VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA Y EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA

Una de las cuestiones relativas a la intervención de la víctima en la causación de su daño es la que concierne a su predisposición o vulnerabilidad para determinar el alcance de la responsabilidad civil del agente dañoso. Se trata de un tema importante que, recientemente, ha sido abordado, en un magnífico trabajo, con estudio de Derecho comparado, por GÓMEZ CALLE<sup>62</sup>, centrado en las predisposiciones de orden físico o psíquico, excluyendo las de tipo patrimonial o económico y los daños a los animales o a las cosas.

La autora distingue tres supuestos: la predisposición dañosa que, al producirse el accidente, aún no ha tenido consecuencias perjudiciales para quien la padece ni tendría por qué tenerlas nunca; la predisposición dañosa de la que han derivado perjuicios concretos para quien la padece, pero que por sí sola no hubiera generado el mismo resultado que el acto dañoso; y la predisposición dañosa de la que, se hayan derivado o no perjuicios para quien la padece, habría acabado, con seguridad, provocando en el afectado el mismo resultado que el del acto dañoso, aunque un tiempo después.

Por lo general, respecto de la primera hipótesis (predisposiciones latentes<sup>63</sup>), se afirma en el Derecho extranjero (inglés, alemán, francés) que cuando la víctima padece una enfermedad o predisposición al daño que la hace más vulnerable y

que, por tanto, sufre un daño mayor; rige el principio *talem qualem*<sup>64</sup>, según el cual el agente dañoso debe resarcir los daños a la víctima, con independencia de su estado, esto es, con abstracción de su predisposición constitucional al daño (estado previo), pues lo mismo que la responsabilidad civil es manifestación de la justicia conmutativa y, aleatoriamente, proporciona «al rico su riqueza y al pobre su pobreza» (frase conocidísima del profesor PANTALEÓN<sup>65</sup>), también obliga a indemnizar más al más débil y menos al más fuerte (los enfermos no deben ser tratados como ciudadanos de segunda, estimando una suerte de culpa/causa propia el simple hecho de realizar las actividades de una persona sana<sup>66</sup>).

Se señala así que los supuestos en que la víctima está especialmente expuesta (o es anormalmente propensa) a sufrir el daño (por ser enfermo del corazón, hemofílico, artrítico o neurótico) no pueden considerarse casos de realización del riesgo general de la vida y no excluyen la imputación objetiva del daño al agente<sup>67</sup>. Padecer una predisposición nociva no significa que haya que considerar que se está ante un riesgo inherente al natural existir de quien por ello sufre más graves consecuencias que las que sufriría un sujeto carente de tal predisposición, con la consecuencia de considerarse su agravación no imputable al responsable del accidente desencadenante<sup>68</sup>. Esto, salvo en los casos de extrema propensión, en los que un suceso nimio o trivial basta para que la predisposición origine un daño desproporcionado (persona que padece del corazón y sufre un infarto al presenciar la pelea de su perro)<sup>69</sup>.

En cambio, debe acudirse a este criterio para descartar la imputación causal de los daños psíquicos sufridos por quien presencia un accidente o recibe la noticia de su acaecimiento (daños por *shock* o conmoción, *nervous shock*, *Schockschäden*). Para que estos daños sean indemnizados se exige que, además de la especial vulnerabilidad del afectado, haya un daño a la salud que exceda, por su tipo y gravedad, de los perjuicios que suelen producirse cuando se tiene una mala experiencia o se recibe la noticia del fallecimiento de un familiar cercano<sup>70</sup>.

En definitiva, la predisposición constitucional de la víctima o —de acuerdo con cierta terminología alemana— la *propensión al daño* (*Schadensanfälligkeit*) no constituye un riesgo general de la vida y, por tanto, no sustraído el agente a su imputación objetiva, ha de responder del daño causado<sup>71</sup>. Tal es la tendencia dominante en la mayoría de los Derechos foráneos donde se considera, precisamente, que la predisposición de la víctima no es una causa jurídica del daño que excluya o reduzca su crédito resarcitorio, siendo aplicable el principio inglés de «la regla del cráneo débil» (*the thin skull rule*) o del «cráneo de cáscara de huevo» (*the eggshell skull rule*), según la cual «el agente dañoso debe tomar a la víctima como la encontró» (*the tortfeasor must take the victim as he finds him*)<sup>72</sup>.

Ahora bien, cuando las consecuencias perjudiciales manifiestas se ven agravadas por el hecho dañoso, sin el cual no se hubiera producido el resultado considerado, estas sí pueden ser tenidas en cuenta para cuantificar la indemnización. Son las predisposiciones patentes o incapacidades preexistentes ya mensurables que deben computarse al concretar la indemnización debida<sup>73</sup>.

Finalmente, si la predisposición dañosa hubiera provocado con completa seguridad el mismo resultado que el acto dañoso, se ha de considerar que este se ha limitado a adelantar unos efectos que aquella habría generado por sí sola, por lo que se justifica la reducción de la cuantía de la indemnización<sup>74</sup>. El agente dañoso solo debe responder de los perjuicios derivados del anticipo (así, lucros cesantes que experimentan la víctima o quienes dependen económicamente de ella hasta el momento en que la enfermedad hubiera causado la incapacidad o el fallecimiento; gastos derivados de los cuidados o de la atención médica precisa

desde que se produjo el hecho dañoso hasta el momento en que la patología desarrollada naturalmente los hubiera hecho indefectibles; o daño moral derivado del adelanto del resultado lesivo)<sup>75</sup>.

#### IV. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA QUE FUNDAMENTA LA RESPONSABILIDAD

Según el criterio del fin de protección de la norma en que se funde la responsabilidad no pueden atribuirse a la conducta de un sujeto los daños que estén fuera de ese *telos* de la norma sobre la que pretende basarse la responsabilidad del demandado<sup>76</sup>. Es decir, no cabe atribuir responsabilidad a un sujeto que haya incurrido en alguna infracción normativa (culpa) cuando no hay relación alguna entre la finalidad de protección de la norma infringida y el daño producido.

La jurisprudencia chilena utiliza este criterio para excluir la responsabilidad del agente dañoso cuando su culpa no se relaciona con el daño sufrido por la víctima. Su exoneración se funda, por tanto, en que la culpa del agente dañoso no se encuentra vinculada con el daño y, a mayor abundamiento, se añade la culpa causativa de la víctima. Así sucedió en la sentencia de la Corte Suprema de 28 de agosto de 2007 que resolvió el caso de un tractor que tenía la revisión técnica vencida, carecía de seguro y era conducido por un trabajador sin permiso de conducción. Se consideró que estas circunstancias no eran suficientes para establecer la responsabilidad del empleador de la víctima, la cual, por su parte, viajaba en un lugar que no era apto para el transporte de personas<sup>77</sup>.

Este criterio se predica también de la víctima para negar su contribución causal. Así, se señala que, desde su perspectiva, hay que analizar si la infracción cometida por ella está relacionada con el daño padecido. Si un peatón atraviesa la calle por un lugar no habilitado e introduce su pie en una rejilla de aguas de lluvia en mal estado, no cabe apreciar su concurrencia causal, pues la norma que prohíbe cruzar la calzada por lugares no habilitados no está destinada a impedir que los ciudadanos caigan en rejillas de aguas pluviales, sino a no entorpecer el tránsito y a que los peatones no sean atropellados, por lo que no hay relación entre la infracción normativa cometida por la víctima y el daño padecido, debiendo, por tanto, ser indemnizada<sup>78</sup>.

#### V. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL INCREMENTO DEL RIESGO (O LA CONDUCTA ALTERNATIVA CORRECTA)

Según este criterio, no puede imputarse un daño a una conducta si, suprimida idealmente, el daño se habría producido con altísima probabilidad rayana en la certeza y cuando la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso<sup>79</sup>.

El profesor YZQUIERDO<sup>80</sup> ha señalado que se aplica, particularmente, a los casos en que se aprecia que la conducta de la víctima tuvo un peso absolutamente decisivo en comparación con la poco o nada relevante conducta del demandado. Ejemplifica que, siempre es posible conducir más despacio, pero, cuando un suicida se arroja desde el puente, por mucho que suprimamos idealmente la conducta del conductor que circulaba por aquel lugar a moderada velocidad, no se disminuye la probabilidad de que se produzca el atropello. En casos como el relatado, la conducta del agente no ha incrementado el riesgo, de modo que el

daño no resulta imputable a su actuación, sino exclusivamente a la de la víctima. Así sucedió en la STS de 17 de febrero de 2000, que, aunque no lo menciona, aplica tal criterio para negar la responsabilidad del centro psiquiátrico en el caso de quien ingresado en él, se escapa y se arroja a la ría para suicidarse.

Es el criterio que maneja la jurisprudencia cuando alude a los *riesgos incrementados, agravados, cualificados, intensificados, atípicos o extravagantes* en materia de asunción del riesgo por parte de la víctima. Si el riesgo asumido por la víctima no ha sido incrementado con una actuación negligente de su creador, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada; pero, si el riesgo ha sido incrementado con una actuación culpable de su artífice, este incurre en responsabilidad<sup>81</sup>. La STS de 7 de junio de 2006, al resolver el caso de quien fue embestido por un novillo, estimó que el riesgo que asumía la víctima no había sido incrementado ni agravado por el organizador del festejo; y esto, pese a que se había incumplido la exigencia reglamentaria de la presencia de un director de lidia, pues, de haber estado presente, el daño se habría producido de igual modo. Además «el control de la situación» correspondía a la víctima y, por esto, a ella deber imputarse el resultado dañoso. También la STS de 20 de septiembre de 2021: quien, realizando un curso de monitor a tiempo libre, subió al rocódromo con intención de bajar un cable que se hallaba suspendido en la parte alta de la instalación, y cayó desde una altura de seis metros, porque el arnés de seguridad le había sido colocado incorrectamente por una trabajadora. En este caso, el riesgo asumido por la víctima se vio agravado por el comportamiento descuidado de la empleada, *«en cuyo caso la asunción de riesgo por parte de la víctima resulta totalmente indiferente y el daño deberá ser íntegramente resarcido por su causante»*.

En alguna ocasión, la jurisprudencia alude a que la víctima ha incrementado el riesgo de sufrir el daño. Es el criterio que sostiene la STS de 21 de mayo de 2008, con ocasión del daño sufrido en una suelta de becerras por quien, desoyendo los avisos que se le hicieron, permaneció en la arena y fue arrollado por un toro manso. La víctima no solo asumió el riesgo, sino que *«lo incrementó»* —dice el Alto Tribunal— *«permaneciendo en el ruedo con inobservancia de las instrucciones de los organizadores, a quienes no puede atribuírseles la creación de un mayor riesgo que el aceptado por aquel»*.

## VI. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

La prohibición de regreso niega la imputación objetiva del daño cuando en el curso causal puesto en marcha por un sujeto se ha interpuesto la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero<sup>82</sup>. Así, no cabe imputar a quien pagó una deuda al acreedor el crimen que este cometió con la pistola adquirida con el dinero obtenido<sup>83</sup>. No puede, por tanto, retrocederse en el acontecer causal para imputar al agente que lo inició las consecuencias originadas por el comportamiento doloso o gravemente imprudente de un tercero, que sería la única causa jurídica del daño.

Algunas sentencias, para declarar la exoneración del agente físico dañoso, dicen acudir al criterio de la prohibición de regreso cuando, en realidad, resulta improcedente, por estarse, sencillamente, ante casos de culpa exclusiva de la víctima a la que debe imputarse la totalidad del daño<sup>84</sup>, sin que haya un sujeto que iniciara el curso causal y un tercero que se interpusiera con su actuación dolosa o negligente.

La STS de 24 de octubre de 2003, ya mencionada (menor que cae desde la claraboya de un convento), acudió, para exonerar a los demandados (encargado y aparejador de las obras y comunidad religiosa titular del convento) no solo el expediente de la competencia de la víctima, sino también al de la prohibición de regreso, por ser «*uno de los criterios [...] que más se acomodan al caso de autos*» de suerte que «*no es posible la imputación, cuando puesta en marcha la relación causal, sin embargo el daño se produce por [la]subsiguiente intervención dolosa o gravemente imprudente de un tercero, no pudiendo regresar desde el tercero causante del daño al que inició el curso causal*». No se alcanza a comprender por qué acude al Tribunal Supremo al criterio de la prohibición de regreso, pues, con sus declaraciones, identifica al tercero (que para este criterio es el agente dañoso) con la víctima del daño<sup>85</sup>; esto es, viene a sostener que la víctima culpable de su daño no puede regresar hacia el agente físicamente dañoso para imputarle la responsabilidad.

También alguna doctrina acude a esta extraña identificación del tercero causante del daño con la víctima autocausante de su daño, y la reviste como expresión del criterio imputativo de la prohibición de regreso. Así, se ha dicho<sup>86</sup> que la STS de 2 de abril de 2004, aplica el criterio de la prohibición de regreso (pese a que no lo menciona) y el de la asunción del riesgo con ocasión de una víctima que se adentra en una fábrica abandonada a través del agujero de una de las vallas de cierre y, al acceder a un transformador de electricidad, se apoya en un interruptor y sufre una descarga eléctrica que le provoca la pérdida de sus manos. Se sostiene que la conducta ilícita de la víctima, enderezada a apoderarse de unas tuberías de cobre, interfirió en el curso causal de los hechos y propició el accidente, con independencia del riesgo creado en sí por el suministro eléctrico (prohibición de regreso); y esto aparte de que su conducta suponía aceptar el riesgo inherente a las contingencias nocivas de la edificación (asunción de riesgo). En realidad, se trataba de un caso de culpa exclusiva de la víctima.

Extrañamente también, la SAP de Madrid (Secc. 11.ª) de 30 de mayo de 2019 aplica la doctrina de la prohibición de regreso, pero no lo hace para afirmar la culpa exclusiva de la víctima impidiendo regresar al agente, sino para negar su autorresponsabilidad en un caso en que quedó acreditado que la infección bacteriana era de origen nosocomial, no pudiendo encausarse en el comportamiento de la demandante que, según dice el hospital, no siguió las instrucciones médicas posteriores a la intervención quirúrgica. La causa cierta y directa es la infección hospitalaria, sin que quepa indagar sobre una posible causa remota (comportamiento del demandante). Aquí la prohibición de regreso va en otra dirección, pues el hospital demandado es quien no puede «regresar» a la víctima para imputarle el daño sufrido.

Correctamente, en cambio, la SAP de Murcia (Secc. 5.ª) de 28 de octubre de 2014 aplica la doctrina mencionada al titular del establecimiento que vendió una botella de vodka a unos menores, pues fue quien puso en marcha el curso causal, en el que se interpuso la conducta de un tercero y de la propia víctima. Tras ingerir el alcohol, en un club náutico, uno de ellos golpea un cristal que, al romperse, le causa la muerte. La Audiencia considera que, en virtud de la «prohibición de regreso», no hay relación de causalidad entre la venta ilícita de alcohol y la muerte que se produce, no por la ingesta del alcohol, sino por el golpe que le propinó al cristal; y además, condena al club a abonar una indemnización del 20% por permitir la entrada del menor y no tener laminados los cristales de cerramiento.

## VII. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA PROVOCACIÓN

El criterio de la provocación determina la responsabilidad de quien ha creado ilegítimamente un peligro para otro (o para sus bienes) por los daños sufridos durante la persecución para atraparlo o durante el intento de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro<sup>87</sup>. Abarca, por tanto, dos tipos de casos.

Primero, el de la persona que resulta dañada (o que daña a un tercero) en un accidente sufrido durante la persecución de un delincuente (o dañante) que huía del lugar de los hechos. Los daños padecidos por el perseguidor (o por el tercero) se imputan objetivamente a quien huía porque tal persecución fue *provocada* por él<sup>88</sup>. A su vez, si el delincuente (o dañante) sufre daños durante su persecución, estos solo le pueden ser imputados a él (*sibi imputet*).

Segundo, el de los daños sufridos por una persona en el intento de salvar su vida, integridad física o sus bienes (o los causados en el intento de salvar la vida, la integridad física o los bienes de un tercero) que son imputables a quien culpablemente creó la situación de peligro sobre esos bienes jurídicos<sup>89</sup>. Su campo de actuación clásico es la responsabilidad civil derivada de delito, para proteger los bienes jurídicos puestos en peligro por el agente de una conducta delictiva. El criterio de la provocación sirve, por tanto, para resolver las denominadas acciones de salvamento o *rescue cases*, cuando se trata de socorrer a un prójimo en peligro. En el transcurso de la acción de salvamento pueden sufrir daños el beneficiario, el socorrista y algún tercero<sup>90</sup>. Pues bien, los daños sufridos por el socorrista (rescatador, *rescuer*) en su persona o en sus bienes al intentar salvar a otro<sup>91</sup>, muchas veces de índole psíquica (estrés postraumático), no deben considerarse daños debidos a culpa de la víctima si su conducta fue razonable (proporcionada), sino atribuirse a quien originó la situación peligrosa<sup>92</sup>. Lo mismo cabe decir cuando la víctima los ha sufrido en su intento de ponerse a salvo de un daño mayor del que se encuentra amenazada por otro. En ambos casos, la conducta de la víctima resulta *provocada* por quien ha generado la situación peligrosa, que es quien debe indemnizar el daño.

La jurisprudencia penal ofrece casos de quienes resultan dañados al tratar de ponerse a salvo de un peligro sobre su persona. La STS, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 2005, resolvió el supuesto de quien, tras ser víctima de un robo a punta de pistola, es retenido ilegalmente y sufre lesiones personales, cuando, al huir de sus captores, que lo forzaban con bisturís y cable eléctrico para que se quitara la ropa, se lanza contra el cristal de la puerta de acceso del salón a la terraza y salta a la vía pública. Los daños se los causó la víctima intentado eludir la acción criminal contra su integridad moral. Por tanto, no le son objetivamente imputables a ella, sino a los delincuentes que, creadores del peligro para la víctima, provocaron tal situación. La sentencia aplica el criterio de la provocación, aunque no lo menciona expresamente<sup>93</sup>.

También la STS, Sala Segunda, de 5 de diciembre de 2013. Dos sujetos, portando una pistola y un arma blanca, se apostaron en el domicilio de José Manuel, sabedores de que se dedicaba a la compraventa de oro y joyas, abalanzándose sobre él y penetrando en el interior de su casa, donde le golpearon y le exigieron la entrega de tales bienes. La pareja de José Manuel, Visitación, fue obligada a permanecer en el dormitorio. Al intentar huir José Manuel, uno de los agresores le disparó dos tiros sin alcanzarle. Visitación, al oír los disparos, intentó escapar descolgándose a través del balcón del dormitorio, perdiendo pie en su intentona y cayendo al vacío sobre la acera. Al margen de la condena penal, lo que interesa a nuestros efectos, es destacar que el Tribunal Supremo considera que los

disparos llevaron a que Visitación percibiera el peligro de ser la siguiente víctima mortal, por lo que el resultado lesivo de su caída es imputable a los agresores que provocaron su desesperada huida.

Señala FERNÁNDEZ CRENDE<sup>94</sup> que, en casos como los descritos, las personas que se ponen a salvo tienen derecho a ser indemnizadas si su conducta fue *proporcionada* en el sentido de *razonable*, esto es, cuando el riesgo creado por el intento de salvamento no sea excesivo, cuando el bien jurídico objeto de salvamento sea de gran valor o cuando la probabilidad de salvarse sea elevada<sup>95</sup>.

En esta línea, la STS de 10 de diciembre de 2004 aprecia causa exclusiva de la víctima en un caso en que una persona fallece al intentar salvar la vida de otra que se estaba ahogando en el mar, en una zona alejada del uso habitual de los bañistas, sin que hubiera servicios de socorristas municipales y estando el «mar mal». La demanda de la viuda se presentó contra el Ayuntamiento de la localidad del suceso y no, como podía haber hecho, con base en la provocación, contra los herederos de la persona a quien intentó salvar su marido: «[...] *el hecho en cuestión no puede ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable [...] ya que aparte de la actuación personal del fallecido creadora del riesgo por su comportamiento, que aunque impregnado de un sentimiento solidario de amistad y altruismo, no tuvo en cuenta el mal cariz que presentaba el mar, que en ese momento suponía un peligro serio*».

## VIII. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

El principio de confianza —señala JAKOBS<sup>96</sup>— implica que quien genera una situación inocua no es responsable si puede confiar en que quien actúa a continuación cumpla sus deberes (ej., si entrego un reloj de oro de gran valor a un tercero, puedo esperar que este lo cuidará y no lo dañará). También se incluye la confianza en que el cometido de un tercero se ha desenvuelto de modo correcto, sin que sea responsable de causar un daño si esa confianza resulta frustrada (ej., el cirujano puede confiar en que el material que utiliza ha sido convenientemente esterilizado)<sup>97</sup>.

En este sentido, AEDO BARRENA sostiene que la víctima no incurre en culpa si su conducta ha sido dispuesta por el agente y ella se ha atenido de modo escrupuloso a sus directrices. La víctima, cumpliendo su rol, confía en que el agente ha actuado de modo correcto, pero resulta que no ha sido así. Por ejemplo, si un médico prescribe erróneamente un medicamento (ya sea por el efecto perseguido o por la dosis pautada) la víctima no será culpable de los daños derivados de esas prescripción errónea al haber confiado en él y seguido sus instrucciones<sup>98</sup>.

Tampoco hay culpa (al menos exclusiva) de la víctima que se ha expuesto al daño cuando la conducta del causante es ilícita: quien conduce a excesiva velocidad y atropella al peatón que cruza la calle sin mirar no puede alegar el principio de confianza para quedar exonerado<sup>99</sup>.

Finalmente, no puede exonerarse con base en tal principio el garante que incumple el deber que le afectaba y ello da lugar a que la víctima padezca sus daños: así, el empleador debe proteger la vida y la salud de su empleado, de suerte que debe evitar determinadas conductas autodañosas<sup>100</sup>. Y esto es así aunque el deber de garante no esté establecido normativamente. De modo ilustrativo, se cita el caso del productor de películas de esquí que filma a unos esquiadores y que, sabedor de una alerta de alud, les transmite dicha información, pese a lo cual, los esquiadores mantienen la actividad prevista y mueren como consecuencia de

la avalancha. En tal caso, hay culpas de las víctimas, pero no las habría si se les hubiera omitido dicha información. Lo mismo cabe decir de quien transmite sexualmente el VIH, tras ocultar tal enfermedad, pues no cabe apreciar que el contagio se haya producido por culpa de la víctima<sup>101</sup>.

Alguna sentencia ha utilizado este criterio para atribuir los daños parcialmente a la víctima. La STS de 6 de mayo de 2021, en un caso de causa concurrente, declaró que los daños *no le son objetivamente imputables únicamente a la víctima*, pues contribuyeron a su producción dos conductas: la del menor víctima del daño que, rezagado en la línea de caza, dificultó que el cazador pudiera verlo, *quebrando el principio de confianza* (20%) y la del cazador que disparó a su espalda sin cerciorarse debidamente de que no había nadie en la trayectoria del tiro (80%). También acude a él la STS de 22 de febrero de 2010, que registro en el siguiente epígrafe, en un caso en que el conductor confiaba en no encontrarse con un peatón dentro de la autopista.

#### IX. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA ADECUACIÓN (O PROBABILIDAD)

El criterio de la adecuación (causalidad adecuada o eficiente) niega la imputación en supuestos de cursos causales extraños o anormales. Según el mismo, no cabe imputar objetivamente un daño a la conducta de quien lo causó físicamente si su producción hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado (con los especiales conocimientos del dañante) que hubiese considerando la cuestión *ex ante*<sup>102</sup>. La adecuación implica que solo son imputables a una conducta los resultados dañosos que sean objetivamente previsibles para un espectador externo.

La jurisprudencia suele acudir a este criterio muchas veces para imputarle los daños a la víctima. Lo aplica la STS de 22 de febrero de 2010, con ocasión del atropello mortal de la pasajera de un vehículo que, de noche, bajó del mismo y cruzó la autopista para dirigirse a efectuar sus necesidades fisiológicas. Dice la sentencia que *«la valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente»*, destacando la *«decisiva, grave y exclusiva incidencia»* de la víctima en su atropello. A su vez, para justificar, contra el criterio mantenido por la Audiencia, que no cabe atribuir al conductor una cuota de aportación causal del 25%, acude *al principio de confianza* que, en este caso, funda en que, por las características de la vía, era por completo imprevisible la presencia de peatones.

La STS de 21 de marzo de 2007 atribuyó parte de su daño a los espectadores de una prueba automovilística que fueron arrollados cuando se hallaban situados al borde de la carretera por donde circulaban los automóviles. Su cuota de aportación causal se cifró en un 20%, frente al 80% de los organizadores, por la negligente falta en la adopción de medidas de protección, pues su proceder *«ha contribuido de forma natural, adecuada y suficiente a la producción del resultado lesivo»*.

También la STS de 25 de enero de 2007, al resolver el accidente sufrido por el cliente de una discoteca que, bajo una intoxicación etílica, cayó al suelo al intentar superar la barandilla de la terraza, se refiere a la causalidad jurídica apreciada *«en términos de adecuación o eficiencia»*, para concluir que la relevancia causal del resultado lesivo se debió al comportamiento del perjudicado, como único desencadenante del daño de acuerdo con *«una valoración adecuada y lógica del curso causal de las cosas»*.

Por último, la STS de 20 de diciembre de 2007: la víctima quiso dar de beber a unos tigres de bengala encerrados en su jaula-remolque, sin haber recibido orden alguna a tal fin; y, tras superar las vallas colocadas alrededor del carramato para evitar el acceso al mismo, introdujo el brazo izquierdo en la jaula, siendo seccionado por una de las fieras: «*la causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra [...] en la propia conducta de aquel, quien consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia*».

#### X. OBSERVACIONES FINALES: LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTAS AUXILIARES PARA DETERMINAR SI HAY CULPA DE LA VÍCTIMA EN LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La jurisprudencia acude a los criterios normativos de imputación objetiva como herramientas auxiliares<sup>103</sup> para resolver el problema de la causalidad y, a su través, exonerar al agente dañoso por falta de culpa imputativa y culpa exclusiva de la víctima o, simplemente, exonerarle por atribuir el daño en exclusiva a la contribución causal de la víctima.

La mayor parte de las sentencias siguen manejando el concepto de culpa exclusiva de la víctima y *rotura del nexo causal* (total o parcial) (incendio en el inmueble, rocódromo, accidente de caza) o *interferencia en el curso causal* (tigres de bengala). De hecho, resulta menos frecuente acudir a dichos criterios cuando se trata de casos de concurrencia de causas de agente y paciente haciendo referencia, entonces, a que los daños no pueden atribuirse en exclusiva a la víctima.

El recurso a los criterios de imputación objetiva en sede de responsabilidad subjetiva sirve para determinar la preeminencia de la culpa de la víctima y descartar la incidencia de la culpa del agente dañoso por no ser causalmente relevante. Por lo general, el riesgo general de la vida se identifica con un caso fortuito de la víctima (daños que debe soportar, aun cuando su conducta muchas veces no sea culpable) cuando no hay culpa del agente dañoso y se aplica, fundamentalmente, en el ámbito de las caídas, pues las predisposiciones dañosas, en principio, no deben entenderse como riesgos naturales del dañado con efecto exonerador. El criterio del fin de la norma sirve para negar la relevancia causal de la culpa del agente dañoso, pues su infracción es ajena al daño que la víctima se ha autocausado (sentencia chilena del tractor). El criterio del incremento del riesgo determina la exclusión de la responsabilidad del agente dañoso cuando su culpa nada ha tenido que ver con el daño padecido por la víctima (casos del conductor que atropella al suicida y del enfermo psiquiátrico que se escapa y se quita la vida)<sup>104</sup>. La prohibición de regreso a la que acude en ocasiones el Tribunal Supremo en casos de culpa exclusiva de la víctima es un expediente que, empleado con un sentido distinto al de su formulación, niega la imputación (regreso) del daño al agente dañoso cuando ha sido ella quien se lo ha autoirrogado (entrada ilícita en finca ajena con electrocución) o, incluso, niega el regreso del agente a la víctima, cuando es él quien ha causado el daño (caso de la infección bacteriana nosocomial).

Frente a los anteriores, el principio de confianza sirve para negar la relevancia causal de la culpa de la víctima y no para afirmarla en casos en los que la víctima ha seguido las directrices del agente dañoso (caso del paciente del médico), su conducta carece de relevancia causal por tenerla la conducta culpable del agente dañoso o por ocupar este (normativamente o no) una posición de

garante de la víctima (caso del empresario y sus trabajadores; caso del productor de cine y los esquiadores y caso del contagio de VIH). Por el contrario, también se ha usado este criterio para atribuir los daños a la víctima que quebranta la confianza (sentencias de la caza y del conductor que confía en no encontrarse con un peatón en la autopista). Particularmente útil es el criterio de la provocación, de especial relevancia en la responsabilidad civil derivada de delito, pues sirve para imputar los daños a quien ha provocado la actuación de aquella, ya sean los que sufre el delincuente (o agente dañoso) en el curso de una huida provocada por su actuación, ya sean los que sufre quien pretende salvar a otro o salvarse a sí mismo de un peligro creado por un tercero (sentencias penales de quienes saltan por la terraza o el balcón al ser amenazados). En los primeros casos, hay culpa de la víctima provocadora; en los segundos, pese a su apariencia, no hay culpa de la víctima y el daño se atribuye al provocador. Finalmente, los dos criterios a los que más se acude, *ex abundantia cordis*, para exonerar por culpa exclusiva de la víctima, son el de la competencia de la víctima, para resaltar que a ella le corresponde el control de la situación (sentencias de caída del menor por la claraboya del convento; de acceso ebrio a la piscina de un hotel; del juego con la pistola; y de la subida a escenario móvil no apto para el público) y el de la adecuación, como criterio causal de cierre, para concluir que la víctima ha aportado en exclusiva o concurrentemente la causa eficiente del daño (caso del atropello a persona en autopista; del salto en discoteca en estado de embriaguez; y de la introducción de la mano en la jaula del tigre de bengala).

En sede de responsabilidad objetiva, lo relevante es si el daño constituye realización del riesgo típico creado por el agente dañoso o si, por el contrario, ha sido un riesgo atípico el causante del daño a través de fuerza mayor extraña o una culpa de la víctima. En estos casos, es cláusula de estilo acudir al criterio de la causa adecuada (en el sentido de eficiente) y suficiente de la víctima para excluir la imputación causal del daño al agente. Ahora bien, cuando se trata de la asunción de un riesgo específico por parte de la víctima, se suele recurrir muchas veces a la noción del riesgo incrementado para apreciar la presencia de una conducta culpable del creador del riesgo no asumida por la víctima, que funciona como criterio atributivo de responsabilidad por resultar, la figura asuntiva, en tales casos, un indiferente jurídico.

## XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS

### SENTENCIAS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 17 de febrero de 2000
- STS de 8 de mayo de 2001
- STS de 24 de enero de 2003
- STS de 24 de octubre de 2003
- STS de 2 de abril de 2004
- STS de 10 de diciembre de 2004
- STS de 6 de septiembre de 2005
- STS de 21 de octubre de 2005
- STS de 2 de marzo de 2006
- STS de 7 de junio de 2006
- STS de 25 de enero de 2007
- STS de 21 de marzo de 2007

- STS de 20 de diciembre de 2007
- STS de 21 de mayo de 2008
- STS de 23 de julio de 2008 (núm. 720)
- STS de 23 de julio de 2008 (núm. 780)
- STS de 17 de febrero de 2009
- STS de 22 de febrero de 2010
- STS de 23 de febrero de 2010
- STS de 18 de marzo de 2014
- STS de 6 de febrero de 2015
- STS de 6 de mayo de 2021
- STS de 20 de septiembre de 2021
- STS de 28 de octubre de 2021

#### SENTENCIAS DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 5 de septiembre de 2001
- STS de 26 de septiembre de 2005
- STS de 5 de diciembre de 2013

#### SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 29 de octubre de 1998
- STS de 8 de abril de 2003
- STS de 13 de abril de 2015

#### SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Comunidad Valenciana de 2 de enero de 2003

#### SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Murcia (Secc. 5.<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 2014
- SAP de Barcelona (Secc. 14.<sup>a</sup>) de 23 de julio de 2018
- SAP de Madrid (Secc. 11.<sup>a</sup>) de 30 de mayo de 2019

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, C.E. (2013). El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: una mirada desde la imputación objetiva. En C. Domínguez Hidalgo y otros (dirs.). *Estudios de Derecho civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Santa Cruz 2012*, Santiago de Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters, 505-523.
- (2015). La cuestión causal en la Lex Aquilia y su solución mediante el mecanismo de la culpa, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, núm. 37, 37-75.
- (2020). La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el Derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 35, dic., 117-145.

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2021). Acción imprudente que propicia una acción dolosa de un tercero. ¿Prohibición de regreso? En J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez. *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. T. I. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 237-298.
- ARCOS VIEIRA, M.L. (2005). Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión), *Cuadernos de Aranzadi Civil*. Cizur Menor: Aranzadi.
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2021a). La relación de causalidad. En M.E. Clemente Meoro y M.E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de Daños*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 397-428.
- (2021b). La imputación objetiva del daño. En M.E. Clemente Meoro y M.E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de Daños*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 429-450.
- COSTAS RODAL, L. (2021). La responsabilidad civil por daños personales por caídas en establecimientos abiertos al público. En J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. T. I. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 1641-1687.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2000). Prólogo al libro de I. de Cuevillas Matozzi. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 13-31.
- (2014). *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la «imputación objetiva» y otros extremos*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. V, *La responsabilidad civil extracontractual*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2022). Imputación objetiva y causalidad. Concurso de culpas y compensación de responsabilidades en daños por incendio y subrogación del asegurador, *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas* (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com>), 18 de enero, 13 pp.
- FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2008). Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación. Comentario a la STS, Sala Segunda, 26 de septiembre de 2005. *InDret*, en., 1-9.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2013). Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. En M.J. Herrador Guardia (coord.). *Derecho de Daños*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 65-142.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2008). *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Comares.
- GÓMEZ CALLE, E. (2013). La contribución de la víctima a la causación del daño. En M.J. Herrador Guardia (dir.). *Derecho de Daños*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 237-295.
- (2015). Víctimas vulnerables y Derecho de Daños, *ADC*, t. 68, 1197-1310.
- JAKOBS, G. (1994). *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- MARTÍN CASALS, M. (2011). La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual, en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011. Murcia: Editum, 11-111.

- MEDINA ALCOZ, M. (2003). *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson.
- (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson, Madrid.
- (2010). El alumno, la gimnasia, el profesor y el colegio: Sobre la asunción del riesgo por parte de un menor durante una actividad deportiva obligatoria. Comentario a la STS (Sala Primera) de 17 de febrero de 2009, *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 29, 213-229.
- (2020). La virtualidad del riesgo general de la vida como criterio de exoneración de la responsabilidad civil: el descubrimiento de la falta de culpa del agente dañoso. En J. López y García de la Serrana (dir.). *XX Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Las Rozas: Sepín, 665-716.
- MEDINA CRESPO, M. (1996). *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Granada: Comares.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (2002). Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas. En *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Thomson-Civitas, 2591-2627.
- PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código Civil*, T. II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1561-1592.
- (1991). Comentario al artículo 1902 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1971-2003.
- (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas). En J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 437-465.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2002). *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares.
- (2011a). El alcance del principio de «los riesgos generales de la vida» como criterio de exclusión de la responsabilidad civil. En M.J. Herrador Guardia (coord.), *Derecho de Daños*, Las Rozas: Sepín, 2011, 149-192.
- (2011b). *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2021). La imputación objetiva como instrumento fundamental para la delimitación del ámbito de lo resarcible por parte de la jurisprudencia. En J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez (dirs.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, dir., T. III, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 993-1019.
- RAGUÉS i VALLÉS, R. (2001). Proceso al buen samaritano. Acciones de salvamento y responsabilidad por daños. *InDret*, marzo, 1-12.
- REGLERO CAMPOS, L.F. y MEDINA ALCOZ, L. (2014). Capítulo V: El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago (coords.), T. I, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 767-970.
- ROCA TRÍAS, E. (2009). El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, *InDret*, oct., 1-17.

- SALVADOR CODERCH, P. / FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2006). Causalidad y responsabilidad. *InDret*, en., 1-25.
- SAN MARTÍN NEIRA, L.C. (2018). *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. Santiago de Chile: DER Ediciones.
- SEIJAS QUINTANA, J.A. (2016a). Cambios sustanciales durante la última década en la doctrina jurisprudencial de responsabilidad civil, en *Ponencias sobre Responsabilidad Civil y el nuevo baremo de daños*, XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Las Rozas: Sepín, 271-302.
- (2016b). Posición actual del Tribunal Supremo en los pleitos por daños. En M.J. Herrador Guardia (dir.). *Daño, responsabilidad civil y seguro*. Madrid: Lefebvre el Derecho, 33-96.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M. (2019). Caídas, responsabilidad civil de comunidades de propietarios y riesgos generales de la vida. A raíz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 408/2018, de 23 de julio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- SPIER, J. (2008). Capítulo 3. Relación de causalidad, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), coord. M. Martín Casals. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 79-102.
- VON BAR, Chr. (2009). *Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code)*, vol. 7, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Antother* (PEL Lia. Dam.). Munich: Sellier.
- XIOL RÍOS, J.A. (2010). La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 84, (julio-agosto), 6-30.
- Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños. En M.J. Herrador Guardia (coord.). *Derecho de Daños*. Las Rozas: Sepín, 25-110.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 7.ª ed., Madrid: Dykinson.

## NOTAS

<sup>1</sup> SEIJAS QUINTANA, J.A. (2016a, 275; 2016b, 45). Últimamente, la STS de 6 de mayo de 2021 (Pte.: Excmo. Sr. VELA TORRES) ha declarado que las pautas o reglas para excluir la responsabilidad son: «a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las “desgracias” si existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma. e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual, aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula de cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan al caso fortuito».

<sup>2</sup> 1990, 1562. También SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 19) y GÓMEZ CALLE, E. (2013, 253).

<sup>3</sup> Vide este esquema clásico en MONTÉS PENADÉS, V.L. (2002, 2592 y 2593).

<sup>4</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015, 17-18; 2021, 265).

<sup>5</sup> 2014, 776.

<sup>6</sup> Nótese cómo este autor utiliza indistintamente, y como sinónimas, las expresiones imputación objetiva e imputación causal (2014, 767 y sigs.).

<sup>7</sup> 2021, 214. El autor se suma a las críticas (puesta a prueba) vertidas hacia la teoría de la imputación objetiva, aunque destaca que «ha servido para introducir criterios que han puesto orden en el panorama» (2021, 228).

<sup>8</sup> 2014, 63.

<sup>9</sup> Señala, además, que esta secuencia intelectual no tiene que producirse por igual cuando se discute sobre el fenómeno de la responsabilidad civil en abstracto que cuando se trata de un caso concreto, especialmente si hay un procedimiento judicial en curso (2014, 67). De hecho, recoge numerosas sentencias en las que los razonamientos en torno a la culpa se entremezclan con los atinentes a la causalidad (90-94). Cuestiones estas que ya había planteado en el prólogo al libro de I. DE CUEVILLAS MATOZZI (2000), *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 13-31.

<sup>10</sup> 2014, 124. Dice: «La adopción de otro criterio (por ejemplo, emprender el razonamiento a partir de la causalidad) obliga a desarrollar argumentos que no pocas veces acaban siendo redundantes o, sencillamente, inútiles». Finaliza afirmando que la jurisprudencia ha producido una especie de *inflación o hipertrofia* de razonamientos en los que se argumenta utilizando el concepto de *relación de causalidad*.

<sup>11</sup> 2011b, 151; lo analiza detalladamente en 124-131; también en 2011a, 183 y 187.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021, 267). Ya REGLERO CAMPOS (2014, 774, nota 12) señalaba que, una «vez determinada la relación y la imputación causal, habrá que decidir si intervino culpa o negligencia del causante en los casos en que sea aplicable un sistema de responsabilidad subjetiva o si el hecho ocurrió dentro del ámbito de aplicación de una norma que instituye un sistema objetivo de responsabilidad»; para concluir: «Aunque [...] en la mayor parte de los casos de estricta aplicación de una responsabilidad objetiva, el criterio de imputación se identifica con la imputación causal».

<sup>13</sup> 2021, 998, 1012, 1017.

<sup>14</sup> 2011, 35; 2010, 9.

<sup>15</sup> SAN MARTÍN NEIRA, L.C. (2018, 50).

<sup>16</sup> AEDO BARRENA, C.E. (2015, 69-72, *passim*).

<sup>17</sup> AEDO BARRENA, C.E. (2013, 509-510). Y sostiene (2020, 117) que «la culpa opera como mecanismo de auxilio de la causalidad».

<sup>18</sup> 2021, 273-274. De hecho, destaca que la jurisprudencia realiza dos juicios normativos similares, llegando incluso a utilizar *indistintamente* para la imputación objetiva y para el juicio de culpabilidad conceptos como incremento del riesgo, caso fortuito o riesgo general de la vida, adecuación o previsibilidad.

<sup>19</sup> MEDINA CRESPO, M. (1996, 52, 56 y 59).

<sup>20</sup> Esto, pese a que la doctrina ha afirmado de consuno que la teoría de la imputación objetiva proyecta su radio de actuación sobre ambos regímenes (el subjetivo y el objetivo). Con carácter general, PANTALEÓN PRIETO (1990, 1596) señalaba que la distinción entre causalidad (física) e imputación objetiva era un paso «imprescindible para la racionalización del Derecho español de daños». Por su parte, ARCOS VIEIRA M.L. (2005, 79) también considera aplicable esta teoría a ambos estatutos, pues afirma que hay que limitar los daños indemnizables «aun cuando debiera exigirse además que dicha conducta fuera negligente por tratarse de un caso de responsabilidad subjetiva». También SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 19).

<sup>21</sup> Sobre su construcción teórica, *vide* MEDINA ALCOZ (2003) y MEDINA ALCOZ (2004), donde explico el significado causal de cada una de estas figuras.

<sup>22</sup> 1991, 987; 1990, 1590.

<sup>23</sup> En su opinión (1990, 1590) este «viejo criterio» sigue siendo útil para encontrar la correcta solución de supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que no la tienen mediante los otros criterios de imputación. En este sentido, también FERNÁNDEZ CRENDE (2008, 5). También el Tribunal Supremo (lo destaca XIOL RÍOS, J.A., 2010, 17); y alguna sentencia señala que el criterio de la causa adecuada es, para unos, «filtro de los restantes criterios de imputación»; y, para otros, «residual del cierre del sistema» (STS de 21 de octubre de 2005).

<sup>24</sup> 2014, 780-812, si bien considera que la causa adecuada es el criterio general al que se unen otros específicos que sirven para definir casos de adecuación negativa o de exclusión de la imputación objetiva.

<sup>25</sup> 2021, 223-227, pero matiza que defender que el «criterio de la adecuación» está llamado a tener un papel residual es poco realista, pues constituye la utilización de la teoría de la causalidad adecuada que, en su opinión, «continúa siendo la idea vertebral» (229).

<sup>26</sup> 2011, 366-374. Seguido por BLASCO GASCÓ, F.P. (2021b, 447).

<sup>27</sup> 2011, 370-371 y 374.

<sup>28</sup> 2011, 374. El autor pone el siguiente ejemplo: si en un ascensor, dotado de un aviso que prohíbe la entrada a más de cuatro personas, entran tres y permiten, después, la entrada de otros tres, incumbe a los seis controlar la situación.

<sup>29</sup> 1994, 31-32.

<sup>30</sup> 2014, 269.

<sup>31</sup> Como la STS de 24 de enero de 2003, en un accidente sufrido por un joven de diecinueve años que trepó por una torre de alta tensión y cayó al suelo desde una altura de diecisiete metros por el contacto con uno de los conductores.

<sup>32</sup> Alude la sentencia a las SSTs de 6 de septiembre de 2005 (menor de cuatro años fallecido al caer en la alberca de un cortijo), de 7 de junio de 2006 (daños sufridos al ser embestido por un novillo), de 23 de julio de 2008 (daños padecidos por menor embriagado al usar clandestinamente la piscina de un hotel) y de 23 de febrero de 2010 (daños de un menor de once años al manejar incorrectamente unos petardos, estimándose su contribución causal con sus padres, por falta de vigilancia, en un 40%; y la de quien se los proporcionó de modo imprudente en un 60%).

<sup>33</sup> Sentencia comentada por P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (2022).

<sup>34</sup> Resultan sugerentes las observaciones que realiza la sentencia para apreciar la concurrencia o no de los otros criterios de imputación objetiva: « [...] no nos hallamos ante un riesgo general de la vida, que se deba soportar por la circunstancia de vivir en sociedad, sino ante uno específico derivado de la prestación de los servicios profesionales por el empleado de la empresa subcontratista en el ejercicio propio de sus funciones. No era una desgracia derivada del azar en la lotería de la vida, sino representable y prevenible de haber sujetado debidamente la hoja de sierra desprendida, que constituye un instrumento cortante empleado en un lugar de cableado del edificio.

*Tampoco es aplicable la doctrina de la prohibición de regreso, dado que nos encontramos ante dos conductas negligentes cofavorecedoras de la producción del daño, sin que una de ellas constituya una causa próxima, que excluya a la otra por su consideración de remota o independiente, sino que ambas son negligentes en la producción del daño, si bien lo sean en porcentajes diferentes.*

*Por otra parte, se infringió por dicho empleado el genérico deber de cuidado impuesto por el ordenamiento jurídico de no causar daño a otro y de obrar con la diligencia debida, atendidas las circunstancias de tiempo y lugar (arts. 1902, 1101 y 1104 CC), independientemente de que la titular del inmueble no observara la normativa del Reglamento de Baja Tensión de 2002, con respecto al principio del fin de protección de la norma.*

*El incremento del riesgo fue obvio en la actividad desplegada por el operario de la subcontratista recurrente, al utilizar herramientas cortantes, sin la sujeción correspondiente, en una zona de cableado, de manera que, de haber obrado correctamente, el resultado dañoso no se hubiera producido (incremento del riesgo y conducta alternativa conforme a derecho). En cuanto a la competencia de la víctima concurre, aunque no de forma exclusiva, sino convergente, en los porcentajes antes reseñados.*

*Por último, el evento no era imprevisible, sino representable y prevenible, sin que nos hallemos ante un supuesto de caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil».*

<sup>35</sup> 2006, 7-17. Además de los siguientes: *foresight test* (adecuación), *general life risks* (riesgos generales de la vida), *remoteness* (prohibición de regreso), *bilateral care* (confianza), *breach of statutory duties* (ámbito de protección de la norma), *provocation* (provocación), *victim's consent* (consentimiento de la víctima).

<sup>36</sup> 2005, 98-117.

<sup>37</sup> 2002, 2614.

<sup>38</sup> 2011, 35-36. Para este autor son tres los criterios: el del ámbito de protección de la norma infringida, el de la prohibición de regreso y el de la causalidad adecuada o eficiente que incluye criterios en relación con el agente (falta de proximidad, falta de control, intervención de terceros, ausencia de incremento del riesgo, ausencia de creación de una situación de confianza, como cuando se es garante del cumplimiento de una obligación) y en relación con la víctima. Con anterioridad, había puesto de relieve (2010, 6-30) que el Tribunal Supremo acude a la imputación objetiva, entre otras, como *técnica de integración del nexo de causalidad* para determinar la cuotas de aportación causal en los casos de concurrencia de conductas dañosas.

<sup>39</sup> 2018, 50 y 54.

<sup>40</sup> 2011, 17. Propone que hay que revisar el catálogo de los criterios de imputación objetiva, pues algunos no son propiamente criterios de imputación en el sentido de limitar el alcance de la responsabilidad para corregir los excesos de la regla de la *condicio sine qua non*, pues, por ejemplo, la asunción de riesgo y la culpa de la víctima son claramente causas de exoneración (54).

<sup>41</sup> 2014, 787.

<sup>42</sup> 2020, 690.

<sup>43</sup> Idea tomada de SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 1 y 19).

<sup>44</sup> Tal como destacó en 2003, 144-153.

<sup>45</sup> 2021, 1013.

<sup>46</sup> 2020, 665-716.

<sup>47</sup> PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (1990, 1566).

<sup>48</sup> MEDINA ALCOZ, M. (2003, 164).

<sup>49</sup> En parecido sentido, dice GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008, 121) que «el riesgo general de la vida no es más que otra manera de aludir al caso fortuito»; y «caso fortuito implica, por tanto, que el dañado ha de soportar las consecuencias del daño». También DIEZ-PICAZO (2011, 370), siguiendo a JAKOBS, afirma que, en ocasiones, es «el comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien haya de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por infortunio».

<sup>50</sup> 2014, 788.

<sup>51</sup> También en la doctrina. Así, por ejemplo, SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 11-12) señalan que la Sala 3.<sup>a</sup> aplica con frecuencia el criterio del riesgo general de la vida para estimar que el daño debe ser soportado (sufrido o tolerado) por la víctima. En realidad, se trata de casos en los que se aprecia la falta de culpa de la Administración pública y culpa exclusiva de la víctima. Así, citan las SSTS, 3.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 1998 (joven que se tira al mar desde el muro rompeolas y fallece ahogado. No hay responsabilidad —culpa— porque no era aconsejable una señalización específica de que el lugar era inadecuado para el baño: «se asume una actitud de riesgo de manera voluntaria e imprudente»); y de 8 de abril de 2003 (viandante que sufre daños en sus rodillas al golpearse con la pared de un edificio como consecuencia de un fuerte golpe del mar cuando paseaba por la calle. Se niega la responsabilidad —culpa— porque no hay imprevisión de la policía municipal, pues el golpe de mar resultó inesperado y se había comunicado a los paseantes que adoptasen la precaución de transitar por la acera contraria al muro: la actora «pese a la evidencia del temporal existente, no dudó en circular por la zona»). También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de enero de 2003 (fallecimiento al cruzar por un paso a nivel, pese a estar cerrado por la proximidad del tren. No hay responsabilidad —culpa— porque todas las señales acústicas habían funcionado perfectamente y el conductor había rebajado la velocidad: la causa eficiente del daño fue la conducta de la víctima que no oyó, por su disminución auditiva, dichas señales).

<sup>52</sup> En este sentido también PEÑA LÓPEZ, F. (2011b, 81).

<sup>53</sup> Comenta esta sentencia SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M. (2019), quien afirma que, pese a producir el mismo efecto, no cabe confundir la existencia de una culpa exclusiva de la víctima (circunstancia anudada al elemento subjetivo y culpabilístico de la responsabilidad civil) con que el daño deba ser soportado por la víctima por estar dentro de los riesgos generales de la vida (elemento que afecta a la imputación objetiva para negar la causalidad).

En mi opinión, la confusión jurisprudencial y doctrinal respecto de los criterios de imputación objetiva conlleva, sin duda, afirmaciones como la referida, pues, en primer lugar, ni la culpa de la víctima es exclusiva de los regímenes subjetivos de responsabilidad, ni los riesgos generales de la vida se sitúan estrictamente en sede de causalidad, pues son, como digo, demostrativos de la ausencia de culpabilidad.

<sup>54</sup> Lo explica muy bien PEÑA LÓPEZ (2011b, 97): «Lo que provoca que el riesgo que se pretende atribuir a la conducta del pretendido responsable sea o no un «riesgo general de la vida» es que fuese exigible al pretendido responsable, conforme al estándar de diligencia aplicable, haber impedido su creación o neutralizado su virtualidad dañosa».

<sup>55</sup> GARCÍA AMADO, J.A. (2013, 78).

<sup>56</sup> GARCÍA AMADO, J.A. (2013, 97).

<sup>57</sup> Vide el estudio jurisprudencial de MEDINA ALCOZ, M. (2020, 697-703). Vide también COSTAS RODAL, L. (2021, 1664-1671).

<sup>58</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2011a, 176).

<sup>59</sup> No es acertada la STS de 2 de marzo de 2006 que, con ocasión de la caída de alguien que tropezó con una manguera de los servicios municipales de limpieza, dice que el riesgo general de la vida *asumido* por la actora torna irrelevante la falta de diligencia (existencia de un defecto de señalización) de los trabajadores del Ayuntamiento; y declara: «*En suma, no solo resulta discutible la existencia de culpabilidad por parte de los trabajadores de la empresa; sino que en el caso falta la causalidad en su secuencia jurídica o de la posibilidad de atribución del daño, porque la caída sufrida no puede imputarse a la conducta de los trabajadores, sino que opera la regla excluyente —criterio de valoración de imputación objetiva— del “riesgo general de la vida” [...] Y si no hay causalidad [...] no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada*». También confusa es la STS de 17 de febrero de 2009, que consideró que los daños resultantes (tetraplejía) del ejercicio de educación física (salto en minitramp con caída incorrecta en colchoneta) efectuado por un alumno bajo la supervisión del profesor constituyen la realización de un «*riesgo natural*» en un proceso formativo no susceptible de generar responsabilidad civil. Señalan ROCA TRÍAS (2009, 15) y SEIJAS QUINTANA (2016b, 48) que la sentencia aplica la doctrina del riesgo general de la vida, pero, en realidad, acude a la teoría del riesgo asumido en el desarrollo de una actividad peligrosa deportiva. Cosa distinta es que dicha aplicación pueda cuestionarse en este caso concreto por tratarse de una actividad obligatoria realizada por un menor, como puse de relieve en MEDINA ALCOZ, M. (2010, 213-229).

<sup>60</sup> Se lo pregunta GARCÍA AMADO, J.A. (2013, 119).

<sup>61</sup> En este sentido, también MARTÍN CASALS, M. (2011, 17), al señalar que este axioma significa que quien sufre un daño ha de asumir sus consecuencias, salvo que las circunstancias determinen su traslado a la persona que lo ha causado o deba responder por ella; también REGLERO CAMPOS (2014, 788).

<sup>62</sup> 2015, 1197-1310.

<sup>63</sup> Anómala fragilidad ósea o hemofilia que podían no haber dejado sentir sus efectos nunca; predisposiciones genéticas a una enfermedad o patologías latentes que no tenían que haberse desarrollado de modo necesario; dolencias que no han generado perjuicios concretos y sin que su preexistencia haya de ponderarse: dolencia cardíaca que propicia un ataque al corazón de quien sufre un sobresalto, tendencia neurótica o fragilidad emocional que desencadena graves daños psíquicos, hipertensión que provoca un derrame cerebral, úlcera en el ojo que provoca un deterioro de la vista o alcoholismo que suscita un *delirium tremens* agravante de los daños (GÓMEZ CALLE, E., 2015, 1214-1215).

<sup>64</sup> El principio *talem quale*m del Derecho anglosajón —explica DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 143)— significa que el agente dañoso debe indemnizar a la víctima pese a su hipersensibilidad al daño o a su agravación por una predisposición, salvo que el daño preexistiera y no fuera causado por el demandado o si la agravación del daño es simplemente acelerada y no causada por la acción de este.

<sup>65</sup> 2000, 451.

<sup>66</sup> 1990, 1591.

<sup>67</sup> Añade PANTALEÓN PRIETO (1990, 1568): «Este me parece el justo término medio entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda (a poder

llevar una vida normal, sin que ello se considere «culpa» por su parte) y el de sus conciudadanos a no cargar *uti singuli* (otra cosa es la Seguridad Social) con las enfermedades y debilidades ajenas».

<sup>68</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2015, 1259). En contra, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 225) considera que una predisposición patológica como la hemofilia (también las limitaciones de la ciencia médica, donde pueden causarse daños iatrogénicos), constituye un riesgo general de la vida sin que su realización habilite a la víctima para pretender una indemnización.

<sup>69</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2015, 1241-1243 y 1260). Lo expresa PANTALEÓN PRIETO (1990, 1591) diciendo que no habrá que indemnizar plenamente si el suceso imputable al agente físico dañoso, que actualizó la predisposición dañosa, es sustancialmente parecido a otros que resultan muy frecuentes en la vida cotidiana. Pensemos en el sobresalto que provoca el ladrido de un perro, el ruido de un claxon o de una taladradora, o el dolor que pueda causar un pisotón si se está rodeado de gente (ejemplos tomados de GÓMEZ CALLE, E. (2015, 1261).

<sup>70</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2015, 1262).

<sup>71</sup> Un estudio de la jurisprudencia española puede verse en GARCÍA-RIPOLL MONTI-JANO, M. (2008, 164-182).

<sup>72</sup> También, dentro de los textos doctrinales europeos, el DCFR, pues su artículo VI.-4:101 (2), en sede de causalidad, dispone: «*In cases of personal injury or death the injured person's predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded*». Aunque, en opinión de DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 207), esta norma parece excluir la regla *talem qualem*. Cfr. las explicaciones y los ejemplos de VON BAR, Chr. (2009, 754) y las notas de Derecho comparado (669-772).

Por otro lado, el artículo 3:201 de los PETL, incluye, como criterio de limitación del alcance de la responsabilidad (*scope of liability*), la naturaleza y valor del interés protegido; y, como ejemplo explicativo, SPIER (2008, 99 y 101) invoca la predisposición de la víctima que, pese ser imprevisible (de conformidad con el criterio de la adecuación), debe imputarse al responsable, porque la norma establece una «jerarquía de intereses» que tutela con mayor amplitud el de la víctima.

<sup>73</sup> Dolencia cardíaca sintomática o lesión de espalda conocida que contribuye a que se sufra un infarto o a que se agrave la lesión. Salvo que transformen radicalmente la naturaleza de la invalidez preexistente (el tuerto que pierde el ojo sano ha de ser indemnizado por la ceguera y no solo por la pérdida del ojo). (GÓMEZ CALLE, E., 2015, 1289-1291).

<sup>74</sup> Si un accidente provoca la ruptura del tejido de un tumor maligno que la víctima tenía en la cabeza y adelanta el fatal desenlace que tenía que llegar (GÓMEZ CALLE, E., 2015, 1289-1290).

<sup>75</sup> GÓMEZ CALLE, E., (2015, 1291).

<sup>76</sup> PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (1990, 1580).

<sup>77</sup> SAN MARTÍN NEIRA, L.C. (2018, 54-58).

<sup>78</sup> SAN MARTÍN NEIRA, L.C. (2018, 58), contrariamente a lo que sostuvo la sentencia de la Corte Suprema de 8 de agosto de 2013.

<sup>79</sup> PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (1991, 1986).

<sup>80</sup> 2021, 227.

<sup>81</sup> Sobre el particular, *vide* MEDINA ALCOZ (2004) respecto de la asunción de riesgo en general (45), los riesgos taurinos (180-195) y los riesgos deportivos (252-254, 286-293) y las sentencias ahí estudiadas.

<sup>82</sup> Salvo que la actuación del demandado haya favorecido dicha conducta o sea esta una de las que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir (PANTALEÓN PRIETO, Á.F., 1990, 1568).

<sup>83</sup> SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 13).

<sup>84</sup> También la doctrina: así, pese a que no mencione tal criterio, ÁLVAREZ OLALLA (2021, 282-283) considera «más próximas» al supuesto típico de prohibición de regreso las sentencias que enjuician culpas de centros psiquiátricos o penitenciarios en relación con el suicidio de internos. Cita, al efecto, la STS de 8 de mayo de 2001 que apreció culpa en el Director del centro en el que un interno logró escapar (por insuficiencia de las medidas de seguridad) y se suicidó tras arrojararse por la ventana de la casa de sus

padres; y la STS, Sala Tercera, de 13 de abril de 2015, relativa al suicidio de un detenido en comisaría sin que se contaran con datos clínicos que permitieran suponer su tendencia a efectuarlo.

<sup>85</sup> En este sentido, GÓMEZ CALLE, E. (2013, 277). También crítica se muestra ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021, 281), pues se trata de un caso de falta de culpa de los demandados y culpa exclusiva de la víctima.

<sup>86</sup> SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 17).

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2008, 6).

<sup>88</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 236) apunta su coincidencia con el concepto penal de legítima defensa, pues está exento de responsabilidad criminal el que obra en defensa de su persona o de sus derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos establecidos (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y *falta de provocación suficiente por parte del defensor*).

<sup>89</sup> Aunque, junto al culpable de la situación peligrosa, también estará obligado a indemnizar, en su caso, el beneficiario de la actuación dañosa del tercero, tal como apunta PANTALEÓN PRIETO (1990, 1576). Es clásico el caso de *la tabla de Carnéades*, cuando, estando dos naufragos sobre una tabla en el mar, uno empuja al otro para sobrevivir, pues el estado de necesidad es un factor de justificación penal, pero no civil, que debería imputarse a quien arrojó a los dos naufragos al mar y, en su caso, de conformidad con nuestra legislación (art. 118.1.3.º CP ), a quien se ha beneficiado por el acto de egoísmo.

<sup>90</sup> Sobre el particular, *vide* RAGUÉS i VALLÉS, R. (2001, 1-12).

<sup>91</sup> Así, quien padece daños en su vehículo cuando lleva a un herido grave al hospital o quien se ahoga después de rescatar a una mujer cuyo coche había caído a un lago (RAGUÉS i VALLÉS, R., 2001, 7). Son particularmente interesantes los casos de la jurisprudencia americana e inglesa con los que nos ilustra DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 245-246).

<sup>92</sup> Señala PANTALEÓN PRIETO (1990, 1576), seguido por Díez-Picazo (2011, 373) y DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 47) que el culpable de un accidente de circulación, en el que resulte incendiado un vehículo, responde de la muerte de quien fallezca al explotar el vehículo en el momento en que trataba de salvar a un niño atrapado en él; pero no del óbito de quien intentaba salvar sus maletas. RAGUÉS i VALLÉS (2001, 8) se muestra partidario de que el beneficiario del rescate responda por los daños sufridos por el socorrista siempre que no se atribuyan a una infracción negligente de las cargas de autoprotección; y señala que esta es la solución del Código Civil para la gestión de negocios ajenos (art. 1893).

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2008, 3 y 7).

<sup>94</sup> 2008, 8.

<sup>95</sup> Aunque, matiza DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014, 248), que, apelar a la razón en situaciones dramáticas es un elemento de juicio bastante alejado de lo que se puede esperar de una persona.

<sup>96</sup> 1994, 28.

<sup>97</sup> Estamos ante un criterio que no recogen todos los autores. Lo incluyen SEIJAS QUINTANA, J.A. (1016a, 275; 2016b, 45), XIOL RÍOS, J.A. (2011, 36); y SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006, 14-15).

<sup>98</sup> Lo explica AEDO BARRENA, C.E. (2013, 519).

<sup>99</sup> AEDO BARRENA, C.E. (2013, 520).

<sup>100</sup> AEDO BARRENA, C.E. (2013, 521). En materia de accidentes laborales, el empresario ha de prever la negligencia leve del trabajador, pero no la grave. El artículo 15.4 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales establece: «4. *La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador [...]*»; y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social señala que no tienen la consideración de accidentes de trabajo «*[l]os que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado*»; y, a su vez, no impide su calificación «*[l]a imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira*» (art. 156). Puede verse la STS, 2.ª, de 5 de septiembre de 2001, que no tiene en cuenta la conducta del trabajador que no hizo uso del cinturón de seguridad proporcionado por la empresa cuando estaba apuntalando la futura techumbre

de un edificio, falleciendo por la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por la que cayó al caminar hacia atrás por un descuido.

<sup>101</sup> AEDO BARRENA, C.E. (2013, 522).

<sup>102</sup> PANTALEÓN PRIETO, Á.F. (1990, 1591; 1991, 1987).

<sup>103</sup> Cfr. SAN MARTÍN NEIRA, L.C. (2018 50 y 54); y AEDO BARRENA, C.E. (2020, 127 y 136).

<sup>104</sup> Sin embargo, los riesgos incrementados (cualificados, intensificados o agravados) por una conducta culpable del agente dañoso se emplean en la asunción del riesgo para negar relevancia causal a la misma (sentencias de suelta de becerras, novillada y rocódromo).

## 1.7. Concursal

# Compensación de oficio de créditos tributarios contra la masa en caso de liquidación concursal

## *Ex officio set-off of tax claims against the estate in bankruptcy liquidation*

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> de Derecho mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN:** El TEAC ha reconocido la posibilidad de que la Administración compense de oficio deudas tributarias contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso de acreedores. La decisión supone un cambio de criterio que el Tribunal administrativo funda en la necesidad de adaptarse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien la jurisprudencia del Alto Tribunal, en doctrina consolidada y plasmada en el Texto Refundido de la Ley Concursal, mantiene que solo podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa a partir de la fecha de eficacia del convenio.

**ABSTRACT:** *The Central Administrative Economic Court has admitted the ex officio set-off of tax claims against the estate once the liquidation phase of the insolvency proceedings has been opened. This ruling represents a change of criterion that the Administrative Court bases on the need to adapt to the case law of the Supreme Court, although the case law of the latter, in a consolidated doctrine now embodied in the Consolidated Text of the Insolvency Act, maintains that judicial or administrative executions may only be initiated to enforce claims against the estate as from the date of effectiveness of the settlement with creditors.*

**PALABRAS CLAVE:** Concurso de acreedores. Créditos contra la masa. Liquidación concursal. Compensación tributaria.

**KEY WORDS:** *Insolvency proceeding. Claims against the estate. Insolvency liquidation. Tax set-off.*

**SUMARIO:** I. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL: LA RESOLUCIÓN DE 18 DE OCTUBRE DE 2021.—II. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA POSIBILIDAD DE COMPENSAR CRÉDITOS CONTRA LA MASA.—III. LAS EJECUCIONES RELATIVAS A CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN SEDE DE LIQUIDACIÓN CON-

CURSAL: LA DERIVA HACIA LA CONCURSALIZACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA.—IV. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 18 DE OCTUBRE DE 2021 Y LA SOLUCIÓN RECOGIDA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL DE 2020.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL: LA RESOLUCIÓN DE 18 DE OCTUBRE DE 2021

En el ámbito concursal, la posibilidad de que la Administración tributaria pueda compensar de oficio créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso de acreedores ha sido objeto de un amplio debate en el que confluyen tanto la doctrina del Tribunal Supremo, como la del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central. En este sentido, la resolución del Tribunal Administrativo de 18 de octubre de 2021 [R. 2021, 1877] ha supuesto un cambio de criterio con respecto a las decisiones anteriores del mismo Tribunal recogidas en la resolución de 26 de febrero de 2019, en la que se afirmaba que la autotutela ejecutiva de la Administración había sido delimitada por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción al considerar que, una vez abierta la fase de liquidación del concurso de acreedores, no cabe iniciar ejecuciones separadas de créditos contra la masa; interpretación que el Tribunal Administrativo aplicaba a los supuestos de compensación de oficio<sup>1</sup>. De este modo, los tres órganos jurisdiccionales mantendrían un criterio coincidente. No obstante, en esta resolución también se reconoce la existencia de una sentencia «aislada» del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017, en la que se afirma que a los créditos contra la masa no son aplicables los efectos que la Ley Concursal prevé respecto de los créditos concursales, de modo que los créditos contra la masa pueden compensarse con créditos del concursado<sup>2</sup>.

Ahora bien, así como en las resoluciones de 2017, 2018 y 2019, el Tribunal Económico Administrativo Central habría acomodado su criterio a la interpretación del Tribunal Supremo, en la resolución de octubre de 2021 cambia de criterio para adaptarse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dado que, a su modo de ver, se habría modificado la doctrina del Alto Tribunal<sup>3</sup>. La trascendencia de ese cambio justifica que tomemos como referencia esta resolución para exponer los criterios que se han venido sucediendo en torno a la posibilidad de ejecución forzosa de los créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación concursal, al objeto de comprobar si se ha producido o no un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Supremo.

La resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 18 de octubre de 2021 ventila un recurso contra una resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía que solventa la reclamación interpuesta frente a otra resolución desestimatoria del recurso de reposición presentado contra un acuerdo de compensación de oficio.

Según los hechos expuestos, una SRL es declarada en concurso de acreedores en el mes de abril de 2015, y en enero de 2016 se acuerda la apertura de la fase de liquidación concursal. En septiembre de 2018, la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la AEAT de Andalucía dicta un acuerdo de compensación de oficio por el que se declara la extinción de las deudas pendientes de ingreso a favor de la Hacienda Pública en el importe concurrente con el crédito reconocido por autoliquidación de IVA.

La administración concursal interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de compensación basándose tanto en la prohibición de compensación establecida en la Ley Concursal, cuanto en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014<sup>4</sup>. El recurso fue desestimado al considerar que las reglas concursales que prohíben tanto el inicio de ejecuciones y apremios, como la compensación de créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso (arts. 55 y 58 LC, actuales arts. 142 y 153 TRLC) son de aplicación a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa, los cuales no se integran en el masa pasiva del concurso, por lo que no están sujetos a la regla de la *par condicio creditorum* y pueden pagarse al margen de la solución concursal que se alcance, ya sea el convenio o la liquidación<sup>5</sup>.

Cuando decae el recurso de reposición, el administrador concursal interpone reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, que estima la reclamación, anulando el acto impugnado, en base al criterio vinculante del Tribunal Económico Administrativo Central contenido en la resolución de 26 de febrero de 2019, que se funda en tres argumentos: en primer lugar, que la prohibición de ejecuciones prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal opera tanto sobre créditos concursales como sobre los créditos contra la masa. En segundo lugar, que no es posible ejecutar singularmente una deuda contra la masa una vez abierta la fase de liquidación, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo según la cual no cabe una interpretación simplemente literal de la regla del apartado 4 del artículo 84 de la Ley Concursal, sino que es precisa su interpretación sistemática con el resto de los preceptos de la Ley Concursal (en particular, art. 8-3.º, 55, 56 y 57.3). Y, en tercer lugar, que la compensación de oficio constituye un acto de ejecución singular contra el patrimonio del deudor que no puede ser dictado por la Administración tributaria sin plantear previamente un incidente concursal ante el juez del concurso.

Ahora bien, en el recurso de alzada posterior se alega que el criterio invocado por el Tribunal regional había sido modificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019, en la que se afirma que los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva y por ello no les alcanzan los efectos que respecto de los créditos concursales genera la declaración de concurso, entre los que se encuentra la prohibición de compensación<sup>6</sup>. En consecuencia, aquel pronunciamiento «aislado» del Tribunal Supremo habría dejado de ser aislado<sup>7</sup>.

A mayor abundamiento, en la resolución de la alzada, el Tribunal Económico Administrativo Central añade a aquella doctrina «aislada» la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2020, en la que se admite la compensación de liquidaciones de IVA por hechos imposables posteriores a la declaración de concurso en base a que se trataría de créditos contra la masa a los que no resulta aplicable la prohibición de compensación; razonamiento que se funda en las resoluciones citadas de 13 de marzo de 2017 —*vid.*, nota 2— y 17 de julio de 2019 —*vid.*, nota 6—<sup>8</sup>. Aunque el Tribunal Administrativo Central considera que, «nada se dice en esas sentencias que contradiga lo manifestado en las anteriores del mismo Tribunal Supremo» citadas en la resolución de 26 de febrero de 2019, «siendo la compensación un acto de ejecución singular»<sup>9</sup>, concluye que la prohibición de ejecución singular una vez declarado el concurso (art. 55 LC, actual art. 142 TRLC) se refiere en exclusiva «a los créditos concursales y no a los créditos contra la masa e, igualmente, que sí cabría la ejecución singular de una deuda contra la masa una vez abierta la fase de liquidación. Y es que no tendría sentido que cupiera la compensación de oficio de los créditos contra la masa, que es un acto de ejecución singular o, cuanto menos, produce un efecto

equivalente a un acto de ejecución, pues supone el ejercicio de una acción que detrae un crédito a favor del concursado de la masa activa del concurso para extinguir una deuda contra la masa, afectando en consecuencia al principio de liquidación colectiva y, sin embargo, no cupieran otros actos de ejecución singulares distintos de la compensación de oficio respecto de los créditos contra la masa».

Finalmente, el Tribunal administrativo alude a otro criterio contenido en la resolución de 26 de febrero de 2019 relativo a la atribución a la compensación de oficio del carácter de acto de ejecución singular. Conforme a esa naturaleza, para poder compensar, la Administración tributaria habría de plantear previamente un incidente concursal ante el juez del concurso, ya que, según la norma, «[L]as acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal» (art. 84.4 LC, actual art. 247 TRLC). Sin embargo, el Tribunal administrativo manifiesta en la resolución de 18 de octubre de 2021, que el acuerdo de compensación es un acto meramente declarativo, pues se limita a declarar la extinción de una deuda tributaria. De esta manera, y atendiendo a la interpretación del Tribunal Supremo, la norma que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado con posterioridad a la declaración de concurso, pero admite aquella compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a esa declaración (art. 58 LC, actual art. 153 TRLC), debe entenderse acorde al carácter automático de los efectos de la compensación, que conllevan la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y con eficacia *ex tunc*<sup>10</sup>, por lo que, cuando la compensación se haga valer por la Administración tributaria mediante la correspondiente notificación al concursado, la administración concursal o los acreedores afectados serán quienes podrán plantear incidente concursal. En consecuencia, «la revisión y eventual anulación en la vía económico-administrativa de un acuerdo de compensación de oficio de la Administración tributaria respecto de una deuda contra la masa por causa de infracción de la normativa concursal requiere siempre el previo pronunciamiento al efecto del juez de lo mercantil competente en el concurso, a través de la resolución de un incidente concursal planteado por la propia administración concursal o por otros acreedores».

## II. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA POSIBILIDAD DE COMPENSAR CRÉDITOS CONTRA LA MASA

El debate que reactiva la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 18 de octubre de 2021 se origina en la dificultad de reconocer la extraconcursalidad de los créditos contra la masa, esto es, el hecho de que se satisfagan a su vencimiento, al margen de las reglas concursales, y no padezcan los efectos que el concurso despliega sobre los créditos, y, al mismo tiempo, admitir que, una vez abierta la liquidación concursal, carece de sentido iniciar una ejecución separada de créditos contra la masa. Sin embargo, el Tribunal Supremo venía acogiendo ambos argumentos en diversas resoluciones que reconocían el devengo de intereses y recargos de los créditos contra la masa desde la sentencia de 9 de abril de 2013<sup>11</sup>.

En relación con la posibilidad de hacer frente al pago de créditos contra la masa mediante compensación<sup>12</sup>, en las sentencias citadas de 13 de marzo de 2017, 17 de julio de 2019 y de 15 de diciembre de 2020, que justifican el cambio de criterio del Tribunal Económico Administrativo Central, el Supremo sienta

claramente la doctrina de que a estos créditos no resulta aplicable la prohibición de compensación. No obstante, hay que tener presentes los diferentes supuestos de hecho que se plantean en cada caso. Así, en la sentencia de 13 de marzo de 2017, el propio Tribunal afirma que «[E]n realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, y se cumplan los demás requisitos previstos en el artículo 1196 del Código Civil». «Nos encontramos ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte». No habría, por tanto, compensación, sino un mecanismo de liquidación de un contrato de compraventa de determinados activos de la concursada —apartamentos y plazas de garaje—, con autorización judicial, que tenía por finalidad dotar de liquidez al concurso, y en el que se estipulaba que, en garantía del cumplimiento de determinadas obligaciones por la vendedora concursada, dirigidas a que los inmuebles pudieran ser usados conforme a su naturaleza, la compradora podía retener una parte del precio. La compradora no entregó a la concursada la cantidad retenida ya que tuvo que destinarla a sufragar los gastos a cargo de la vendedora<sup>13</sup>.

En la sentencia de 17 de julio de 2019, la compensación se plantea también en relación con un contrato de permuta de solar por superficie edificada más una suma de dinero. Declarado el concurso de la constructora, la concursada, con la conformidad de la administración concursal, demanda la resolución del contrato y la restitución de las cantidades entregadas. Frente a ello, la demandada opone su derecho a una indemnización por la pérdida de valor de la finca, crédito que debía de compensarse con las cantidades cuya devolución se solicita, resultando un crédito contra la masa por la diferencia. En esta sentencia, el Tribunal añade que, el hecho de que la Ley Concursal (art. 84.4) atribuya al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones de reclamación del pago de los créditos contra la masa mediante el incidente concursal, no significa que en todo caso para su satisfacción haya que instar un incidente concursal ante el juez del concurso. La norma reconoce que el pago de los créditos contra la masa debe hacerse a sus respectivos vencimientos, por tanto, «si en un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso, la sentencia de apelación reconoce un crédito contra la masa de la parte *in bonis* frente a la concursada y otro de la concursada frente a la parte *in bonis*, la Audiencia puede, en la propia sentencia, aplicar la compensación de uno y otro crédito hasta la cantidad concurrente. Esto es lo que la sentencia recurrida debía haber hecho y, al no hacerlo, ha incurrido en la infracción denunciada en el motivo».

En el tercer supuesto, el de la sentencia de 15 de diciembre de 2020, se declara el concurso en 2011 y se concluye en 2015 por insuficiencia de masa activa, reabriéndose en enero de 2017. En el ínterin se compensa, por acuerdo adoptado en noviembre de 2016, la deuda generada en 2014 por liquidaciones de IVA negativas con la correspondiente a 2015 por liquidaciones de IVA positivas, resultando un crédito a cargo de la concursada por la diferencia, crédito que es objeto de impugnación, y cuyo importe definitivo se fija en febrero de 2017. El Tribunal parte de la posibilidad de compensación, ya que los hechos impondrían que dan lugar al impuesto concurren con posterioridad a la declaración de concurso, generando créditos contra la masa y no créditos concursales, y considera determinante establecer la fecha en que la compensación surtió efecto, pues la declaración de compensación se dictó cuando el concurso había concluido, en tanto que la resolución que estimó en parte las alegaciones de la deudora y rebajó

el importe a ingresar tras la compensación se dictó cuando ya estaba reabierto. Por tanto, no estamos ante un supuesto de compensación en fase de liquidación.

De un lado, el Tribunal considera que la compensación tributaria puede acordarse de oficio o a instancia del obligado tributario y que afecta a las deudas tanto en periodo voluntario como ejecutivo; y, de otro, entiende que la compensación constituye una forma de extinción de obligaciones que tendrá lugar cuando el obligado tributario deba realizar un ingreso y tenga reconocida a su favor una devolución, de modo que una y otra deuda se extinguen en la cantidad concurrente (arts. 1195 y 1202 CC y 59.2 LGT). A estos efectos, resulta indiferente que las obligaciones tengan el mismo origen o deriven de títulos diferentes, el caso es que, cuando las cantidades a ingresar y a devolver resulten de un mismo procedimiento de comprobación limitada o inspección, procederá la compensación de oficio (art. 73 LGT), a la que son aplicables los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad que se exigen para compensar (art. 1196 CC), de modo que solo podrá producirse cuando haya llegado el momento de cumplimiento de la obligación y exista certeza sobre la existencia y cuantía de la deuda, sin perjuicio de que el acto que reconozca la devolución sea o no firme (art. 71.1 LGT). Ahora bien, en todo caso, la compensación tributaria no es automática, sino que requiere el dictado de un acuerdo que así la declare. La compensación producida en período voluntario impedirá que se inicie el período ejecutivo, sin perjuicio del interés de demora (art. 72.2 LGT). Y la compensación producida en período ejecutivo se producirá de oficio (art. 73.1 LGT), incluso cuando las cantidades a compensar resulten de la ejecución de una resolución. Por tanto, en periodo voluntario la compensación puede realizarse, pero no puede ejecutarse. En el caso concreto de la sentencia, dado que la Ley General Tributaria no requiere que el acto administrativo sea firme, debe entenderse que los requisitos de compensabilidad concurrían antes de la reapertura del concurso, cuando se dictó el acuerdo de compensación en 2016, aunque el sujeto pasivo del tributo impugne la liquidación tributaria en vía administrativa o judicial y solicite y obtenga la suspensión de la ejecución —solicitud que no concurre en este supuesto—. Mientras se prolongue la suspensión, la deuda no será susceptible de compensación con los créditos a su favor, si bien el efecto suspensivo no es consecuencia de la ausencia de firmeza, sino de la pérdida, por razones cautelares, de la condición de exigible de la deuda. Por tanto, el acto administrativo de compensación se produce en 2016, en un momento en el que no solo no existen límites a la posibilidad de compensar, sino que también se podían haber emprendido acciones ejecutivas, pues el concurso había concluido en 2015 y su reapertura no se produce hasta 2017.

De todo ello se extrae que, ya nos encontremos ante supuestos de compensación contractual *ex eadem causa* o ante casos de liquidación de deudas tributarias *ex dispari causa*, los créditos contra la masa son susceptibles de compensación tras la declaración de concurso, puesto que no se satisfacen conforme a las reglas concursales de pago, de acuerdo con el convenio o conforme al plan de liquidación, sino que deben pagarse a sus respectivos vencimientos. Así pues, para la satisfacción de estos créditos, el concursado o la administración concursal podrán acudir a los medios legales de extinción de las obligaciones, incluida la compensación, que podrá producirse si se dan los requisitos legales previstos para compensar, sin necesidad de que concurra un pronunciamiento del juez del concurso que así lo reconozca.

Ahora bien, estas sentencias del Tribunal Supremo no son argumento suficiente que justifique un cambio de criterio en torno a la doctrina del Alto Tribunal

sobre la posibilidad de iniciar ejecuciones por créditos contra la masa en fase de liquidación. Los dos primeros pronunciamientos no se corresponden con supuestos de compensación en sentido propio, sino con situaciones de liquidación de una misma relación contractual; y en el tercer pronunciamiento, la compensación no se plantea en fase de liquidación concursal, sino que se produce una vez concluido el concurso y antes de su reapertura.

Frente a ello, el Tribunal Supremo venía manteniendo que el crédito contra la masa no puede justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio. Esta interpretación se verá confirmada en las resoluciones de 12 de diciembre de 2014, 18 de febrero de 2015 y 6 de abril de 2017, en las que se puntualiza que, abierta la liquidación, no caben ejecuciones al margen del concurso. Por tanto, cuando el acreedor contra la masa, ya sea el contratante *in bonis*, ya sea la administración tributaria, ante la falta de pago al vencimiento, quiera iniciar acciones ejecutivas para obtener el pago, tanto del principal como de los correspondientes intereses y recargos, solo podrá hacerlo en fase de cumplimiento del convenio; abierta la liquidación, no es posible iniciar ejecuciones sobre bienes o derechos incluidos en la masa activa. Las limitaciones a la facultad del acreedor contra la masa de iniciar acciones ejecutivas para la defensa de su derecho de crédito, como las que se imponen a los titulares de créditos con privilegio especial, tienen el mismo fundamento, evitar que el activo quede desmembrado y se frustre toda posibilidad de viabilidad de la actividad empresarial o profesional.

### III. LAS EJECUCIONES RELATIVAS A CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN SEDE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL: LA DERIVA HACIA LA CONCURSALIZACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

En la Ley Concursal 22/2003 se recoge la doctrina tradicional de que el pago de los créditos contra la masa debe hacerse de una forma ordinaria, como si no existiera concurso, porque se trata sencillamente de créditos que no se ven afectados por el concurso de acreedores. La tutela del crédito contra la masa se encuentra en su extraconcursalidad, por lo que continúan disfrutando de todos los medios de tutela concedidos por el ordenamiento jurídico. En particular, el acreedor contra la masa puede llegar a la ejecución coactiva de sus créditos, que expresamente se permite tras la aprobación judicial del convenio (art. 154.2 LC). Ahora bien, las posibles acciones declarativas o ejecutivas de los titulares de créditos contra la masa cuentan con dos límites. Un límite de naturaleza procesal, que atribuye el conocimiento de tales acciones al juez del concurso y al cauce del incidente concursal. Un límite de alcance temporal, que impide iniciar ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos. Así, la doctrina más autorizada consideraba que «con esta disposición no se priva a los acreedores de la masa de la facultad de iniciar ejecuciones, sino que se pretende únicamente evitar que los titulares de estos créditos puedan llegar a comprometer la viabilidad de la empresa en crisis y a impedir, por tanto, que se alcance una solución concreta». La técnica era la misma que se utilizaba en relación con los titulares de créditos con garantía real, si bien en el caso de los créditos contra la masa «la recuperación de la facultad de iniciar ejecuciones se produce no solo con la aprobación judicial del convenio o el transcurso de un año desde la declaración de concurso —como sucede con

los acreedores con garantía real—, sino también con la apertura de la fase de liquidación, a pesar de que también entonces puede entorpecerse la conservación de la empresa, fomentada por las normas sobre liquidación al preferir una enajenación global (arts. 148 y 149)»<sup>14</sup>. En este sentido se pronuncian los tribunales poco tiempo después de la entrada en vigor de la Ley Concursal<sup>15</sup>.

Con la reforma debida a la Ley 38/2011, las reglas relativas al pago conforme al vencimiento y a la posibilidad de ejercicio de acciones para el pago de estos créditos se trasladan al artículo 84, y se añade que la paralización temporal de las acciones ejecutivas para hacerlos efectivos afecta tanto a ejecuciones judiciales como administrativas y que «no impedirá el devengo de intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento»<sup>16</sup>. De este modo la normativa se hace eco de la extraconcursalidad de los créditos contra la masa, a los que no resultan aplicables los efectos que la declaración de concurso produce «sobre los créditos en particular» (sección 3.ª, capítulo II, título III LC), y queda fuera de toda duda que la paralización de acciones ejecutivas afecta también a las de carácter administrativo<sup>17</sup>.

Ahora bien, desde la perspectiva de la jurisdicción competente para conocer de las acciones entabladas por los acreedores de la masa, inicialmente, las deficiencias del régimen de la quiebra no impedían atribuir a estos créditos una posición autónoma tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, y la sala de conflictos de jurisdicción del Tribunal Supremo consideraba que las pretensiones de los acreedores de la masa no eran acumulables al juicio universal, de modo que podían ejecutar directamente contra los bienes de la quiebra<sup>18</sup>.

Con la Ley Concursal se trata de concentrar en la sede única de la ejecución concursal todas las acciones derivadas de la calificación y el pago de los créditos contra la masa, y la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, conforme al principio de economía procesal y de eficacia del proceso universal abierto, entiende que el juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente, por lo que le incumben las decisiones sobre la marcha del procedimiento concursal y ningún otro órgano, administrativo o jurisdiccional, puede proceder ejecutiva o cautelarmente sobre el patrimonio del concursado<sup>19</sup>. De ahí que corresponda al juez de lo mercantil que está conociendo del concurso determinar la calificación y el pago de los créditos contra la masa por la vía del incidente concursal y, en consecuencia, decidir sobre las ejecuciones que se promuevan para su pago una vez abierta la fase de liquidación<sup>20</sup>. Pueden iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas dirigidas a la efectividad de los créditos contra la masa, pero ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal, ya que la actuación ejecutiva singular de la Administración al margen del concurso, impediría el adecuado y ordenado desarrollo del proceso concursal y resultaría incompatible con el ejercicio de la jurisdicción atribuida al juez del concurso.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de que el embargo administrativo pueda ser objeto de anotación en el Registro de la Propiedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado parece entender que esos límites procesal y temporal que afectan al ejercicio de acciones relativas al pago de créditos contra la masa funcionan de manera independiente, de tal modo que, la atribución al juez del concurso del conocimiento de esas acciones no impide al mismo tiempo reconocer que los créditos contra la masa son susceptibles de ejecución separada. En todo caso, su satisfacción fuera de la masa pasiva dependería de que sean calificados como créditos contra la masa por declaración incidental del juez o de que sean incluidos en la relación separada de créditos contra la masa que

elabora la administración concursal y que, junto con el informe, se presenta al juez del concurso<sup>21</sup>.

Por tanto, parece que la competencia del juez del concurso funcionaría como un límite a la autotutela ejecutiva de la administración, ya sea *ex ante*, para decidir sobre la atribución al crédito del carácter de crédito contra la masa o garantizar que se respeta el principio de pago al vencimiento, o que se sigue el criterio de pago establecido por la administración concursal en base al interés del concurso; ya sea *ex post*, una vez abierta la fase de liquidación, con el fin último de sujetar la ejecución administrativa separada a la Ley Concursal<sup>22</sup>.

Se llega así a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014, —*vid.*, nota 4—, seguida por las sentencias de 18 de febrero de 2015 y 6 de abril de 2017<sup>23</sup>, que consolidan una interpretación contraria a la posibilidad de iniciar ejecuciones separadas para hacer efectivos estos créditos una vez abierta la fase de liquidación.

La cuestión planteada en las sentencias de 12 de diciembre de 2014 y 6 de abril de 2017 es la misma y se suscita por la misma administración concursal frente a la misma interpretación de la instancia, que mantiene la legitimación de la TGSS para proseguir la ejecución administrativa para la satisfacción de sus créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso. El Tribunal reproduce razonamientos idénticos para casar la sentencia de la Audiencia y confirmar su doctrina en el sentido de que, una vez abierta la fase de liquidación, no procede iniciar ejecuciones separadas contra la masa, pues la actuación ejecutiva singular contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal.

Para el Tribunal Supremo la regla jurídica relativa al pago de los créditos contra la masa, que se mantiene inalterada tras la reforma de la Ley Concursal en 2011, no puede ser interpretada de forma literal y aislada, sino que debe hacerse una interpretación teleológica y sistemática con el resto del articulado. De esa interpretación se desprende: que la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la ordene, corresponde al juez del concurso (art. 8.3.º LC). Ello es acorde con la prohibición de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, de apremios administrativos o tributarios, y de ejecuciones de garantías reales cuando recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Si bien en este último supuesto la declaración judicial de concurso produce solo un «efecto de obligatoria y limitada espera», ya que la actuación ejecutiva podrá reanudarse cuando se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al derecho de ejecución sobre el bien o hubiera transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Una vez abierta la liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado y las actuaciones suspendidas se reanudarán, pero acumulándose al concurso como pieza separada. De estas disposiciones el Tribunal deduce que, abierta la fase de liquidación, no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas, y que la prohibición general de ejecuciones operaría tanto sobre los créditos concursales como sobre los créditos contra la masa, y solo cesaría con la aprobación del convenio, que levanta los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC).

En concreto, respecto de los créditos contra la masa, el Supremo considera que, ni en el caso de que se paguen conforme al criterio general del vencimien-

to, ni en el caso de que esa regla se altere por la administración concursal en interés del concurso, cuando existan bienes suficientes y deficiencias de tesorería o liquidez (art. 84.3), ni aún en el supuesto de bienes insuficientes para el pago de todos los créditos contra la masa (art. 176 bis) tiene sentido admitir una ejecución separada de créditos contra la masa. En todas esas circunstancias, habrá que preservar un criterio de pago, ya sea el del vencimiento, el previsto por la administración concursal en interés del concurso, o el orden establecido por la norma<sup>24</sup>. En consecuencia: «[L]os acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.

(...) La TGSS, para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa. Esos embargos deben entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal».

Por su parte, la sentencia de 18 de febrero de 2015<sup>25</sup> considera que la cuestión de la ejecución de las cuotas y recargos de la TGSS por créditos contra la masa durante la tramitación del concurso ha sido «resuelta definitivamente» por otras resoluciones anteriores de 9 de abril de 2013 —v., nota 11— y 12 de diciembre de 2014, en el sentido de «reconocer que el crédito por cuotas de la seguridad social, posteriores a la declaración de concurso, así como sus recargos, en cuanto que créditos contra la masa, son exigibles conforme a lo previsto en el artículo 84.3.º de la Ley Concursal, pero no pueden justificar “una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento de convenio (art. 133.2.º LC)”»<sup>26</sup>.

En todas las situaciones planteadas se dejan sin efecto los embargos trabados como consecuencia de las providencias de apremio dictadas, pero en la última de las resoluciones indicadas, se especifica además la falta de jurisdicción del juzgado de lo mercantil para acordar la declaración de nulidad de las providencias de apremio. El juez que conoce del concurso puede privar de eficacia el embargo, de modo que, si con su realización la TGSS hubiera cobrado algo habrá de retornarlo a la masa, pero no podría decretar la nulidad del embargo, puesto que carecería de competencia para ello, sin que la ley prevea la cancelación de tales embargos<sup>27</sup>. Asimismo, en el único escenario en el que sería posible la ejecución, tras la aprobación del convenio, con el cese de los efectos concursales, el juez del concurso dejaría de tener competencia para el conocimiento de acciones civiles con trascendencia patrimonial dirigidas contra el patrimonio del concursado hasta la declaración de cumplimiento del convenio o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación<sup>28</sup>.

En esta jurisprudencia, no exenta de críticas<sup>29</sup>, alcanza su máxima expresión una tendencia a la *concurralización* de los créditos contra la masa que se inició con la entrada en vigor de la Ley Concursal. En primer lugar, como apuntaba la doctrina más autorizada, «la Ley Concursal enturbia la naturaleza de esta categoría de deudas, que no duda en utilizar para privilegiar a determinados acreedores anteriores a la declaración de concurso». La normativa recurriría a la técnica de los créditos contra la masa para conceder preferencia a determinados créditos cuyo carácter concursal es claro e imputar a la masa créditos postconcursoales que no necesariamente tendrían que constituir coste del procedimiento por tratarse de *deudas anteriores a la declaración de concurso* o de *deudas que,*

siendo posteriores a la declaración de concurso, no están exigidas por el propio concurso<sup>30</sup>. En segundo lugar, una vez abierta la fase de liquidación, se establece la regla del pago en prededucción, de manera que, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal debe deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa pendientes de pago. Por tanto, créditos concursales y créditos contra la masa constituyen dos categorías no concurrentes entre sí, y la *prededucción* de los créditos contra la masa se contrapone a la *graduación* propia de los créditos concursales. Sin embargo, la norma dispone que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a bienes o derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, aunque, como titulares de créditos concursales, los acreedores con privilegio especial deberían soportar una parte de los gastos del concurso<sup>31</sup>. En tercer lugar, desde esta preferencia de los privilegiados especiales sobre los créditos contra la masa, adquiere otro sentido la regla que impone la paralización de ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido alguno de esos actos, ya que también se impone la paralización de ejecuciones para los créditos concursales y, especialmente, para las garantías reales. Si se paralizan las ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad, limitando así la actuación ejecutiva de los acreedores con privilegio especial, que son preferentes a los créditos contra la masa, no parece tan excepcional que se limiten también las ejecuciones por créditos contra la masa, cuando, tanto en un caso como en otro, la paralización de ejecuciones está plenamente justificada en la necesidad de evitar el desmembramiento de la empresa en aras de la solución concursal<sup>32</sup>. De hecho, llama la atención que al tratarse de créditos contra la masa se disponga que la paralización cesa con la apertura de la liquidación, dado que también en fase de liquidación las ejecuciones por créditos contra la masa podrían impedir una solución conservativa de la empresa mediante la enajenación global de unidades productivas. Y, la propia norma establece que, siempre que sea factible, el plan de liquidación «deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado». Además las reglas legales de liquidación manifiestan una clara preferencia por la enajenación como un todo del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios. Por último, en esta deriva hacia la *concurusalización*, los créditos contra la masa acaban sujetándose a un orden específico de prelación para el pago en caso de insuficiencia de masa<sup>33</sup>.

#### IV. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 18 DE OCTUBRE DE 2021 Y LA SOLUCIÓN RECOGIDA EN EL TEXTO RE-FUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL DE 2020

De lo expuesto no parece que pueda deducirse que la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 18 de octubre de 2021 cambia de criterio para adaptarse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que si bien admite que la prohibición de compensación no es aplicable a los créditos contra la masa, frente a la opinión del Alto Tribunal, rechaza que sea aplicable a estos créditos la paralización de ejecuciones que opera sobre los créditos concursales y recoge

la posibilidad de ejecutar singularmente créditos contra la masa una vez abierta la liquidación concursal.

En este sentido, el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sí que incorpora la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. El Texto sistematiza el régimen de los créditos contra la masa en diferentes normas (arts. 244 a 248), al objeto de «evitar incertidumbres y exponer fórmulas legislativas complejas con la mayor claridad posible» —v., ep. II del preámbulo—. En ese régimen se contempla la prelación respecto de los créditos con privilegio especial, ya que el pago de los créditos contra la masa se hará con cargo a bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. También se mantiene el momento del pago a los respectivos vencimientos, cualquiera que sea la naturaleza del crédito contra la masa y el estado del concurso, salvo los créditos por salarios, que se pagarán de forma inmediata. Y subsiste la posibilidad de que la administración concursal pueda alterar por interés del concurso el criterio de pago al vencimiento cuando la masa activa sea suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Aunque, poca utilidad tiene esta facultad cuando la postergación del pago no puede afectar a los créditos por alimentos, los créditos laborales, los tributarios y los de la seguridad social.

Ahora bien, si hasta aquí las normas conservan un contenido reconocible, a partir de aquí la clarificación legislativa aporta algunas novedades: en primer lugar, se atribuye expresamente a la administración concursal el reconocimiento de los créditos contra la masa. En segundo lugar, respecto de los juicios declarativos relativos a créditos contra la masa, el conocimiento se atribuye al juez del concurso por los trámites del incidente concursal, ya se trate de acciones relativas a su reconocimiento o falta de reconocimiento por parte de la administración concursal, cualquiera que sea el momento en el que se hubiera generado el crédito contra la masa, o de las acciones de reclamación del pago de estos créditos. Y, en tercer lugar, en relación con las acciones ejecutivas, se establece que las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa *solo podrán iniciarse a partir de la fecha de eficacia del convenio*, si bien la prohibición de iniciar ejecuciones no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones por razón de la falta de pago a su vencimiento del crédito contra la masa.

Además, el Texto Refundido clarifica que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de «las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas por la ley» (art. 52-2.<sup>ª</sup>). De este modo, el juez del concurso tiene atribuido el conocimiento de toda ejecución dirigida contra los bienes y derechos de la masa activa, ya sea para el pago de créditos concursales o para el pago de créditos contra la masa, cualquiera que sea el órgano que la ordene; salvo la excepciones que permiten proseguir, ante el tribunal u órgano que las tramita, las ejecuciones laborales por embargos anteriores a la declaración de concurso y los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de la declaración de concurso, cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que el bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 144 TRLC).

Por tanto, no solo no se ha producido un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que esa jurisprudencia se recoge expresamente en la legislación vigente, que *solo* admite la posibilidad de iniciar ejecuciones para el pago de créditos contra la masa a partir de la eficacia del convenio, de manera que las acciones ejecutivas judiciales o administrativas para hacer efectivos estos créditos no podrán iniciarse durante la fase común y tampoco en fase de liquidación. Aunque, esta prohibición de iniciar ejecuciones no impedirá que, cuando no sea pagado al vencimiento, el crédito contra la masa devengue intereses, recargos y demás obligaciones<sup>34</sup>.

La compensación tributaria de créditos contra la masa en sede concursal supone un ejercicio de autotutela administrativa que extingue en la cantidad concurrente las deudas tributarias del concursado (arts. 71 a 73 LGT), y que exige que concurran los requisitos civiles para compensar (art. 1196 CC) y las reglas concursales para el pago de estos créditos. De un lado, puesto que se trata de compensar créditos contra la masa, los créditos deben referirse a hechos impondibles posteriores a la declaración de concurso. De otro, aunque pueda producirse de oficio, la compensación requiere un acto administrativo que así la declare; momento en el que se cumplen los requisitos para compensar, sin perjuicio de que el acto administrativo pueda impugnarse y quede en suspenso mientras se prolongue la reclamación, perdiendo la deuda cautelarmente su condición de exigible. Finalmente, las deudas tributarias deben encontrarse en período ejecutivo. En período de pago voluntario la compensación podrá producirse a instancia del obligado tributario e impedirá que se inicie el período ejecutivo, pero no el devengo de intereses de demora. La compensación de oficio por la administración no podrá ejecutarse hasta que no transcurra el período voluntario.

Ahora bien, el Tribunal Económico Administrativo considera que, una vez producido el acto administrativo y comunicado al obligado tributario, «serán en su caso la administración concursal o los posibles acreedores afectados quienes, a la vista del acuerdo de compensación de oficio, podrán plantear incidente concursal si consideran que dicha compensación ha alterado el orden de prelación establecido por la normativa concursal para el pago de los créditos contra la masa. De ahí que la revisión y eventual anulación en la vía económico-administrativa de un acuerdo de compensación de oficio de la Administración tributaria respecto de una deuda de la masa por causa de infracción de la normativa concursal requiere siempre el previo pronunciamiento al efecto del juez de lo mercantil competente en el concurso, a través de la resolución de un incidente concursal planteado por la propia administración concursal o por otros acreedores».

A nuestro modo de ver, no resulta adecuado hablar de un «orden de prelación para el pago de créditos contra la masa» que pueda resultar infringido por el acto administrativo de compensación. No parece factible que la Administración tributaria pueda infringir la normativa concursal por no respetar el orden de pago al vencimiento de los créditos contra la masa, cuando el pago de esos créditos a sus vencimientos es un deber que se impone a la administración concursal, que, cuando no disponga de liquidez, como ocurrirá en la mayoría de los casos, y siempre que la masa activa sea suficiente para atender los créditos contra la masa, podrá no satisfacer estos créditos al vencimiento obrando en interés del concurso. Como es un deber que se impone a la administración concursal, en el supuesto de insuficiencia de la masa activa, pagar los créditos contra la masa respetando el orden de prelación establecido por la norma (art. 250 TRLC). Los créditos que se compensen habrán de estar vencidos, pero no es la administración tributaria

la que debe atender el pago de los créditos contra la masa al vencimiento, sino la administración concursal; la Administración tributaria ni siquiera debe consultar la relación de créditos contra la masa, que acompañe, en relación adjunta a la lista de acreedores, el informe de la administración concursal (art. 288 TRLC). Será la administración concursal la que deba hacer frente al pago de los créditos contra la masa conforme a las reglas concursales y, en su caso, solicitar la satisfacción de los créditos tributarios contra la masa mediante compensación. Frente a ello, no parece razonable que la administración tributaria en ejercicio de la autotutela administrativa pueda impedir la continuidad de la actividad, comprometer la viabilidad u obstaculizar la solución convenida o liquidatoria, y que para evitar esta situación la administración concursal deba dirigirse primero al juez del concurso y después a la vía administrativa.

Aunque resulta significativo que no pueda ejecutarse el acto administrativo de compensación mientras no transcurra el período voluntario de pago y se requiera que las deudas tributarias se encuentren en período ejecutivo, al margen de las dudas en torno a la naturaleza declarativa o ejecutiva de la compensación tributaria, interesa destacar el hecho de que el juez del concurso no puede anular un acto administrativo que, más allá de infringir una norma concursal, puede ser contrario al interés del concurso. En este sentido, hay que tener presente que el interés del concurso no es un concepto unívoco ni uniforme, sino que comprende diferentes intereses y tendrá que ser definido en cada momento a lo largo del procedimiento. Ahora bien, en todo caso, se trata de un interés que debe informar la actuación de la administración concursal y regir sus decisiones, de modo que, este órgano del concurso debería tener la posibilidad de oponerse al acto administrativo cuando afecte el interés del concurso, porque ponga en peligro la viabilidad de la empresa, su continuidad o la solución concursal que se pretende. De ahí que, inspirada por el principio de economía procesal y con el fin de garantizar la eficacia del proceso universal abierto, la jurisprudencia haya acudido al recurso de la prohibición de ejecuciones singulares, para garantizar en todo caso la subsistencia del activo necesario para lograr la solución concursal. Por tanto, no será posible ejecutar créditos contra la masa, ni aún mediante compensación, una vez abierta la liquidación. Y esta jurisprudencia no solo ha sido acogida por el Texto Refundido de la Ley Concursal, sino que se mantiene en el Proyecto de Reforma de dicho Texto Refundido<sup>35</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. El TEAC manifiesta un cambio de criterio en torno a la posibilidad de compensar de oficio créditos tributarios contra la masa en caso de liquidación concursal. La decisión se funda en la necesidad de adaptarse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque el Alto Tribunal mantiene, por un lado, que no es posible aplicar a los créditos contra la masa la prohibición de compensación y, por otro, que no está justificada una ejecución de créditos contra la masa al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio.

II. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a la compensación de créditos contra la masa no justifican un cambio de criterio con respecto a la doctrina jurisprudencial que impide embargar bienes o derechos de la masa activa concursal una vez abierta la fase de liquidación para atender el pago de estos créditos.

III. Al aplicar la regla de la prohibición de ejecuciones a los créditos contra la masa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se hace eco de una tendencia a la concursalización de estos créditos que se inicia con la entrada en vigor de la Ley Concursal.

IV. La técnica de extender la prohibición de ejecuciones singulares a los créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación, que impediría la compensación tributaria en ejercicio de la autotutela administrativa, se sustenta en el principio de economía procesal y se dirige a garantizar la eficacia de la liquidación universal abierta.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

### TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 24 de enero de 2012
- STS de 9 de abril de 2013
- STS de 15 de abril de 2014
- STS de 24 de julio de 2014
- STS de 12 de diciembre de 2014
- STS de 18 de febrero de 2015
- STS de 13 de marzo de 2017
- STS de 6 de abril de 2017
- STS de 5 de marzo de 2019
- STS de 17 de julio de 2019
- STS de 15 de diciembre de 2020

### TRIBUNAL DEL CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

- STCJ de 17 de junio de 2013
- STCJ de 11 de noviembre de 2014
- STCJ de 9 de diciembre de 2014

### TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

- Resolución de 31 de mayo de 2017
- Resolución de 26 de abril de 2018
- Resolución de 20 de julio de 2018
- Resolución de 26 de febrero de 2019
- Resolución de 24 de septiembre de 2019
- Resolución de 18 de octubre de 2021

### JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM núm. 1 de Oviedo de 5 de septiembre de 2007
- SJM núm. 1 de Oviedo de 7 de febrero de 2011

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 17 de enero de 2013
- Resolución de 29 de mayo de 2013

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, E. (1986). Las deudas de la masa. Bolonia.
- (2004). Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 1493 a 1524.
- (2004). Pago de créditos contra la masa (art. 154). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 2427 a 2440.
- (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I, Pamplona: Aranzadi, 877 a 899.
- BELTRÁN/SÁNCHEZ PAREDES (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas.
- FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa. En VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Las ejecuciones en el concurso de acreedores. Cizur Menor: Civitas, 461 a 506.
- GIRGADO, P. (2019). Créditos contra la masa y compensación. En XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Los créditos contra la masa. Cizur Menor: Civitas, 461 a 499.
- MADRAZO, J. (2015). La ejecución forzosa de los créditos contra la masa (comentario de la sentencia núm. 711/2014 del Tribunal Supremo [1.ª] de 12 de diciembre de 2014. *ADCo.*, núm. 36, 469 a 491.
- MUÑOZ PAREDES, A. (2013). Protocolo concursal. Cizur Menor: Aranzadi.
- THOMÁS, P.M.<sup>a</sup> (2016). Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa. En VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Las ejecuciones en el concurso de acreedores. Cizur Menor: Civitas, 533 a 559.
- (2022). Ejecución y compensación de oficio de los créditos contra la masa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio propuesto por el Tribunal Económico Administrativo Central, resolución de 18 de octubre de 2021). *ADCo.*, núm. 56, 327 a 355.

## NOTAS

<sup>1</sup> La decisión se apoya en la resolución de 31 de mayo de 2017, y en las resoluciones de 26 de abril y 20 de julio de 2018, en las que se refiere la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: «[D]e acuerdo a la doctrina sentada por este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en las sentencias de 25 de junio de 2007 y 22 de junio de 2009, corresponde al juez del concurso la competencia para resolver “sobre ese extremo” de la posible compensación de la deuda de la AEAT por devolución de IVA y con otros créditos tributarios. Una vez incoado el concurso, la AEAT no puede disponer unilateralmente y al margen del concurso de un crédito reconocido en su contra mediante una compensación de oficio con deudas tributarias del concursado, lo que vulneraría el artículo 58 de la Ley Concursal que prohíbe la compensación, como medio para extinguir obligaciones recíprocas, prohibición cuya salvaguardia recae en el juzgador del concurso (STCJ de 25 de febrero de 2013). El juez del concurso es el único competente para decidir dentro del procedimiento concursal sobre la compensación, y ello al margen de las competencias ejecutivas de la AEAT sobre deudas de la masa fuera del proceso concursal, materia ajena al presente conflicto».

V., también la resolución de 24 de septiembre de 2019, ambas en el *ADCo.*, núm. 50, 493 a 521.

<sup>2</sup> [Recurso 1632/2014; Ponente: Rafael SARAZÁ JIMENA]: «La pretensión de aplicar, siquiera analógicamente, el artículo 58 de la Ley Concursal a los créditos contra la masa no puede ser estimada. Justamente por no tratarse de créditos concursales, no son aplicables los efectos que respecto de tales créditos prevé la sección tercera del capítulo segundo del título tercero de la Ley Concursal, artículos 58 a 60. Los créditos contra la masa pueden compensarse con créditos del concursado, deberán pagarse con los intereses, legales o pactados, que se devenguen, no se suspende el derecho de retención ni se interrumpe la prescripción de la acción para exigir su pago. (...) si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la *par condicio creditorum*, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación», v., en el *ADCo.*, núm. 42, 259 a 261.

<sup>3</sup> En contra de que se haya producido un cambio de criterio en el Supremo, v., el comentario de THOMAS, P.M.<sup>3</sup> (2022). Ejecución y compensación de oficio de los créditos contra la masa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio propuesto por el Tribunal Económico Administrativo Central, resolución de 18 de octubre de 2021). *ADCo.*, núm. 56, 327 a 355.

<sup>4</sup> En el supuesto de hecho de esta sentencia, una vez aprobado el plan de liquidación, la TGSS, tras la apertura del procedimiento de apremio, había incoado diligencia de embargo sobre los bienes y derechos de la masa activa concursal para hacer frente al importe de los créditos contra la masa a su favor. El Tribunal entiende que, una vez abierta la fase de liquidación, no son posibles apremios administrativos o ejecuciones separadas ni sobre créditos concursales, ni sobre créditos contra la masa. El único escenario en el que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en el que se levantan los efectos de la declaración de concurso. En cambio, «una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 de la Ley Concursal, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 de la Ley Concursal, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS». Por ello, «procede casar la sentencia de apelación y confirmar la de primera instancia, pues la TGSS, para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa. Esos embargos deben entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración

concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal». V. *ADCo.*, núm. 35, 389 a 393.

<sup>5</sup> La contraposición entre créditos concursales y créditos contra la masa se deduce de la literalidad de la Ley Concursal, que en el artículo 84 proclamaba que «[C]onstituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». De este modo, la doctrina más autorizada entiende que los créditos contra la masa «no forman parte de la masa pasiva, sino que son, por su propia naturaleza y finalidad, créditos extraconcursales». Esa extraconcursalidad se traduce en que no les afectan las normas destinadas a regular el concurso de acreedores: «los titulares de estos créditos no deben —ni pueden— realizar una comunicación de sus créditos», «de modo que su reconocimiento ha de producirse al margen del procedimiento concursal, conforme a las normas generales». Además, «los titulares de créditos contra la masa gozan de las ordinarias garantías jurisdiccionales, de modo que, en principio, podrían solicitar que se declarase su derecho contra la masa y, cuando contasen con la oportuna sentencia u otro título ejecutivo, entablar la correspondiente acción ejecutiva para el cobro de sus créditos», si bien con dos importantes limitaciones, «que se traducen en una cierta integración de los titulares de estos créditos con el concurso»: la primera, que las acciones relativas a su calificación o pago deben ejercerse ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 84.4 LC), manifestación de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso (art. 8 LC); la segunda, que no podrán iniciarse ejecuciones para hacer efectivos estos créditos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso (art. 84.4 LC). Finalmente, la extraconcursalidad de los créditos contra la masa se manifiesta en que «no sufren los efectos previstos para los créditos concursales», de modo que podrán compensarse con créditos del concursado (art. 58 LC). V. BELTRÁN, E. (2004). Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 1497, 1504 y 1505.

<sup>6</sup> La sentencia resuelve un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso, en el que se reconoce un crédito contra la masa a la parte *in bonis* que se compensa con otro en su contra de la concursada, v. *ADCo.*, núm. 49, 316 a 321.

<sup>7</sup> De hecho, la STS de 17 de julio de 2019 alude al pronunciamiento «aislado», la sentencia de 13 de marzo de 2017 —v., *supra*, núm. 2—: «En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 181/2017, de 13 de marzo: “La pretensión de aplicar, siquiera analógicamente, el artículo 58 de la Ley Concursal a los créditos contra la masa no puede ser estimada. Justamente por no tratarse de créditos concursales, no son aplicables los efectos que respecto de tales créditos prevé la sección tercera del capítulo segundo del título tercero de la Ley Concursal, artículos 58 a 60. Los créditos contra la masa pueden compensarse con créditos del concursado, deberán pagarse con los intereses, legales o pactados, que se devenguen, no se suspende el derecho de retención ni se interrumpe la prescripción de la acción para exigir su pago”».

<sup>8</sup> V. *ADCo.*, núm. 53, 429 a 433.

<sup>9</sup> En la sentencia de 12 de diciembre de 2014 —citada en la resolución de 26 de febrero de 2019—, v., *supra*, núm. 4, se decía literalmente que «lo que resulta claro es que una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas»

<sup>10</sup> Se cita a estos efectos la sentencia de 5 de marzo de 2019: «[P]ara la interpretación de este precepto, conviene no perder de vista cómo operan los efectos de la compensación (sentencia 46/2013, de 18 de febrero): “Los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas

cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después». V. *ADCo.*, núm. 48, 456 a 460.

<sup>11</sup> Cuya doctrina se reproduce en las de 10 y 11 de abril, 9, 14 y 23 de mayo, 4, 11 y 26 de junio y 22 de julio de 2013, v. *ADCo.*, núm. 31, 612 a 615: «Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del artículo 84.2-5.º de la Ley Concursal.

Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el artículo 59.1 de la Ley Concursal, (...).

5. Es cierto que, una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el artículo 55.1 de la Ley Concursal, “no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”, salvo las excepciones previstas en el propio artículo 55 y en el artículo siguiente.

Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no solo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al artículo 25 de la Ley General de la Seguridad Social. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (...).

<sup>12</sup> En general, GIRGADO, P. (2019). Créditos contra la masa y compensación. En XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Los créditos contra la masa. Cizur Menor: Civitas, 461 a 499.

<sup>13</sup> La situación es semejante a la que se plantea, entre otras, en las resoluciones de 15 de abril de 2014 y 24 de julio de 2014. En la primera, [Recurso 877/12; ponente: S. SAS-TRE PAPIOL] —*ADCo.*, núm. 33, 615 a 617—, se admite la compensación entre la fianza arrendaticia y el crédito que el arrendador ostenta frente a la concursada arrendataria, si bien no estaríamos ante una forma de extinción de obligaciones, sino ante un mecanismo de liquidación del contrato de arrendamiento resuelto por sentencia firme con anterioridad a la declaración de concurso. En la segunda, [Recurso 2912/2012; ponente: I. SANCHO GARGALLO] —*ADCo.*, núm. 35, 337 a 340—, se admite la compensación en el seno de un contrato de obra en el que se pactó que la propiedad realizaría una serie de retenciones en garantía de las penalizaciones en que pudiera incurrir el contratista por el incumplimiento del plazo convenido para la terminación y entrega de las obras. El Tribunal considera que «[E]s lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso».

<sup>14</sup> BELTRÁN, E. (2004). Pago de créditos contra la masa (art. 154). En: Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, T.I. Madrid: Civitas, 2427 a 2440, y especialmente, 2436. También, FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa. En VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Las ejecuciones en el concurso de acreedores. Cizur Menor: Civitas, 461 a 506, en especial, 461 a 472.

<sup>15</sup> Entre otras, SJM núm. 1 de Oviedo de 5 de septiembre de 2007 (Magistrado: Alfonso MUÑOZ PAREDES), donde se reconoce que, abierta la liquidación, la TGSS quedaba legitimada para iniciar la ejecución para el cobro de sus créditos contra la masa, v. BELTRÁN/SÁNCHEZ PAREDES (2009). *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Civitas, 831 y 832.

<sup>16</sup> En relación con la posibilidad de que se puedan dictar providencias de apremio en relación con los créditos contra la masa y se devenguen los recargos del período ejecutivo

resultantes de la falta de pago del crédito al vencimiento, sin que ello implique ejecución administrativa, v. THOMAS, P.M.<sup>3</sup> (2016). Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa. En VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia: Las ejecuciones en el concurso de acreedores. Cizur Menor: Civitas, 533 a 559, en especial, 553 a 557.

<sup>17</sup> V. FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa, *cit.*, 473 y 484.

<sup>18</sup> BELTRÁN, E. (1986). Las deudas de la masa. *Bolonia*, 191 a 200.

<sup>19</sup> V. STCJ de 17 de junio de 2013, en el *ADCo.*, núm. 31, 549 a 554.

<sup>20</sup> V. SSTCJ de 11 de noviembre de 2014 [Conflicto 6/2014; ponente: Alberto AZA ARIAS] y de 9 de diciembre de 2014 [Conflicto 10/2014; ponente: Octavio Juan HERRERO PINA], ambas en el *ADCo.*, núm. 35, 328 a 335, en las que se afirma: «No existe amparo en la Ley Concursal, ni en la regulación actual, ni en la derogada, para que la Tesorería soslaye la competencia de la administración concursal y del juez del concurso y decida el cobro mediante el embargo de sus créditos aunque hayan transcurrido los plazos previstos en el 84.4 de la Ley Concursal, que expresamente exige presentación del correspondiente incidente concursal, y ello sin poder siquiera conocer si existen otros créditos contra la masa de vencimiento anterior que deban ser satisfechos de forma preferente, si las sumas embargadas proceden de la realización de bienes afectos a privilegio especial y por tanto, con destino predeterminado, o si existen otras limitaciones o derechos susceptibles de protección concursal». En este sentido, los tribunales habían entendido que la Administración podía ejecutar, pero siempre respetando el criterio del pago al vencimiento, de modo que sería nulo un embargo que tuviera como consecuencia que créditos contra la masa anteriores en devengo resulten impagados. Por tanto, para evitar acciones impugnatorias futuras, antes de proceder al embargo, se debían comprobar en la lista de créditos contra la masa o en los informes trimestrales de liquidación si existen créditos contra la masa preferentes a los titulados por quien reclama. Ahora bien, en la SJM núm. 1 de Oviedo de 7 de febrero de 2011 [Magistrado: Alfonso MUÑOZ PAREDES], por ejemplo, se mantiene el embargo trabado por la TGSS, ya que la administración concursal, a quien incumbía la carga probatoria, no acredita que existieran créditos contra la masa impagados de fecha anterior a los titulados por la TGSS, v. MUÑOZ PAREDES, A. (2013). Protocolo concursal. Cizur Menor: Aranzadi, 480 y 481.

<sup>21</sup> V. RRDGRN de 17 de enero de 2013 y 29 de mayo de 2013, en el *ADCo.*, núm. 32, 799 a 804. En estas resoluciones, tras afirmar la naturaleza extraconcursal del crédito contra la masa, aunque siempre bajo la supervisión del juez del concurso, la Dirección General afirma: « Resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige por un lado que este carácter sea indubitado y por otro que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (*vid.* arts. 109, 130 y 142 LC), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año». (...) Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Explícitamente lo recoge así el artículo 84.4 de la Ley Concursal al decir: “4. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal”. Y es que, como señala la exposición de motivos de la Ley Concursal, “el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos”.

Nada obsta a lo anterior el carácter administrativo del procedimiento ni la indiscutida facultad de autotutela de la administración. (...)

En el expediente que provoca la presente, aun no resultando del Registro la existencia de una anotación preventiva por la que se publica la declaración de concurso de acreedores del titular registral, esta situación concursal se hace constar en el mandamiento presentado y ha sido comprobada mediante la oportuna consulta al Registro Mercantil por parte de la registradora; no obstante, no resulta de los libros registrales ni de la documentación aportada al tiempo de la calificación ninguna de las circunstancias previstas en la Ley Concursal para la iniciación de procedimientos de ejecución administrativa. Siendo las providencias de apremio y diligencias de embargo posteriores a la declaración del concurso, y no habiéndose obtenido con carácter previo un pronunciamiento del juzgado de lo mercantil ante el que se sigue el concurso que declare que los créditos son créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada, no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación».

<sup>22</sup> V. MADRAZO, J. (2015). La ejecución forzosa de los créditos contra la masa (comentario de la sentencia núm. 711/2014 del Tribunal Supremo [1.ª] de 12 de diciembre de 2014. *ADCo.*, núm. 36, 469 a 491, en especial, 490 y 491.

<sup>23</sup> Reproduce tanto la sentencia de 12 de diciembre de 2014, como la de 9 de abril de 2013 —v., *supra*, núm. 11—, v. *ADCo.*, núm. 42, 261 a 266.

<sup>24</sup> Como afirmaba BELTRÁN, no existe un «orden», una «jerarquía» o una «prelación» de créditos contra la masa. Estos créditos no se gradúan, sino que son satisfechos, a sus respectivos vencimientos, como si no hubiera concurso. Aunque, siguiendo el criterio de los juzgados de lo mercantil, la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, considera que existe en realidad una regla de pago por el orden de los vencimientos al señalar en el artículo 84.3, que la administración concursal «podrá alterar esta regla» cuando lo considere conveniente para el interés del concurso. V. BELTRÁN, E (2012). Créditos contra la masa. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal*, T.I, Pamplona: Aranzadi, 877 a 899, en concreto, 893 y 894. Solo en caso de insuficiencia de masa activa podría hablarse de un orden de pago de los créditos contra la masa, como una especialidad propia de este supuesto concreto de conclusión del concurso.

<sup>25</sup> [Recurso 2067/2013; ponente: Sebastián SASTRE PAPIOL]. V. THOMÀS, P.M.<sup>a</sup> (2016). Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa, *cit.*, 540 a 549.

<sup>26</sup> Por tanto, durante la fase común los créditos contra la masa son exigibles conforme a su vencimiento, pero no pueden justificar una ejecución al margen del concurso, que solo es posible en sede de cumplimiento del convenio. Y, en el caso de que la liquidación se abriera tras el incumplimiento del convenio, parece que los amplios términos de la prohibición impedirían igualmente las ejecuciones por créditos contra la masa. No obstante, pueden surgir dudas en otras situaciones, como en el supuesto de ejecuciones iniciadas entre la aprobación del convenio y su incumplimiento, v. FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa, *cit.*, 497.

<sup>27</sup> Así, la posibilidad de que el juez acuerde la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso con el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva solo está expresamente prevista para los créditos concursales (art. 149.5 LC); y, además, se excluye expresamente a los embargos administrativos de la posibilidad de cancelar embargos por ejecuciones singulares que hubieran quedado en suspenso cuando su mantenimiento dificulte gravemente la continuidad de la actividad (art. 55.3 LC). V. FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa, *cit.*, 501 a 503. A favor de la posibilidad de que el juez del concurso pueda declarar la nulidad del apremio administrativo como cuestión prejudicial, v. THOMÀS, P.M.<sup>a</sup> (2016). Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa, *cit.*, 549.

<sup>28</sup> V. ATS de 24 de enero de 2012, en el *ADCo.*, núm. 27, 492. No obstante, THOMÀS, P.M.<sup>a</sup> (2016) considera que la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso lo es para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado y el concursado seguirá siéndolo hasta la conclusión del concurso. No solo puede incumplirse el convenio, sino que el cese de efectos del concurso «desde la eficacia

del convenio» no es absoluto, v. Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa, *cit.*, 549 a 553.

<sup>29</sup> V. FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa, *cit.*, 490 y 494.

<sup>30</sup> «Así sucede con determinados créditos salariales, con quienes ostenten contra el concursado un derecho a la restitución de su prestación en caso de rescisión del contrato por haber sido realizado dentro del período sospechoso y en perjuicio de la masa activa, con los créditos anteriores derivados de la continuación —o incluso de la rehabilitación— de contratos en el concurso y, parcialmente, con quienes hubieran realizado nuevos ingresos de tesorería en el marco de un acuerdo de refinanciación». Se trataría de decisiones de política legislativa de diferente significado, «pero con un resultado común: ese aumento del coste del concurso reduce el grado de satisfacción de los acreedores concursales ordinarios, que ha de ser la finalidad del concurso, y puede dificultar la reorganización de la empresa al encarecer el procedimiento» V. BELTRÁN, E (2012). Créditos contra la masa, *cit.*, 881 y 884.

<sup>31</sup> BELTRÁN, E (2012). Créditos contra la masa, *cit.*, 896.

<sup>32</sup> Especialmente, THOMÁS, P.M.<sup>a</sup> (2016). Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa, *cit.*, 533 a 536. Para esta autora, si el fundamento de la norma que impide las ejecuciones al margen del concurso por créditos contra la masa se encuentra en mantener la viabilidad de la empresa, habrá que entender que, cuando existan bienes cuya enajenación no comprometa la viabilidad de la empresa no resulta procedente la limitación. Por tanto, cuando la administración concursal se niegue a vender un bien que no afecta a la viabilidad para pagar un crédito contra la masa, el titular del crédito debería acudir al juez reclamando su derecho al cobro, sin que le afecte la limitación que le impide iniciar ejecuciones, ya que, en otro caso, se estaría contraviniendo la regla del pago al vencimiento.

<sup>33</sup> V. FLORES, M. (2016). Las ejecuciones singulares contra bienes y derechos de la masa activa por créditos contra la masa, *cit.*, 494 a 496.

<sup>34</sup> THOMÁS, P.M.<sup>a</sup> (2022). Ejecución y compensación de oficio de los créditos contra la masa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio propuesto por el Tribunal Económico Administrativo Central, Resolución de 18 de octubre de 2021), *cit.*, 353 a 355.

<sup>35</sup> Nos referimos al Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

## 2. MERCANTIL

# La nulidad del préstamo en operaciones de blanqueo de capitales

## *The nullity of the loan in money laundering operations*

*por*

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** La sentencia de 23 de marzo de 2021 de la Sala Civil del Tribunal Supremo falla sobre la inexistencia de nulidad de un préstamo en una operación de blanqueo de capitales, debiendo revisarse dicha doctrina en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil

**ABSTRACT:** *The judgment of March 23, 2021 of the Civil Chamber of the Supreme Court rules on the non-existence of nullity of a loan in a money laundering operation, and said doctrine must be reviewed in application of article 6.3 of the Civil Code*

**PALABRAS CLAVE:** Acción de anulación. Consecuencias procesales.

**KEY WORDS:** *Nullity of a loan. Money laundering operation.*

**SUMARIO:** I. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2021.—II. LA DEBIDA APLICACIÓN AL CASO DEL ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA JURISDICCIÓN CIVIL DESDE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL.—III. EL RECURSO A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN LA JURISDICCIÓN PENAL.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

### I. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2021

En el seno de un incidente concursal interpuesto por la administración concursal de una empresa concursada sobre la pretendida nulidad de un préstamo concertado entre la concursada y una entidad de crédito se nos ha ofrecido la posibilidad de conocer el criterio del Tribunal Supremo sobre la validez de un préstamo convenido como medio para la realización de un delito de blanqueo de

capitales, sobre la base de no entender aplicables al caso los motivos de nulidad de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, lo que a nuestro juicio ya adelantamos que es erróneo en cuanto a la falta de aplicación al supuesto de hecho de la nulidad prevista con carácter general en el artículo 6.3 del Código Civil para los contratos prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Los hechos más relevantes pueden resumirse del siguiente modo, tal y como hace la propia sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2021:

i) El 21 de abril de 2005 D. Moisés y D.<sup>a</sup> Flor firmaron una escritura de compraventa por la que vendían a la sociedad «Viviendas de Avilés, S.L.», un inmueble sito en Estepona en el que se ubicaba el negocio denominado «Club Oasis».

ii) Ese mismo día, «Viviendas de Avilés, S.L.», representada por sus administradores solidarios D. Ramón y D. Ricardo, firmó con el Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular o simplemente el banco) una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 2 105 000 euros. En la operación de préstamo, el Banco Popular actuó por medio de sus apoderados D. Romeo y D. Rosendo.

iii) «Viviendas de Avilés S.L.» fue declarada en concurso en el auto de 15 de febrero de 2007 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo. En los textos definitivos del concurso aparece reconocido el «Banco Popular, S.A.» como titular de un crédito de 1 922 148,62 euros correspondiente al crédito hipotecario suscrito con la concursada, de cuyo importe 1 893 488,43 euros aparece como crédito con privilegio especial y el resto como crédito subordinado.

iv) Estando abierto el proceso concursal, la Sección Primera de la Audiencia Nacional dictó la sentencia 41/2013, de 12 de junio. En esa sentencia se declaró que la compra del «Club Oasis» fue una operación de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico, y que la suscripción del préstamo hipotecario fue parte de dicha operación de blanqueo de capitales. La Audiencia Nacional condenó, entre otros, a D. Ricardo (del otro firmante de la escritura de préstamo hipotecario como administrador de «Viviendas de Avilés S.L.», D. Ramón, se dice en la sentencia penal que «se halla al margen de este procedimiento») como autor de un delito de blanqueo de capitales «agravado por ser el delito subyacente el de tráfico de drogas o por la presencia de una organización». Asimismo, condenó a D. Romeo y a D. Rosendo (apoderados de Banco Popular que intervinieron, en representación de este, en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario), como autores cada uno de ellos de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia, porque «incumplieron los deberes propios de su cargo».

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia, el Alto Tribunal niega la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, sobre la base de lo siguiente:

2. *Mientras que la nulidad prevista en el artículo 6.3 del Código Civil se aplica cuando se trata de un contrato cuyo contenido es contrario a la ley (por ejemplo, el arrendamiento de servicios personales hecho por toda la vida a que se refiere el art. 1583 CC), la nulidad que resulta del artículo 1275 del Código Civil se aplica a aquellos contratos en que los motivos de las partes para celebrar el contrato se elevan a la categoría de causa y esta resulta ser ilícita.*

3. *Aunque en algunos casos la ilicitud afecte tanto al contenido como a la causa del contrato, en otros casos puede que el contenido del contrato no sea ilícito, pero sí lo sea su causa.*

4. *En el caso objeto del recurso, el contenido de un contrato de préstamo hipotecario no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva, por lo que no*

*es aplicable el artículo 6.3 del Código Civil. Pero si su causa, en el sentido que ha de darse a este término cuando hablamos de causa del contrato, es el blanqueo de capitales, tal causa sería ilícita, pues constituye un delito, y el contrato sería nulo».*

O sea, que para la Sala Civil del Tribunal Supremo el préstamo constitutivo de un delito de blanqueo de capitales no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva como por ejemplo, lo es el arrendamiento de servicios hecho para toda la vida tal y como se predica en el artículo 1583 del Código Civil, que expresamente prevé lo siguiente:

*Artículo 1583.*

*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

Es decir, el Tribunal Supremo parece que nos viene a exigir que la norma jurídica civil prevea la nulidad del negocio para que resulte de aplicación el artículo 6.3 del Código Civil o al menos la prohibición del negocio jurídico en cuestión en la propia norma, tal y como hizo en la conocida sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 878/2008 de 10 octubre de 2008 (RJ 2008, 5687)<sup>1</sup> que consideró aplicable, por el contrario, el referido artículo 6.3 del Código Civil, salvando la existencia de sanción administrativa al caso, cuando un casino infringía la prohibición de otorgar préstamos que contiene el artículo 10 del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo de 1977, lo que vino a ser refrendado en la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Juegos de Suerte, Envide o Azar, acabando por eliminar cualquier duda normativa al respecto, porque su artículo 2 tipifica como infracción muy grave «Otorgar préstamos o permitir que se otorguen por terceros a jugadores o apostantes en los locales o recintos en que tengan lugar los juegos» (apartado l), en pie de igualdad con «Permitir el acceso al juego de las personas que lo tienen prohibido de acuerdo con las normas vigentes» (apartado j).

Hemos de recordar que el referido artículo 10 del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo de 1977, recogía expresamente la prohibición de la siguiente forma:

*«...queda prohibida la realización de cualquiera de los actos siguientes: (...)*

*d) Otorgar préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares en que tengan lugar los juegos.*

En otro orden de ideas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 niega la posibilidad de que el préstamo tuviera una causa ilícita al entender que no existía un propósito común de las partes contratantes del préstamo que pudiera tildar al mismo de contrato ilícito, en función de los datos del caso donde los empleados solo fueron condenados en la vía penal por imprudencia en la comisión del delito de blanqueo de capitales y no por dolo, razonando al respecto lo siguiente:

*11. Por tanto, tres son los requisitos para que la motivación jurídicamente relevante constituya la causa ilícita determinante de la ineficacia del contrato: i) ha de ser opuesta «a las leyes o a la moral» (art. 1275 CC); ii) ha de ser determinante de la celebración del contrato; iii) ha de ser común a ambas partes, porque ambas hayan convenido en el mismo propósito ilícito o porque la motivación ilícita de una de las partes sea consentida por la otra, cuanto menos porque la haya cono-*

*cido y aun así haya celebrado el contrato; esto es, como ha dicho una autorizada doctrina, porque aun siendo la motivación ilícita individual de una sola parte, ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.*

*(...)*

*22. La consecuencia de lo expuesto es que, al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales que procede imponer a quienes incumplieron las obligaciones que les imponía la normativa sobre blanqueo de capitales, como de hecho han sido ya impuestas en el ámbito penal.*

Si bien coincidimos con el Tribunal Supremo en la inexistencia de ilicitud causal ante la ausencia del propósito común ilícito en la conducta de ambas partes, inaplicándose así la previsión de nulidad del artículo 1275 del Código Civil, no podemos estar de acuerdo en la ausencia de aplicación de la nulidad prevista en el artículo 6.3 del Código Civil puesto que a nuestro juicio el préstamo litigioso constitutivo de un delito de blanqueo de capitales ha de calificarse como contrato prohibido y por tanto nulo desde una interpretación del artículo 301 del Código Penal que en su redacción sí que prohíbe la realización de «...cualquier otro acto...» que suponga la aplicación del tipo penal del blanqueo de capitales.

Así, no es que se pretenda siquiera que la Sala Civil del Tribunal Supremo se aparte de su propio criterio, es decir, la necesaria prohibición en la norma jurídica concreta para poder aplicar el artículo 6.3 del Código Civil, sino de hacer notar que dicho criterio lo podría haber aplicado igualmente al caso si se hubiera acercado a la lectura e interpretación del artículo 301 del Código Penal que tipifica el delito de blanqueo de capitales, para lograr así coherencia ambas normas jurídicas.

Creemos que dicha labor interpretativa que conllevara la aplicación normativa propuesta hubiera supuesto no solo colmar el sentido propio de ambas normas jurídicas de acuerdo con su espíritu y finalidad (art. 3 CC), sino evitar caer en el propio «absurdo» de no declarar la nulidad civil de un contrato constitutivo de delito, en palabras que el propio Tribunal Supremo nos enseñara en la citada sentencia de 10 de octubre de 2008 (FJ Octavo) cuando afirmara lo siguiente:

*«una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prever el ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código Civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305)».*

Esta sentencia también ha llamado la atención en otros autores, sin duda por la novedad y pragmatismo que implica la misma. De hecho, CARRASCO PERERA,<sup>2</sup> se ha pronunciado sobre la nulidad del préstamo con aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, lo que sin embargo no hemos encontrado en el análisis de la misma que hace VIVAS TESÓN, quien coincide con la negativa del Tribunal Supremo a aplicar el artículo 6.3 del Código Civil al supuesto enjuiciado.<sup>3</sup>

## II. LA APLICACIÓN AL CASO DEL ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA JURISDICCIÓN CIVIL DESDE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 301 DEL CÓDIGO PENAL

Con carácter general y para distinguir el contrato prohibido (art. 6.3 CC) del contrato ilícito (art. 1275 CC), hemos de recordar que DÍEZ-PICAZO<sup>4</sup> nos explica que «Según el artículo 1275 del Código Civil, la causa ha de ser lícita y se entiende por ilícita cuando se opone a las leyes o la moral. Al hablar de causa ilícita hay que empezar por distinguir la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. El contrato que choca con una prohibición legal o contrato *contra legem* queda fuera de los límites de la autonomía privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil y le es aplicable la sanción de nulidad establecida en el artículo 6. En estos términos podríamos preguntarnos por la necesidad de hablar explícitamente de causa ilícita. Dicho de otra manera: ¿Qué añade el artículo 1275 al 1255?».

En principio, se puede señalar que en aquellos casos en que el contrato, considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido. En cambio, en aquellos otros en que las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí, será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad. Cuando un *dare* o la promesa de una *datio* aparezcan externamente independizadas del contrato en el que han nacido, la promesa desvinculada es recompensa o retribución de una prestación ilícita. Además de ello, es posible aplicar la idea de causa ilícita en aquellos supuestos en que el contrato en sí mismo sea ilícito y la ilicitud provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar en él».

Por su parte, CARRASCO afirma que:<sup>5</sup> «...Pero esto no quiere decir que todos los contratos que incurran en la contravención a que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil sean contratos ilícitos en su causa, inmorales o contrarios al orden público. En absoluto, pues veremos que la mayoría de las normas prohibitivas a las que se han tenido que enfrentar nuestros tribunales son normas de Derecho sectorial, y en infracciones de esta clase no se puede hacer reproche alguno por razón de su contenido; no se suele hacer un juicio de valor conducente a la inmoralidad o torpeza del negocio. Tampoco quiere decirse que las categorías de negocio prohibido del artículo 6.3 o del artículo 1255 y negocio incurso en causa ilícita puede no ser un negocio prohibido. Así, la ilicitud causal fundada en el desvalor de los motivos de una o de ambas partes no tiene por qué infringir ninguna norma imperativa (expresa) ni tiene que sustentarse en la introducción de un pacto contrario a la moral. En buena lógica, hay un espacio no insignificante entre los negocios prohibidos y los negocios incursos en causa ilícita. Es cierto que habrá un espectro de casos en que causa ilícita y prohibición legal concurren. Pero no son los más, como se verá. Una prohibición sin desvalor de la conducta podrá conducir a la nulidad del artículo 6.3 del Código Civil, pero no a la del artículo 1275 del Código Civil. Sería posible entonces declarar la sanción de nulidad sin que existiera fundamento para un reproche de desvalor de la acción. Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales no ha operado así, y ha ido reduciendo sistemáticamente la sanción de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil a los casos en los que la situación resultante del negocio prohibido es calificable de situación de ilicitud causal. Hoy día, apenas puede encontrarse una sentencia que declare la nulidad de un contrato con el exclusivo fundamento en el artículo 6.3 del Código Civil, si el negocio prohibido no es además un ne-

gocio sobre el que pesa un juicio de desvalor distinto de la simple conculcación de la norma imperativa».

En un interesante trabajo comparatista, INFANTE Y OLIVA<sup>6</sup> exponen sus consideraciones críticas sobre el particular del siguiente tenor: «En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra *bonos mores* en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC). En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, en cuanto que podría funcionar igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos por las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto «artificioso». Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema».

Realmente, no es sencilla la materia que nos ocupa. Efectivamente, hemos dicho anteriormente que coincidimos con el Tribunal Supremo en la necesidad de la concurrencia de los motivos de las partes como premisa para el análisis de la ilicitud de dichos motivos, así poder concluir con el ilícito causal, lo que nos hace decantarnos por un subjetivismo causal como presupuesto del análisis del ilícito del mismo, no sin desconocer las tradicionales discusiones que sobre el concepto de la causa también sobre este particular se han elaborado y que evitamos en este momento dándolas por reproducidas.<sup>7</sup>

Sin embargo, destacamos la opinión de DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN<sup>8</sup> por la concreción de la misma, cuando advierten lo siguiente: «En nuestra opinión, la causa ilícita o torpe que impide la restitución, no se refiere al contrato o al negocio, sino a la atribución realizada, a la *datio*. Por ello puede afectar a una sola de las partes —mientras que la causa del contrato implica necesariamente a ambas— y así se explica que la regla que niega la restitución de lo dado por causa torpe se encuentre también en ordenamiento que desconocen el concepto de causa del contrato o del negocio, como el romano (de donde procede) o el alemán. La causa ilícita del contrato, para serlo realmente y dar lugar a la nulidad del mismo, ha de ser compartida por ambas partes y dar sentido al negocio. En consecuencia, no cabría distinguir luego, como hacen estos preceptos, según que la ilicitud afecte a ambos o a uno solo, pues en este último caso (motivo o finalidad ilícitos para una parte, desconocidos para la otra y que no dan sentido al negocio) el contrato sería válido y estaríamos fuera del campo de aplicación del precepto».

Pero una vez deslindado el contrato ilícito del contrato prohibido y descartando por la ausencia del referido subjetivismo causal la caracterización del préstamo litigioso como un contrato ilícito merecedor de la aplicación de la consecuencia jurídica de la nulidad, hemos de volver la vista a la figura del contrato prohibido

y a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, desde el entendimiento del artículo 301 del Código Penal.

Como tiene declarado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el delito de blanqueo de capitales pretende cerrar todos los circuitos del dinero con objeto de evitar el aprovechamiento del delito. Es el medio por el cual puede atajarse la actividad criminal a través del seguimiento de los fondos que se recaudan ilícitamente a través de la acción criminal. Pretende, en suma, la ley con la criminalización de estas conductas que nunca el delito sea una actividad rentable, STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) sentencia núm. 171/2021 de 25 de febrero de 2021 (RJ 2021, 934).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 279/2013, (Sala de lo Penal) de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4643), declara que el bien jurídico que da autonomía al delito es, desde una visión genérica, el orden socioeconómico, y dentro de este, los intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo. Entre otros, el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, afectando también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles.

En este contexto relativo al bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales, recordamos a los efectos que ahora nos interesan que el artículo 301.1 del Código Penal, efectúa la siguiente tipificación expresa:

*«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años».*

Si bien es cierto que la doctrina penalista se ha mostrado crítica con la expresión «*cualquier otro acto*» que revela el artículo 301 del Código Penal<sup>9</sup>, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) en sentencia núm. 56/2014 de 6 febrero (RJ 2014, 1619), ha tenido oportunidad de aclararnos el alcance y validez de la misma de la siguiente forma:

*«En la redacción típica aplicable a los hechos, la propiciada por la reforma de la LO 15/2003, se describen como conductas típicas, en el primer párrafo, la de adquirir, lo que supone un incremento patrimonial, convertir, en referencia a los actos de transformación de unos bienes en otros, y la de transmitir, lo que implica una salida del patrimonio en favor de otro. Además, este párrafo se completa con una cláusula de cierre «cualquier otro acto» para ocultar, encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona a eludir sus responsabilidades. Esta última expresión necesita ser interpretada para evitar que la excesiva generalización de su contenido suponga una vulneración del principio de legalidad, por falta de determinación de la conducta típica. Una restricción a su contenido puede venir dado por la exigencia de que este cualquier otro acto implique*

*una operación directa, personal o interpuesta, con los bienes sobre los que se actúa, pues los tres verbos rectores, adquirir, por sí o por persona o institución interpuesta, convertir y transmitir, suponen una actuación operativa directa sobre los bienes de procedencia ilícita y delictiva. Se trata, en consecuencia, de un delito que se estructura como un delito de mera actividad en los que la conducta rellena las exigencias de la tipicidad sin requerir un resultado distinto de la realización de la acción».*

En lo que nos ocupa, entendemos que dentro de la expresión «*cualquier otro acto*» a la que hace referencia el artículo 301.1 del Código Penal encontramos la necesaria prohibición contractual que el Tribunal Supremo requiere para la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil y sin embargo no ha encontrado en el enjuiciamiento del préstamo litigioso.

De hecho, recordamos en cuanto a la inteligencia del negocio prohibido, que DE CASTRO<sup>10</sup> englobaba dentro del concepto «actos» susceptibles de nulidad en aplicación del derogado artículo 4 del Código Civil (actual art. 6.3 CC), los negocios jurídicos, las declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudom matrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etcétera. De esta forma, DE CASTRO razonaba lo anterior: «El artículo 4.º, al no distinguir entre los actos contra ley, se refiere a toda clase de actos, sea cualquiera su forma o naturaleza; comprende, por ejemplo, a los negocios jurídicos, declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, *traditio*, relaciones pseudom matrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etcétera. En cambio, la letra de la ley excluye los hechos: los acontecimientos en los que la voluntad humana no interviene, serán tenidos en cuenta por el Derecho, pero no merecen la valoración jurídica de ilicitud».

Por ello y a nuestro juicio, una interpretación como la efectuada por el Tribunal Supremo en este particular, sin aplicar la nulidad del préstamo litigioso *ex. artículo 6.3 del Código Civil, conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito* en palabras que el propio Tribunal Supremo (Sala Civil, sentencia «casinos») nos enseñara en la citada sentencia de 10 de octubre de 2008 (FJ Octavo) si tenemos presente que lo que se pretende con el tipo penal del blanqueo de capitales es —como afirma la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo— controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, afectando también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles.

### III. EL RECURSO A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN LA JURISDICCIÓN PENAL

Una interpretación como la sostenida por la Sala Civil en esta sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021, debería suponer que en la práctica tengamos que tener presente que si el interés resultare en obtener la declaración de la nulidad del préstamo constitutivo del delito de blanqueo de capitales, hayamos de plantearnos si esta nulidad puede esgrimirse dentro del mismo proceso penal en la pieza de responsabilidad civil.

A título de ejemplo, en el ámbito del delito de alzamiento de bienes, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 30/2006 de 16 de enero de 2006 (Sala de lo Penal) (*RJ* 2006, 539), recoge en detalle la posibilidad de agotar con la nulidad del negocio el bien jurídico protegido con el delito, cuando razona lo siguiente:

2. En el delito de alzamiento de bienes el propósito de los autores consiste fundamentalmente en eludir el pago debido a los acreedores, defraudando con ello el principio de responsabilidad universal derivado del artículo 1911 del Código Civil (LEG 1889, 27). En consecuencia —como se dijo en la sentencia de esta Sala 980/1999, de 18 de junio (RJ 1999, 4142)— el objetivo del proceso penal en la vertiente que afecta a la responsabilidad civil debe orientarse a la recuperación de la situación jurídica que tenían los acreedores en el momento de realizar contratos o contraer obligaciones que supongan un pago en dinero por parte de los acreedores. La indemnización de los perjuicios comprende los que se hubiesen causado por razón del delito y las cantidades adeudadas en el caso enjuiciado, como en el contemplado por la sentencia citada, «habían nacido en virtud de una relación contractual válidamente contraída y concertada con anterioridad al hecho delictivo por lo que no puede establecerse su pago, como consecuencia del delito de alzamiento de bienes».

En el mismo sentido la sentencia 1716/2001, de 25 de septiembre (RJ 2001, 9600), recordó que era constante doctrina de esta Sala «que la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores», concluyendo que la restauración del orden jurídico alterado por las acciones simuladas se consigue declarando la nulidad de las operaciones fraudulentas (STS de 13 de junio de 2002 [RJ 2002, 7201]).

3. En esta misma línea, hemos declarado también que la restitución de los bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP/1973 [RCL 1973, 2255], hoy 110 del Código vigente [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4323), cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es «líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor» (en el mismo sentido SS. 16-3-92 [RJ 1992, 2271] y 12-7-96 [RJ 1996, 6067]).

4. En este tipo de delitos, la reparación civil no se produce a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos, y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, con la aportación de inmuebles en la escritura de constitución de una sociedad, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio. Ahora bien, es necesario también que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales correspondientes. Uno de estos principios es el de respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el proceso. Si en el contrato intervinieron varias personas, todas ellas deben ser traídas al proceso —litis consorcio pasivo necesario—, bien exclusivamente para ejercitarse la acción civil o bien acumulada esta a la acción penal (STS 238/2001, de 19 de febrero [RJ 2001, 369]).

En la doctrina civilista, manifiestamente a favor de esta solución en el ámbito del delito de administración desleal, destacan las posturas de YZQUIERDO TOLSADA<sup>11</sup>, quien con colación de la jurisprudencia penal razona lo siguiente: «La magnífica STS, Sala Segunda, de 5 de febrero de 1980 dijo que “Una posi-

ción antigua y gozosamente superada, sostenía que (...) cualquier efecto (...) en el orden privado que presentara alguna complejidad o requiriera conocimientos cabales en materias extrapenales, debía, con abstención previa del Tribunal penal, deferirse y resignarse en favor de los Tribunales civiles, administrativos o laborales, prolongando así la odisea de los justiciables y remitiéndoles, con esa mezquina y estrecha interpretación, a otros estrados de costoso y dilatorio peregrinar. Pero esta posición doctrinal, a veces también jurisprudencial, olvida la economía procesal más elemental y el principio de unidad jurisdiccional del proceso en cuanto ello sea posible, por lo que fue abandonada —con cierta nostalgia por parte de los remisos y menos laboriosos—. «La sentencia, cuyo Ponente es el Excmo. Sr. VIVAS MARZAL, es deliciosamente perversa. Qué cómodo es eso de que en la justicia penal se manejen con un par de docenas de artículos civiles colocados en el Código penal. Es «la comodidad del librito único», de la que escuché a veces hablar a Ricardo DE ÁNGEL. Por fortuna, el dardo hizo mella en la Sala Segunda, que desde hace ya varias décadas cambió de opinión, felizmente. «Los Tribunales de lo criminal tienen la obligación ineludible —dice la STS de 25 de mayo de 1983—, (...), de declarar la nulidad de todos aquellos negocios o contratos de disposición respecto de los cuales hayan hecho previo pronunciamiento de falsedad, lo mismo que de las inscripciones que en los correspondientes Registros hubiesen producido». Cuando el juez penal condena penalmente y no hubo reserva de acciones, y si ello es necesario para la restitución de la cosa objeto del delito, podrá y deberá declarar rescindido un contrato privado y hasta un contrato público, o declarar nulo un acto societario».

También YZQUIERDO TOLSADA<sup>12</sup>, para otros delitos, se muestra favorable a la solución de nulidad (estafa, delitos societarios) cuando se pronuncia del siguiente tenor: «He utilizado el ejemplo del alzamiento de bienes, pero cosas parecidas podrían decirse de otros delitos en los que también cabe plantear situaciones de ineficacia contractual. Así sucederá con buena parte de la tipología variada que se da cita en los tipos de la estafa: simular un contrato en perjuicio de tercero, vender como libre la finca que se sabe gravada, etc. (art. 251 C.pen.)

Y más allá del Derecho civil pero aún en sede de Derecho privado, tampoco vendría mal en la justicia penal un repaso del Derecho de sociedades. Por ejemplo, es posible que el enjuiciamiento de determinados delitos societarios comporte medidas semejantes. El artículo 290 del Código Penal, por ejemplo, castiga a los administradores de una sociedad que falsearen cuentas o documentos que hayan de reflejar la situación jurídica o económica de la misma, y lo hagan de forma idónea para causar un perjuicio económico. Pues bien, si la jurisprudencia es coherente con la línea que viene siguiendo en materia de insolvencias punibles, «el pronunciamiento en torno a la responsabilidad civil podría obligar a la restauración del orden jurídico alterado por la acción falsaria, declarando, por ejemplo, la nulidad del acuerdo de la Junta General aprobando las cuentas anuales falsificadas y la nulidad de su inscripción registral».

Sin embargo, otro sector doctrinal no se ha mostrado igual de favorable a la pretensión de nulidad del contrato en el proceso penal. De esta forma, PARRA LUCÁN<sup>13</sup>, quien por el contrario opina lo siguiente: «Sin embargo, resulta bastante dudosa, a mi juicio, la competencia del juez penal para pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones de derecho civil relacionadas con la producción de un delito. La doctrina jurisprudencial expuesta, en ausencia de una atribución legal de competencia, responde más al deseo de la Sala Segunda de hacer justicia que a la aplicación de la estricta legalidad (art. 9 LOPJ). Porque, en efecto, es difícil

de encajar en el concepto de «restitución de la cosa» las declaraciones de nulidad de contratos y, en general, la «restauración del orden jurídico civil alterado». En ocasiones, se hace referencia por parte de los tribunales a la necesidad de que las declaraciones judiciales de nulidad sean solicitadas por el actor civil o por el Ministerio Fiscal. Pero, hasta tal punto se vinculan por la jurisprudencia penal las declaraciones en cuestión a la restitución de la cosa que, requerida esta, se procede a un pronunciamiento sobre la nulidad con independencia de que haya sido solicitada. La declaración de nulidad de títulos por parte de la jurisprudencia penal sugiere, a su vez, otros problemas que solo pueden ser apuntados en este comentario. Especialmente difícil es el relativo al Derecho que aplica el juez penal. No existen normas específicas que regulen en el Código penal la materia relativa a la eficacia e invalidez contractual (a diferencia de lo que sucede, como es sabido, en relación a la obligación de indemnizar los daños regulada en los arts. 20 a 22 CP, cuyo régimen es distinto del previsto en los artículos correspondientes CC). El juez penal, sin embargo, no aplica las disposiciones del Código Civil sobre nulidad o anulabilidad de los contratos —y posiblemente en la mayoría de los casos ni concurren los presupuestos necesarios para aplicar tal régimen ni puede deducirse el efecto de la restitución exigida por un tercero que no fue parte en el contrato—. La declaración de nulidad se anuda automáticamente a la obligación de restituir cuando la cosa no se ha hecho «irreivindicable» [art. 102.III in fine CP], pero se prescinde de todo análisis relativo a la modalidad de invalidez, a la presencia o no de los requisitos contractuales. Podría decirse que la jurisprudencia penal considera que si el contrato se ha celebrado en el marco de un delito, necesariamente ha de calificarse como de ilegal o ilícito, y debe negársele la producción de cualquier efecto («la consecuencia de constituir la escritura de fecha X el vehículo o instrumento para la comisión del delito de estafa es su ilicitud y consiguiente nulidad»: STS, 2.a, de 4 de junio de 1993).

En nuestra opinión la economía procesal y el principio de unidad jurisdiccional del proceso (STS, Sala 2.ª, de 5 de febrero de 1980) podrían ser argumentos judiciales para sostener esta nulidad negocial del préstamo hipotecario litigioso como fallo de la sentencia penal correspondiente, aunque sin dejar de desconocer que estrictamente no existe un precepto alguno que atribuya expresamente una competencia al juez penal para declarar la nulidad de este contrato, pese a la concurrencia del requisito genérico de acto *contra legem* que del mismo hubiera de observarse por parte del juez penal con base a los artículos 6.3 del Código Civil y 301 del Código Penal.

En todo caso, si la declaración de nulidad del préstamo y la hipoteca en el proceso penal se llevara cabo sin audiencia de los interesados, supondría una vulneración del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva, es decir, habría que llamar al proceso penal al acreedor hipotecario.

De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 540/2019 de 6 de noviembre (RJ 2019/4834), razona lo siguiente:

*«En efecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 420/2015 de 26 Jun. 2015 (RJ 2015, 3779), Rec. 1649/2014 que:*

*«La pretensión de nulidad, efectivamente de clara naturaleza civil, no puede ser atendida por cuanto la nulidad supondría un pronunciamiento frente a un tercero que no ha sido parte en el proceso (vd. sentencia núm. 719/2014, de 15[sic] de noviembre (RJ 2014, 5881) ).*

Respecto de la necesidad de que sean llamadas o emplazadas las personas frente a las que se dicte pronunciamientos civiles, precisa la STS 215/2013 de 15 de marzo (RJ 2013, 2717), que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no la equipara a la de la parte penal. No solamente porque en el artículo 784.1 de la misma no se prevé la designación de oficio de representación y defensa para el caso de no ser designado por la persona responsable civil. Más determinadamente porque el artículo 786.1 párrafo último ordena seguir el juicio, si fue debidamente citada la responsable civil, aunque esta no comparezca. Ahora bien, ese régimen procesal no releva de la oportunidad de la que ha de disponer para llevar a cabo la personación efectiva en el proceso. Y ello no solamente para conjurar toda indefensión de esa parte. También porque, precisamente la proscripción de esa indefensión, supondría la imposibilidad de su condena, lo que acarrearía un déficit en la tutela judicial de quien formula pretensiones civiles contra ella.

Por su parte, la STS núm. 480/2009, de 22 de mayo (RJ 2010, 662) (FJ 193.º) señala que es evidente que todos aquellos que en uno u otro concepto, penal o civil, resultan sujetos pasivos de pretensiones ejercitadas en el juicio oral, deben ser citados al mismo para permitir el ejercicio del derecho de defensa, pues aunque no puedan equipararse sin más, al responsable penal o civil, ello, no impide que el órgano jurisdiccional está obligado a ofrecerles las posibilidades de contradicción y defensa, quienes desde este momento «podrán» intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador, si preciso fuere para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, llegando su intervención a la formalización de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas, en la defensa exclusiva de sus derechos.

De forma más directamente relacionada con el caso de autos, la STS número 167/2008, de 14 de abril (RJ 2008, 1728), establece:

En principio, no existe obstáculo jurídico alguno para la declaración de nulidad, en el mismo proceso penal, de aquellos negocios jurídicos que sirven de falsa cobertura para la obtención de un lucro económico a costa de un tercero.

Esta Sala ha afirmado de forma reiterada, básicamente en relación con la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, que en esta clase de infracciones penales la reparación civil no se produce ordinariamente a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa (arts. 109 a 111 del Código Penal [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos.

Y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, como ocurre en el caso presente, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio.

Ahora bien, para que tal declaración pueda hacerse en la sentencia penal —razona la STS 745/2006, 7 de julio (RJ 2006, 5994)—, es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil.

Uno de tales principios es el respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el correspondiente proceso, elevado a la categoría de derecho fundamental de la persona por lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución española.

Una aplicación concreta de esta norma fundamental es lo que en el proceso civil se conoce con el nombre de litis consorcio pasivo necesario, que existe cuando varias personas se encuentran ligadas a una relación jurídica de forma tan próxima

*e indisoluble que cualquier resolución judicial dictada contra una forzosamente ha de afectar a la otra u otras o, como dice el actual artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». Y por ello, para que en tales supuestos quede correctamente constituida la relación jurídica procesal, es obligado llamar al litigio a todas esas personas conjuntamente, de modo que todas y cada una de ellas puedan actuar como partes en el procedimiento. Si no se cumple esta norma, hay que apreciar, incluso de oficio, la existencia de este defecto procesal y dictar sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a resolver el fondo del pleito.*

*Este planteamiento es aplicable a los supuestos de proceso penal por delito de alzamiento de bienes cuando este se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad del mismo. Si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso, porque contra todas ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando solo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles (art. 116 del Código Penal).*

*Tal idea ha sido reiterada en otras muchas resoluciones de esta misma Sala, de las que las SSTs 238/2001, 19 de febrero (RJ 2001, 369), 1013/1999, 22 de junio (RJ 1999, 5830) y 1263/1998, 21 de octubre (RJ 1998, 8298), son elocuente ejemplo.*

*No habiendo dado oportunidad de defensa al acreedor hipotecario, que no ha sido llamado ni emplazado al proceso, no cabe declarar la nulidad de escritura de la constitución de la hipoteca».*

*En la sentencia (JUR 2017, 171627) no se efectúa, además, razonamiento alguno en los fundamentos de derecho acerca de la nulidad luego acordada en el fallo, pero ello lo es por cuanto nadie pudo hacer alegaciones al respecto, por cuanto los afectados por las declaraciones de nulidad no pudieron comparecer al no haber sido expresamente citados para ser oídos al respecto.*

*En consecuencia, resulta procedente estimar el motivo y anular la sentencia (JUR 2017, 171627) en lo que se refiere a la declaración de nulidad de los contratos de préstamo fraudulentamente celebrados por el acusado, así como de las hipotecas con que se garantizó el pago de las mismas, por lo que deberán ser citados los afectados a los que se refiere la declaración de nulidad para que puedan comparecer ejercitando su derecho de defensa en la vista que al efecto se celebre a fin de tratar sobre las declaraciones de nulidad».*

Por tanto, si bien la jurisprudencia penal viene aprobando la posibilidad de la declaración de nulidad negocial dentro del proceso penal, la ausencia de norma expresa habilitante debiera suponer no solo la necesaria reflexión sobre la debida conveniencia de la reforma legal necesaria sobre la responsabilidad civil derivada del delito y su inclusión en un régimen unificado de la misma en el Código Civil para superar, entre otros, este obstáculo que se ha venido advirtiendo por determinada doctrina para admitir la nulidad del negocio jurídico en sede penal, sino también para que la Jurisdicción Civil tenga en cuenta correctamente la posibilidad de declarar la nulidad del contrato que haya servido de presupuesto para la comisión de un delito por la mera aplicación del artículo 6.3 del Código Civil y sin necesidad por tanto de recurrir al propósito común de ambas partes que justificare el ilícito causal con base al artículo 1275 del Código Civil.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de enero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 10 octubre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de febrero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de febrero de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 2021.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson, 2005.
- Comentario a la sentencia núm. 878/2008 (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 octubre (RJ 2008, 5687). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 82/2010.
- CARRASCO. *Derecho de Contratos*. Primera Edición. Thomson Reuters–Aranzadi, 2010.
- CARRASCO PERERA. *Sobre la nulidad civil de contrato por infracción de normas de blanqueo de capitales*. GA\_P. Análisis/Septiembre 2018.
- <https://www.ga-p.com/publicaciones/sobre-la-nulidad-del-prestamo-hipotecario-que-incorre-en-el-tipo-penal-imprudente-de-blanqueo-de-capitales/>.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII. Vol. 1.º B. Ederesa, 1993. Artículos 1261 a 1280 del Código Civil. (art. 1275).
- DE CASTRO. *Derecho Civil de España*. Civitas, 1984.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson–Civitas, 2007.
- FABIÁN CAPARRÓS. *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, 1998.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *Indret*, 2009. [www.indret.com](http://www.indret.com).
- PARRA LUCÁN. El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal. Declaración de nulidad de títulos por la Jurisdicción Penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre). *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, enero-abril de 1995.
- VIVAS TESÓN. La relevancia jurídica de los motivos subjetivos de los contratantes. Comentario a la STS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1271). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 117, 2021.
- YZQUIERDO TOLSADA. Querellas chantajistas y Derecho Civil Light. Sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/DERECHO%20CIVIL%20LIGHT.pdf>
- Justicia Penal y Derecho Civil light. *El notario del siglo XXI*: revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 85, 2019.

NOTAS

<sup>1</sup> Vid. DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. Comentario a la sentencia núm. 878/2008 (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 octubre (RJ 2008, 5687). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 82/2010

<sup>2</sup> CARRASCO PERERA. <https://www.ga-p.com/publicaciones/sobre-la-nulidad-del-prestamo-hipotecario-que-incurre-en-el-tipo-penal-imprudente-de-blanqueo-de-capitales/>, se pronuncia de la siguiente forma: «Primera resolución del Tribunal Supremo relativa a los efectos civiles de la celebración de contratos con infracción de la normativa de blanqueo de capitales. Según la Sala, el contrato de préstamo hipotecario no es nulo por infracción de ley, y solo puede incurrir en la nulidad alternativa si sus otorgantes participaron con dolo en la causa ilícita del artículo 1275 del Código Civil. La sentencia pasa, sin comprometerse, por ciertos obstáculos que intenta sortear. Primero, la celebración de un contrato que «realiza el tipo de una norma prohibitoria» del blanqueo es un contrato celebrado con infracción de normas, porque, de otra manera, la conducta de los apoderados del banco no sería típica ni antijurídica. Por lo tanto, si se da el caso del artículo 6.3. Segundo, la cuestión siguiente es si la lógica normativa nos invita a saltar del artículo 6.3 al artículo 1275 del Código Civil. Ya no necesitamos la causa ilícita para provocar la nulidad, sino para cualificar sus consecuencias; a saber, el contrato nulo por causa ilícita incurre en los supuestos de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil. Tercero, es evidente que una concurrencia culposa a la producción de una infracción legal puede comportar causa ilícita, como claramente admiten los dos preceptos citados. Todas estas cuestiones admiten un desarrollo prolijo, pero el curso que debiera haberse seguido debería haber sido más simple: la finca comprada e hipotecada debe ser comisada (arts. 110 y siguientes del Código Penal); la hipoteca es entonces nula, no solo por el comiso de la finca, sino porque no existe el préstamo «válido» que hubiera servido para financiar la operación. El préstamo es notoriamente nulo, como no puede ser de otra forma, con o sin causa ilícita».

Con anterioridad y sobre el particular, también destacamos el trabajo de este autor: «Sobre la nulidad civil de contrato por infracción de normas de blanqueo de capitales». *GA\_P. Análisis/Septiembre* 2018.

<sup>3</sup> VIVAS TESÓN. La relevancia jurídica de los motivos subjetivos de los contratantes. Comentario a la STS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1271). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 117, 2021, 319-338.

Esta autora, coincide con la posición de la sentencia de 23 de marzo de 2021 afirmando lo siguiente: «Pues bien, en el caso enjuiciado por la sentencia objeto de nuestra glosa, el contenido del contrato de préstamo concedido a Viviendas de Avilés S.L. para la compra del inmueble no contraviene ninguna norma imperativa o prohibitiva, por lo que no le es aplicable el artículo 6.3 del Código Civil, de modo que la cuestión a discernir consiste en determinar si su causa es o no ilícita, dado que en la jurisdicción penal, la operación contractual tuvo por finalidad el blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico, resultando condenados tanto el administrador de la empresa prestataria como los apoderados del banco que intervinieron en el otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario, el primero por delito doloso y los segundos por uno imprudente por incumplimiento de los deberes propios de su cargo».

<sup>4</sup> Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, páginas 282 y 283.

<sup>5</sup> CARRASCO. *Derecho de Contratos*. Primera Edición. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, páginas 720 y 721.

<sup>6</sup> INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *Indret*, 2009. [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>7</sup> Para una detallada exposición de las doctrinas sobre la causa y la concepción de la misma en el Tribunal Supremo, vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII. Vol. 1.º B. Edersa, 1993. Artículos 1261 a 1280 del Código Civil. (art. 1275).

<sup>8</sup> DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*. En la teoría y en la práctica. Dykinson, 2005.

<sup>9</sup> FABIÁN CAPARRÓS. *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, 1998, 377 y sigs., gráficamente se refiere a la misma como un: «agujero negro capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime».

De hecho, el propio Tribunal Supremo objetó la amplitud del término en la norma penal afirmando que: «*La mención cualquier otro acto es poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica y la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal en su cumplimiento de tipicidad*» (STS 16/2009, de 27 de enero).

<sup>10</sup> DE CASTRO. *Derecho Civil de España*. Civitas, 1984, página 536.

<sup>11</sup> YZQUIERDO TOLSADA. «Justicia Penal y Derecho Civil “light”». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Núm. 85, 2019, 84-90.

<sup>12</sup> YZQUIERDO TOLSADA. Querrelas chantajistas y Derecho Civil Light. Sobre las disfunciones de la acción civil en el proceso penal. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/DERECHO%20CIVIL%20LIGHT.pdf>

<sup>13</sup> PARRA LUCÁN. «El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal. Declaración de nulidad de títulos por la Jurisdicción Penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre)». *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 5, Enero-Abril 1995, 319 y 320.

### 3. URBANISMO

## Doble inmatriculación entre propietarios adheridos y no adheridos a una junta de compensación

### *Double registration between owners adhered and non-adhered to a compensation board*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** Análisis de la problemática derivada de la falta de regulación específica del tratamiento de la doble inmatriculación de fincas sujetas al sistema de compensación cuando uno de los titulares de las fincas afectadas manifiesta su voluntad de ser miembro de la junta de compensación y el otro opta por someterse a la expropiación de sus bienes y derechos.

**ABSTRACT:** *Analysis of the problems arising from the lack of specific regulation of the treatment of the double registration of properties subject to the compensation system when one of the owners of the affected land expresses his will to be a member of the compensation board and the other chooses to submit to the expropriation of their property and rights.*

**PALABRAS CLAVE:** Junta de compensación. Expropiación. No adheridos. Doble inmatriculación.

**KEY WORDS:** *Compensation board. Expropriation. Non-adhered. Double registration.*

Resoluciones de 22 de marzo de 2006 y 20 de abril de 2021.

**SUMARIO:** I. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE MARZO DE 2006, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE ABRIL DE 2021, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS DOS INSTITUCIONES CONTEMPLADAS: A) *El tratamiento de las situaciones de doble inmatriculación en los procesos reparcelatorios.* B) *El tratamiento de las fincas de los no adheridos en el sistema de compensación.* 3. CONSECUENCIAS DE LA CONCURRENCIA EN UN MISMO SUPUESTO DE LAS DOS SITUACIONES DESCRITAS. 4. POSIBLE SOLUCIÓN A LA VISTA DEL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE: A) *Tratamiento de los dos propietarios afectados.* B) *Primera hipótesis: resolución*

*del conflicto previa a la terminación del expediente de expropiación. C) Segunda hipótesis: terminación del expediente de expropiación previa a la resolución del conflicto. D) Tercera hipótesis: resolución del conflicto posterior a la aprobación del proyecto de reparcelación. E) Supuesto de prolongación del expediente expropiatorio más allá del proceso de redacción del proyecto de reparcelación.*

#### I. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE MARZO DE 2006, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En el presente apartado se reproducen las afirmaciones de la resolución que resultan de interés a los efectos de este comentario:

«Al inscribir un expediente de reparcelación, en una finca de reemplazo, se hizo constar que la misma procedía de dos folios registrales con diferentes titularidades que se referían a la misma finca. Por eso, al abrir folio a la finca de reemplazo, se hizo constar la doble inmatriculación anterior, reflejando en él la doble titularidad de procedencia y la anotación de prohibición de disponer que pesaba sobre una de ellas, a la espera de que se resolviera judicialmente qué titularidad debía prevalecer. Sin embargo, al ir a cerrar los folios doblemente abiertos a la finca de procedencia, sólo se cerró uno de ellos, quedando abierto precisamente aquel cuya titularidad estaba gravada con la anotación de prohibición de disponer. Recaída sentencia en el juicio iniciado para resolver la doble inmatriculación, se falló en él que debía prevalecer la titularidad que no estaba gravada con la prohibición de disponer, acordándose en la misma sentencia la cancelación de la anotación y el cierre registral del folio que aún estaba abierto a la finca de procedencia. El registrador, al calificar el testimonio que recogía el fallo, inscribió la finca de reemplazo a favor del titular que venció en el juicio y canceló en su folio la anotación de prohibición de disponer, pero denegó el cierre del folio registral aun abierto a la finca de procedencia, la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer vigente en el mismo y también la de una anotación preventiva de embargo realizada en el folio abierto a la finca de procedencia con posterioridad a que se interpusiera la demanda».

Son dos los defectos que opone el registrador. El primero de ellos «se refiere a si debe o no debe cerrarse el folio registral 10941, que recurrente y registrador reconocen se refiere a la misma finca que se describe en el folio 16736, finca de reemplazo de la doblemente inmatriculada en el 10941 y en otro que sí se cerró en el momento de hacer el traslado. Aclarada por la sentencia calificada que titularidad dominical ha de prevalecer y hecha constar esta en el folio abierto con el número 16736, procede cerrar el folio 10941, que sigue indebidamente publicando la titularidad de los demandados, vencidos en el juicio al que la sentencia se refiere».

En segundo lugar, se trata de determinar «si las dos cargas que aparecen vigentes en el folio 10941 han de ser canceladas al cerrar este folio registral, o si, por el contrario, las mismas han de subsistir, en cuyo caso debieran ser trasladadas al único folio que va a seguir teniendo abierto la finca, esto es el 16736. Las dos cargas a las que la calificación se refiere son una anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en un procedimiento criminal y una anotación preventiva de embargo acordada en un procedimiento ejecutivo a instancias de una entidad financiera, dirigidos ambos procedimientos contra los titulares

dominicales que publica el folio 10941. Sus diferentes circunstancias exigen un tratamiento separado».

Respecto de la anotación preventiva de prohibición de disponer, la resolución razona que «dado que la demanda fue notificada al Ministerio Fiscal y este tuvo ocasión de defender el interés público que pudiera existir en la subsistencia de la anotación preventiva no obstante el reconocimiento de una titularidad distinta a la de las personas contra las que se dirigió el proceso penal en el que se acordó la medida cautelar, el defecto no puede ser mantenido y, por tanto, el cierre del folio registral 10941 ha de implicar igualmente la cancelación de la anotación preventiva sin que esta deba trasladarse como vigente al folio de la finca de reemplazo».

En cuanto a la anotación preventiva de embargo, se dice que «al no haber sido el embargante parte en el juicio y no tener conocimiento de la demanda por medio de la anotación que en su día podía haberse solicitado, la misma debe subsistir y ser, por tanto, trasladada al folio 16736, finca de reemplazo de la del 10941, en el que ahora figura vigente y que, como se ha dicho, ha de ser cerrado. Por tanto, en este limitado aspecto que se refiere a la subsistencia de la anotación de embargo convenientemente trasladada al folio de la finca de reemplazo, la nota del registrador ha de ser mantenida».

## II. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE ABRIL DE 2021, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Esta segunda resolución se refiere a la inscripción de la expropiación de las fincas sujetas al sistema de compensación cuyos propietarios no se adherieron oportunamente a la junta de compensación correspondiente, destacando las siguientes afirmaciones:

«En la legislación urbanística madrileña, artículo 105 de la Ley 9/2001, el establecimiento y la definición del sistema de compensación determinarán la afectación real de la totalidad de los terrenos incluidos en el ámbito de actuación, sector o la unidad o unidades de ejecución al cumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes al mismo, con constancia en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal. En tal caso, la gestión de la actividad de ejecución podrá llevarse a cabo: a) En junta de compensación, cuya constitución será preceptiva cuando los propietarios cuya iniciativa haya dado lugar a la aplicación del sistema no representen la totalidad de la superficie de suelo del sector o unidad de ejecución. La junta de compensación tendrá la consideración de ente corporativo de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar desde su inscripción administrativa y la de la constitución de sus órganos directivos, y b) Mediante sociedad mercantil constituida al efecto y en cuyo capital participen los propietarios de todos los terrenos afectados por el sistema de ejecución. En el caso de gestión en junta de compensación, los propietarios que no hubieran participado en la iniciativa deberán incorporarse a la junta, si no lo hubieran hecho ya antes, dentro del mes siguiente a la notificación individualizada de la aprobación definitiva de los estatutos y las bases de actuación de aquella, en caso contrario, transcurrido este plazo serán expropiados por la Administración municipal y a favor de la junta todos los propietarios que no se hubieran incorporado a ella, teniendo esta la condición de beneficiaria —artículo 108.3, en términos similares al artícu-

lo 127 del texto refundido de 1976—. Por otra parte, la incorporación de los propietarios a la junta de compensación no presupone, salvo que los estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de inmuebles afectados a los resultados de la gestión común, a diferencia de la aportación que se realiza en caso de gestión por sociedad mercantil o la expropiación tramitada respecto al propietario no adherido. Sin perjuicio de la actuación de la junta como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas iniciales, pudiendo ocuparlas a los efectos de la realización de las obras de urbanización de los propietarios miembros, sin más limitaciones que las establecidas en los estatutos, desde el momento que se fije al efecto en las bases de actuación y de los propietarios no adheridos al sistema, desde el pago o consignación del justiprecio, salvo que fuera urgente.

El artículo 138 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por su parte, se refiere también a este singular expediente expropiatorio del propietario no adherido a la junta de compensación, como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo, no ya como sistema propio, sino en el seno de otro sistema de ejecución del planeamiento.

7. De lo expuesto no cabe concluir otra cosa que el expediente expropiatorio seguido contra el propietario no adherido voluntariamente a la junta de compensación, se configura como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo en el seno del sistema de compensación, donde la eventual opción de incorporación no obsta a su carácter forzoso, consecuencia de la afección de todo el suelo del ámbito al cumplimiento de los deberes inherentes al sistema, diferenciándose nítidamente tal particular incidente expropiatorio de los distintos negocios jurídicos, plenamente voluntarios y con propia causa en cuya virtud el propietario afectado por la actuación pudiera transmitir su dominio a otra persona jurídica como es la junta de compensación, negocios que serían previos y completamente ajenos al procedimiento expropiatorio y con plenos efectos civiles. La concurrencia de un propio supuesto de expropiación urbanística, conlleva indefectiblemente, la aplicación de las garantías legales previstas en favor del propietario, en la legislación de expropiación forzosa en general y en la urbanística en particular; entre ellas, el eventual derecho de reversión, siquiera expectante, y su constancia registral prevista en el citado artículo 54 de la Ley de Expropiación forzosa, plenamente aplicable a las de carácter urbanístico».

### III. COMENTARIOS

#### 1. CONSIDERACIONES INICIALES

Las resoluciones cuyo contenido se acaba de exponer tratan, respectivamente, de dos situaciones que se ponen de manifiesto con cierta frecuencia en el proceso de redacción y tramitación de los expedientes de equidistribución.

La primera de estas situaciones, predicable de cualquier proyecto de equidistribución, de reparcelación, de compensación, de actuación u otros análogos según la denominación que reciban en la legislación urbanística aplicable en cada caso, consiste en la detección en el expediente de un supuesto de doble inmatriculación de una misma finca o parte de ella.

La segunda situación es exclusiva del sistema de compensación y se produce cuando alguno de los propietarios no se adhiere voluntariamente a la junta de compensación constituida para la gestión de dicho sistema.

La irrupción de cualquiera de estas dos situaciones en los procesos reparcelatorios recibe en el ordenamiento jurídico un tratamiento concreto que en todo caso tiene por finalidad facilitar la continuación y conclusión del expediente evitando su paralización o retraso innecesario hasta que aquellas situaciones queden debidamente resueltas.

Sin embargo, y pese a lo ingenioso y eficaz de las fórmulas ideadas por las normas llamadas a regular cada una de estas situaciones por separado, se plantean algunas dificultades en su aplicación práctica a los casos en que los supuestos de hecho de dichas normas concurren de manera simultánea en una misma finca sujeta a la actuación urbanística de que se trate. Nos referimos en particular a la posibilidad (no meramente teórica pues en la práctica nos hemos encontrado con ella en diversas ocasiones) de la existencia de una parcela incluida en un ámbito, unidad de ejecución o sector sometido al sistema de compensación que se encuentre doblemente inmatriculada a nombre de dos titulares distintos, uno de los cuales decide formar parte del proceso de gestión urbanística mediante su adhesión a la junta de compensación correspondiente y el otro opta por no hacerlo.

Una problemática similar se produce cuando la disparidad de voluntades entre dos propietarios sobre su incorporación a la junta o no se entrecruza con alguna situación anómala como la existencia de fincas litigiosas o controvertidas entre ellos o la circunstancia de hallarse uno de ellos en ignorado paradero.

## 2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS DOS INSTITUCIONES CONTEMPLADAS

### A) *El tratamiento de las situaciones de doble inmatriculación en los procesos reparcelatorios*

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, ante la existencia de cualquier situación anómala que pueda afectar a la titularidad de derechos inscritos y dificultar con ello la tramitación e inscripción de los proyectos de equidistribución, adopta un criterio común consistente —nunca mejor dicho— en «salvar el expediente».

A este criterio básico responden los mecanismos adoptados en sus artículos 8, 9 y 10 para favorecer la inscripción del proyecto en los casos en que alguna de las fincas de origen no esté inmatriculada, tenga el tracto interrumpido por constar inscrita a favor de persona distinta de quien justifique mejor derecho sobre ella, se encuentre doblemente inmatriculada, sea de titularidad desconocida o controvertida o su titular se encuentre en ignorado paradero.

A las situaciones de doble inmatriculación se refiere el artículo 10.1, según el cual «Si la finca 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».

La nota a la que se refería el precepto transcrito era la prevista en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, según el cual podía ser ordenada por el juez de primera instancia a solicitud del titular de cualquier derecho real inscrito sobre las fincas registrales afectadas. Sin embargo, este precepto debe considerarse tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario según ha declarado la Dirección General<sup>1</sup>.

En efecto, el artículo 209 de la Ley Hipotecaria introducido por la reforma regula un nuevo expediente registral para la subsanación de la doble o múltiple inmatriculación cuya competencia corresponde directamente al registrador. Como señala la resolución de 21 de diciembre de 2015, «tras la entrada en vigor de la nueva ley, cuando el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación (...), puede, e incluso ha de interpretarse que debe, iniciar de oficio el expediente conforme al citado artículo» 209 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con la nueva norma, el registrador, al apreciar la posibilidad de doble inmatriculación total o parcial, debe notificar tal circunstancia a los titulares de los derechos inscritos en cada una de las fincas registrales dejando constancia de ello mediante nota al margen de la última inscripción de dominio extendida en el folio de cada uno de los historiales coincidentes. La intervención del registrador ha de buscar un acuerdo entre todos los interesados a fin de realizar las rectificaciones y cancelaciones pertinentes para eliminar la discordancia ocasionada por esta situación y remitiéndose, para el caso de desacuerdo o el de falta de comparecencia de alguno de los notificados, a lo que determinen los tribunales en el juicio declarativo ordinario que a tal fin se entable y dándose por concluso el expediente en ambos casos.

Al margen de las precisiones anteriores, cabe entender que la solución ofrecida por el artículo 10.1 del Real Decreto 1093/1997 sigue plenamente operativa. La doble inmatriculación no puede impedir la prosecución del procedimiento respecto de los suelos afectados, los cuales formarán parte de las fincas de origen y serán sustituidos en el proceso reparcelatorio por la finca o fincas de resultado que se correspondan con dichos suelos como si no estuvieran afectados por aquella anómala situación, si bien con estas cautelas: a) los diferentes titulares afectados han de ser considerados como interesados en el expediente de equidistribución; b) la situación de doble inmatriculación ha de ser mantenida en la adjudicación de la finca o fincas de resultado que se correspondan con las de origen afectadas por ella y con referencia expresa a las circunstancias que de estas consten en el Registro, y c) una vez alcanzado un acuerdo en favor de uno de los titulares implicados o declarado en el juicio declarativo ordinario correspondiente el mejor derecho de uno de ellos, dichas fincas de resultado quedarán definitivamente inscritas a su favor.

Obsérvese que los cauces naturales por los que se desenvuelve el procedimiento descrito presuponen que los titulares de las fincas de origen doblemente inmatriculadas forman parte del expediente reparcelatorio lo que, trasladado a las particularidades del sistema de compensación, implica partir de la hipótesis de que ambos hayan aceptado voluntariamente incorporarse al mismo mediante su adhesión a la junta de compensación constituida al efecto, pues si hubieran optado por mantenerse al margen del sistema la solución debería ser inevitable-

mente otra merced a las consecuencias que de este modo de proceder se deduzcan de la legislación urbanística aplicable, como veremos más adelante.

*B) El tratamiento de las fincas de los no adheridos en el sistema de compensación*

Dentro de la categoría general de los expedientes de equidistribución o reparcelación se encuentran los propios del sistema de compensación, en el que los propietarios de los terrenos asumen el protagonismo del proceso de gestión urbanística como urbanizadores constituyendo a tal fin una junta de compensación, con las salvedades que al efecto establezca la legislación autonómica aplicable en cada caso, la cual normalmente declara innecesaria tal constitución cuando todos los terrenos pertenezcan a un solo titular o exista acuerdo de la totalidad de los propietarios para efectuar la reparcelación.

Una vez constituida la junta de compensación, la adhesión o no a la misma es una decisión personal que puede ser adoptada en uno u otro sentido con plena libertad por cada uno de los propietarios afectados por el sistema de actuación.

La posición tradicionalmente acogida por la legislación estatal del Suelo, previa a la atribución por la Constitución española de las competencias urbanísticas a las comunidades autónomas, consistía en que las fincas de quienes no se adhieran voluntariamente a la junta de compensación «serán expropiadas en favor de la junta de compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria», según el artículo 127 de la Ley del Suelo de 1976, recogiendo la misma idea en el artículo 168 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 y, más tarde, en el artículo 158 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, anulado por la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional.

En la actualidad la mayoría de las leyes urbanísticas autonómicas acogen este sistema aunque con ciertos matices. Así, por ejemplo, en algunas basta con que el propietario no manifieste expresamente su voluntad de adherirse a la junta en los plazos establecidos al efecto para que resulte procedente la expropiación de sus fincas<sup>2</sup>, mientras que en otras se entiende que quedan incorporados al sistema si no expresan su voluntad de ser expropiados<sup>3</sup>; incluso algunas leyes aplican con más o menos rigor el régimen conocido como reparcelación forzosa<sup>4</sup>.

Al margen de las particularidades que presentan las leyes autonómicas, llegado el caso en que resulte procedente la expropiación de las fincas de los no adheridos a la junta de compensación, su tratamiento registral aparece contenido de una manera limitada en el artículo 21 del Real Decreto 1093/1997, del siguiente tenor: «En el caso de que determinados propietarios no se adhieran al sistema de compensación, si el expediente de expropiación que ha de seguirse fuese declarado de urgencia conforme a lo establecido en cada caso por la legislación urbanística aplicable, podrán aplicarse a dicho expediente las normas contenidas en el capítulo III del presente Real Decreto sobre inscripción registral de la expropiación por tasación conjunta. En este caso, tomada la anotación preventiva a que se refiere la legislación expropiatoria, el proyecto de compensación se tramitará y concluirá en forma ordinaria y, una vez aprobado definitivamente dicho proyecto, la finca o fincas de resultado que correspondan por subrogación real a la ocupada se inscribirán a favor de la junta de compensación, en concepto de beneficiario de la expropiación, sin perjuicio de las acciones que la legislación urbanística atribuya al propietario en orden a la determinación del justiprecio».

Los asientos a practicar serán, por tanto, los propios del expediente expropiatorio, según lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa, el artículo 32 del Reglamento Hipotecario y las normas del Real Decreto 1093/1997, debiendo distinguirse en consecuencia entre el régimen de inscripción del procedimiento expropiatorio ordinario y, en el caso previsto por el artículo 21 antes transcrito, el aplicable al procedimiento de tasación conjunta y regulado en el capítulo III del citado Real Decreto.

En todo caso, es importante poner de relieve que hasta que no se haya satisfecho o consignado la cantidad que en cada uno de los dos supuestos aludidos proceda conforme a las reglas sustantivas respectivas, la junta de compensación no podrá proceder a la ocupación material de los suelos objeto de expropiación para el inicio de las obras de urbanización que hayan de ejecutarse sobre ellos conforme a los artículos 51 y 52, regla 6.ª, de la Ley de Expropiación Forzosa.

### 3. CONSECUENCIAS DE LA CONCURRENCIA EN UN MISMO SUPUESTO DE LAS DOS SITUACIONES DESCRITAS

Como ya se adelantó, no resulta infrecuente en un ámbito sujeto al sistema de compensación la presencia de fincas doblemente inmatriculadas con adhesión a la junta de compensación de uno solo de los titulares afectados, siendo voluntad del otro la de no formar parte de la junta y someterse a la expropiación de sus bienes conforme a las reglas al efecto previstas por la legislación urbanística aplicable.

Esta situación no aparece específicamente regulada en la legislación del suelo y no resulta sencillo encontrarle un tratamiento adecuado y conciliador de los diferentes intereses que se entrelazan en ella. Estos intereses son los siguientes:

- a) De un lado, el interés de la administración y de la junta de compensación en que concluya el proceso de ejecución del planeamiento urbanístico de la manera más ágil posible, lo que resulta difícilmente compatible con la idea de proceder a su paralización a resultas de resolución del conflicto entre los dos propietarios, el cual, a falta de acuerdo, puede extenderse más allá de lo razonable por la vía de procedimientos judiciales y sucesivos recursos.
- b) En segundo lugar, ha de atenderse al interés del propietario que se adhiere a la junta de compensación en formar parte del proceso reparcelatorio y resultar adjudicatario de suelos de resultado, por lo que, si resulta vencedor en la controversia con el propietario no adherido, no cabe imponerle la obligación de recibir en su lugar el justiprecio.
- c) En fin, nos encontramos también con el interés del propietario que opta por desligarse de las operaciones reparcelatorias y obtener el justiprecio correspondiente que, a la inversa, no puede ser obligado a aportar a la junta su finca de origen y a recibir fincas de resultado a cambio.

Cuando un expediente expropiatorio se tramita de manera independiente y al margen del desarrollo del sistema de compensación y no como mecanismo auxiliar de este, la *causa expropriandi* tiene un carácter incondicional, de modo que si la finca objeto de expropiación se encuentra doblemente inmatriculada, esta circunstancia no constituye obstáculo alguno para la prosecución del expediente, que queda garantizada mediante la consignación del justiprecio a favor de quien acredite mejor derecho sobre los suelos afectados en el procedimiento

declarativo correspondiente, de conformidad con el artículo 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa. En este supuesto sería de aplicación el artículo 25.7 del Real Decreto 1093/1997, que al regular los documentos complementarios del título inscribible hace referencia al «*acta de depósito del justiprecio en todos los demás casos que proceda, de acuerdo con lo establecido en la legislación de expropiación forzosa*».

Lo mismo sucede dentro del sistema de compensación cuando una finca se encuentra doblemente inmatriculada y ambos titulares manifiestan su voluntad de no formar parte del sistema y de ser expropiados. En tal caso, la expropiación de los suelos resulta procedente en todo caso y con independencia de la situación de doble inmatriculación, si bien en tanto no se resuelva esta situación, bien por acuerdo entre las partes o bien por declaración del mejor derecho de uno u otro titular por los tribunales, habrá de consignarse el justiprecio a favor de quien resulte ser el verdadero propietario. En este caso, los dos presuntos titulares tienen la condición de interesados en el procedimiento administrativo, que ha de entenderse, por tanto, con ambos.

Por el contrario, si el propietario de una de las fincas afectadas por la doble inmatriculación manifiesta su voluntad de adherirse a la junta de compensación y el otro prefiere ser expropiado, lo que pende de la resolución del conflicto no es la determinación del sujeto acreedor del justiprecio como en los casos anteriores, sino la procedencia misma de la tramitación del proyecto de expropiación. En efecto, si la controversia se dirimiese en favor del titular adherido a la junta de compensación no cabría expropiación alguna, toda vez que la adhesión le da derecho a formar parte del proceso reparcelatorio y a recibir las fincas de resultado que se correspondan con la aportada por él. En consecuencia, solo si venciera el titular no adherido resultaría procedente la expropiación de sus derechos.

Lo que ocurre es que en el caso que analizamos no es siempre viable paralizar la tramitación del sistema de compensación hasta que quede resuelta la situación de doble inmatriculación para decidir sobre la procedencia o no de la expropiación, lo cual constituye un contratiempo inasumible por parte de la administración y de los promotores.

En definitiva, al concurrir los supuestos de hecho de la doble inmatriculación y de la expropiación de fincas afectadas por ella por falta de adhesión de uno de los potenciales propietarios no cabe la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por separado para cada uno de ellos. La incorporación de un terreno al proceso reparcelatorio y la exclusión de ese mismo terreno para ser expropiado son soluciones excluyentes entre sí. La superficie doblemente inmatriculada es única por mucho que aparezca reflejada en dos folios registrales. La unidad de la finca material imposibilita que una misma superficie sea aportada al proceso reparcelatorio como finca de origen y, al mismo tiempo, sea excluida de dicho proceso para ser objeto de expropiación. En otras palabras, no cabe la aplicación simultánea del régimen legalmente previsto para la doble inmatriculación y del de la expropiación del no adherido.

Tampoco parece adecuado sostener la aplicación de uno solo de estos dos regímenes jurídicos con exclusión o absorción del otro; no cabe aplicar el mismo tratamiento a los dos titulares registrales afectados bajo la ficción de considerarlos a los dos como adheridos o como no adheridos, pues lo impide el carácter libre y voluntario que la legislación urbanística atribuye a la decisión de incorporarse o no a la junta de compensación. El que se adhiere lo hace porque desea formar parte del proceso reparcelatorio aportando sus fincas de origen,

contribuyendo a los gastos de urbanización y recibiendo las fincas de resultado que le correspondan, mientras que el que no lo hace prefiere desentenderse de dicho proceso perdiendo la propiedad de su finca a cambio del justiprecio que se determine legalmente.

A la vista de lo anterior, es preciso buscar una solución a fin de evitar que el procedimiento reparcelatorio se paralice o se extienda en el tiempo más allá de lo razonable, propiciando su continuación y culminación con garantías suficientes para los dos sujetos implicados. En el apartado siguiente nos aventuramos a construir un posible tratamiento de esta problemática que resulte compatible con el régimen legal vigente y con los diferentes intereses que están en juego y que podría ser de aplicación, *mutatis mutandis*, a los casos de concurrencia de la doble inmatriculación con otras situaciones anómalas según se adelantó al principio.

#### 4. POSIBLE SOLUCIÓN A LA VISTA DEL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

##### A) *Tratamiento de los dos propietarios afectados*

Partiendo, según lo dicho, del carácter puramente volitivo de la incorporación a la junta de compensación, resulta necesario reconocer a cada uno de los titulares afectados la condición que le corresponda según su decisión, es decir, respectivamente, la de adherido y la de no adherido, con las consecuencias en ambos casos inherentes.

El titular de la finca doblemente inmatriculada que manifestara su voluntad de adherirse a la junta de compensación habría de recibir en ella el mismo tratamiento que cualquier otro propietario con todas sus consecuencias, incluida la obligación de contribuir a los gastos de urbanización así como los derechos políticos que le correspondan y el derecho a ser adjudicatario de las fincas de resultado que se correspondan con la de origen doblemente inmatriculada para el caso de llegar a decantarse la contienda a su favor.

Por su parte, el titular no adherido tendría derecho al inicio del expediente expropiatorio, el cual debería entenderse con él y recaer exclusivamente sobre la finca inscrita a su nombre, sobre la que se practicarían los asientos registrales correspondientes en relación con dicho expediente. En este se haría referencia a la situación de doble inmatriculación a fin de que en tanto no quedara resuelta el justiprecio fuera consignado para su entrega en el caso de que la resolución de dicha situación le resultara favorable, por aplicación del artículo 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa. En el caso contrario, es decir, en el de declararse el mejor derecho del propietario adherido, procedería la terminación del procedimiento de expropiación por falta sobrevenida de causa y la recuperación por la junta de la cantidad consignada.

Cada uno de los dos expedientes en curso, el reparcelatorio y el expropiatorio, se entendería con el propietario respectivo y se ceñiría a la finca registral inscrita a nombre del mismo, sin perjuicio de su carácter preventivo o condicionado a la solución a la que se llegara en el conflicto surgido de la doble inmatriculación.

A partir del esquema descrito cabe distinguir varias hipótesis en función del momento en que se produzcan la terminación del expediente expropiatorio y la resolución del conflicto en relación con el proceso de redacción y aprobación del proyecto de reparcelación.

*B) Primera hipótesis: resolución del conflicto previa a la terminación del expediente de expropiación*

En esta primera situación proseguirán los dos expedientes administrativos en la forma ordinaria al haberse despejado los interrogantes suscitados por la situación de doble inmatriculación. Por lo tanto, si la resolución de esta situación resultara favorable al propietario adherido, el expediente expropiatorio debería terminar por falta sobrevenida de causa y el proyecto de reparcelación debería adjudicarle la finca de resultado que se correspondiera con la aportada por él conforme a las reglas generales.

Si, por el contrario, la resolución del conflicto fuera favorable al no adherido, el procedimiento expropiatorio habría de continuar con él y el proyecto de reparcelación adjudicaría la finca de resultado a la junta de compensación como beneficiaria de la expropiación.

*C) Segunda hipótesis: terminación del expediente de expropiación previa a la resolución del conflicto*

En este caso, hasta tanto tenga lugar la resolución del conflicto generado por la doble inmatriculación procedería la consignación del justiprecio, conforme al citado artículo 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa, para el caso de resultar vencedor el titular no adherido.

Una vez resuelto el conflicto, el contenido de los proyectos de expropiación y de reparcelación deberá acomodarse a las circunstancias que en cada caso resulten.

De este modo, si la doble inmatriculación se resolviera a favor del propietario adherido, el proyecto de expropiación debería darse por terminado, recuperando la junta de compensación la cantidad consignada, y el proyecto de reparcelación adjudicaría la finca de resultado correspondiente a dicho propietario.

En el supuesto contrario, esto es, si prosperara el derecho del no adherido, debería entregársele el justiprecio consignado y el proyecto de reparcelación adjudicaría la correspondiente finca de resultado a la junta de compensación como beneficiaria de la expropiación.

*D) Tercera hipótesis: resolución del conflicto posterior a la aprobación del proyecto de reparcelación*

Si en el expediente expropiatorio se hubiera consignado el justiprecio por la situación de doble inmatriculación y en el momento de la aprobación del proyecto de reparcelación no se hubiera resuelto la contienda entre los titulares afectados, cabría sostener la posibilidad de adjudicación por el proyecto de reparcelación de la finca de resultado a la administración actuante con carácter fiduciario por aplicación analógica de la regla prevista para los supuestos de titularidad desconocida en el artículo 10.2 del Real Decreto 1093/1997. En este caso, tras la resolución del conflicto la administración entregaría la finca así adjudicada al titular adherido si se declarase su mejor derecho a ella, o a la junta de compensación, como beneficiaria de la expropiación, si la controversia se decantara finalmente a favor del no adherido.

En el mismo caso, también podría plantearse la posibilidad de adjudicación de la finca de resultado, con igual carácter fiduciario, a la junta de compensación

de conformidad con la regla general del artículo 2.3.º de la Ley Hipotecaria, según el cual son inscribibles «los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado». Una vez resuelta la contienda, si venciera el titular no adherido, haría suya la cantidad consignada en concepto de justiprecio y la finca quedaría inscrita de manera definitiva a favor de la junta. Si, por el contrario, se declarara el mejor derecho del propietario adherido, la junta, como titular fiduciaria, procedería a entregársela, quedando definitivamente inscrita a nombre de dicho propietario.

*E) Supuesto de prolongación del expediente expropiatorio más allá del proceso de redacción del proyecto de reparcelación*

Finalmente, vamos a hacer referencia al supuesto en que la tramitación del expediente expropiatorio se extendiera en el tiempo dificultando la consumación del proceso reparcelatorio. En este caso cabría paralizar el expediente reparcelatorio hasta que terminara la tramitación del proyecto de expropiación, momento a partir del cual podría procederse en la forma prevista para la hipótesis tercera si el conflicto no se hubiera resuelto.

Sin embargo, la anterior solución puede no resultar satisfactoria en la medida en que los expedientes de expropiación se pueden prolongar más allá de lo razonable obstaculizando el normal desenvolvimiento del sistema de compensación, lo que ha planteado el interrogante de si es posible la continuación, terminación e inscripción parcial del proyecto de reparcelación a pesar de no haber finalizado el expediente de expropiación de los propietarios no adheridos a la junta de compensación.

Nos limitamos aquí a dejar apuntada esta posibilidad sin ánimo de reabrir un debate sobre el que se han vertido diferentes opiniones en uno y otro sentido<sup>5</sup>.

Finalmente, cabe añadir que aun en el caso de que se considerara rechazable esta solución a la vista del régimen legal vigente, quedaría la posibilidad de su planteamiento con el carácter *de lege ferenda*.

## NOTAS

<sup>1</sup> Cabe citar en este sentido la resolución de 21 de diciembre de 2015.

<sup>2</sup> Así lo hace, por ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid en su artículo 108.3.b).

<sup>3</sup> Es el caso previsto en los artículos 162 y 163 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra.

<sup>4</sup> El artículo 101.4 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía aplica el régimen de reparcelación forzosa con carácter subsidiario a falta de manifestación en uno u otro sentido. El Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana se aparta aún más del sistema tradicional al no prever la constitución de la junta de compensación y permitir a la administración actuante la imposición del régimen de reparcelación forzosa.

<sup>5</sup> LASO MARTÍNEZ, J.L. (1986). Dictamen sobre el contenido de un Proyecto de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la Junta. Inscripción en el Registro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, 395-424. GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo V (Urbanismo y Registro)*. Madrid: Civitas (pp. 257-264). ARNAIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de actos urbanísticos* (pp. 158-160). LASO BAEZA, V. (2004). La situación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto a la confección e inscripción de un Proyecto de Compensación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, 2005-2018.

RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



HUALDE MANSO, Teresa – DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M<sup>a</sup> Cruz – JERICÓ OJER, Leticia, *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2021, 168 páginas.

por

JAVIER NANCLARES VALLE

*Profesor titular de Derecho civil. Universidad de Navarra*

**RESUMEN:** El libro aborda desde tres perspectivas distintas pero conexas la vulnerabilidad de las personas de avanzada edad. En primer lugar, examina el fenómeno como realidad sociológicamente constatable vinculada al envejecimiento, en la que adquiere especial relevancia la perspectiva de género y en la que se hace imprescindible, en pro de respetar la dignidad de las personas mayores, aplicar las políticas inclusivas inherentes a los Objetivos de Desarrollo Sostenible teniendo en cuenta a este colectivo. En segundo lugar, estudia los diversos mecanismos de respuesta del Derecho civil frente a aquellas actuaciones patrimonialmente relevantes que las personas mayores realizan en una heterogénea diversidad de situaciones que, pese a deberse a causas diversas, tienen en común la existencia de un abuso consciente de la posición dominante que alguien ostenta frente a la persona mayor. Por último, analiza la reacción penal frente a los casos de violencia económica contra estos mayores de edad, especialmente presentes en el ámbito intrafamiliar o en la prestación de cuidados asistenciales.

**ABSTRAC:** *This book addresses elderly people vulnerability from three different but connected perspectives. First of all, examines the vulnerability of elderly as a sociologically observable fact linked to ageing, in which the gender approach is particularly relevant. Also, it is also essential, in order to respect the dignity of the elderly, to implement the inclusive policies inherent within the SDGs by taking this group into consideration. Secondly, it focuses on the diverse mechanisms of civil law to respond to certain property-related decisions taken by the elderly which are harmful to them. It involves transactions carried out in diverse and heterogeneous circumstances but which have in common the existence of a conscious abuse of the dominant position that someone holds vis-à-vis the elderly person. Finally, this paper analyses the criminal law response to cases of economic violence against such elderly persons, particularly present in the intra-familial environment or in the provision of long-term care.*

**PALABRAS CLAVE:** Personas mayores. Vulnerabilidad. Abuso de dependencia. Abuso de influencia. Violencia económica. Perspectiva de género. Protección civil y penal.

*KEY WORDS: Elderly people. Vulnerability. Abuse of dependency. Undue influence. Economic violence. Gender perspective. Civil and criminal protection.*

Se ha publicado en la editorial Thomson Reuters Aranzadi el libro titulado *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*. La autoría y el marco en el que se ha elaborado la monografía permiten entender mejor una obra de dimensiones reducidas pero que constituye un modelo de actuación universitaria. Sus autoras son las profesoras Teresa HUALDE MANSO, catedrática de Derecho civil de la Universidad Pública de Navarra y directora de la obra, María Cruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra, y Leticia JERICÓ OJER, profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra, quienes comparten no solo el interés por la protección de las personas vulnerables sino también la condición de profesoras-tutoras de la UNED en el centro asociado de Pamplona y de investigadoras en un proyecto financiado por la Fundación Obra social La Caixa, fruto del cual es este texto. Estamos, pues, ante un buen ejemplo de lo que puede dar de sí la colaboración entre universidades, públicas y privadas, cuando su profesorado aúna esfuerzos y cuenta con la ayuda de organizaciones del tercer sector.

De acuerdo con la formación científica de sus autoras, la obra presenta un carácter jurídico interdisciplinar, que se refleja en su estructura y que está presente en su propio título, que acierta al referirse expresamente a la vulnerabilidad de los mayores. Es este el hilo conductor de los tres capítulos, erigiéndose el abuso de dependencia y el abuso de influencia en conceptos que demandan la respuesta del ordenamiento jurídico para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad relacional, las cuales afectan en muchas ocasiones, aunque no necesariamente ni exclusivamente, a las personas de edad avanzada.

El libro está dividido en tres capítulos, contando dos de ellos con un epígrafe final en el que se recogen las conclusiones del mismo y se sintetizan las principales ideas expuestas.

El primer capítulo, titulado «Personas mayores y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Un estudio desde la perspectiva de género» y escrito por la profesora DÍAZ DE TERÁN, presenta las bases sociológicas y jurídicas del problema que más adelante será afrontado en clave civil y penal en el resto de la obra. Con él se suple la ausencia de un capítulo introductorio, que en cierto modo deviene innecesario, al presentarse con acierto y profusión de datos y gráficos el contexto en el que se va a mover toda la obra, que no es otro que el de una sociedad envejecida, en el que la vertiginosa evolución y la creciente complejidad de las relaciones interpersonales conducen a ahondar la brecha entre el devenir social y la situación de las personas de más edad, convirtiendo a estas, en muchas ocasiones, en vulnerables.

Este contexto es el que justifica la atención dedicada en el capítulo a la Agenda 2030 y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que, guiados por el objetivo explícito de evitar *que nadie se quede atrás*, exigen políticas inclusivas orientadas a proteger a los más vulnerables, entre los cuales se encuentran las personas mayores y, en especial, dada la «feminización de la vejez», las mujeres mayores, en quienes concurre el riesgo de una doble vulnerabilidad.

Si bien la autora evita caer en la presentación de las personas mayores como un grupo homogéneo, no deja de constatar que la realidad demuestra que un porcentaje relevante de ellas se encuentra en situación de vulnerabilidad. Porcen-

taje que amenaza con ser creciente, dada la concurrencia de diversos factores, entre los que destacan los cambios en las estructuras familiares, la dependencia en materia económica, de salud o de cuidado material a causa del incremento de la longevidad, y las insuficientes políticas sociales. Todo ello constituye un terreno abonado para la proliferación de situaciones en las que la fragilidad de estas personas, y su dependencia respecto de otras, pueden conducirlos a prestar su consentimiento a la realización de actos dispositivos económicamente perjudiciales, que comprometan su patrimonio y que afecten a la posibilidad de hacer frente a sus futuras necesidades; actuaciones que, cuando sean aprovechadas por otra para obtener una ventaja económica que de otro modo no hubiera logrado, constituirán situaciones abusivas frente a las cuales deberá reaccionar civil o penalmente el ordenamiento jurídico.

Con visión crítica, la autora destaca la paradoja que supone el que, pese a ser el envejecimiento de las sociedades y sus consecuencias un problema universal, la situación de las personas mayores no sea contemplada expresamente en los ODS, debiendo deducirla o entenderla tácitamente presente en la Agenda 2030 a través de las referencias genéricas a la inclusión, la justicia y la vulnerabilidad y a través de algunas metas derivadas de dichos Objetivos. Para paliar este déficit y para lograr así la protección de los derechos humanos de las personas mayores, propone desagregar los datos por edad al aplicar la Agenda 2030 en cada ámbito nacional, ofreciendo así una imagen más certera de si las personas mayores han quedado atrás en el logro de los Objetivos y metas propuestos y posibilitando la adopción de medidas legislativas y políticas sociales que les doten de protección.

El capítulo segundo, titulado «Cauces de impugnación de actos realizados por adultos vulnerables: de los vicios de la voluntad y la rescisión al abuso de dependencia e influencia abusiva», es el más extenso y su autoría corresponde a la directora de la obra. A partir de la preocupación moderna por afrontar las situaciones de desequilibrio en los poderes de contratación, la profesora HUALDE describe su propósito de examinar los mecanismos de respuesta a ciertos casos no ya de asimetría estructural sino coyuntural, caracterizados por una heterogeneidad que, reconoce, dificulta su tratamiento. Son supuestos en los que una persona, al prestar su consentimiento negocial, se encuentra en una coyuntura de debilidad, fragilidad o necesidad que puede tener su origen en causas diversas: por su estado físico, psíquico o cognitivo (vulnerabilidad *per se*), o por estar inmersas en una relación de confianza, dependencia —no solo económica—, subordinación, sugestión o temor (vulnerabilidad relacional).

En estas situaciones, en las que los mayores o personas de avanzada edad se encuentran no necesariamente pero sí con frecuencia, la voluntad no se forma enteramente libre, sino que se pliega a los deseos de la otra parte, y por eso son escenario habitual de abusos frente a los cuales el ordenamiento jurídico debe actuar. La autora es consciente de que las hipótesis que analiza son «situaciones sombrías y borrosas», de difícil encaje en las categorías acuñadas por el Derecho en materia contractual (en concreto, en los vicios de la voluntad y en la falta de capacidad natural de querer y entender) y en las que se encuentran en equilibrio la debilidad y la libertad personal, pero también la seguridad jurídica y la justicia material.

En el capítulo se apuesta decididamente por reaccionar frente a estos casos de abuso de posición dominante entre particulares en los que se produce un aprovechamiento indebido, en detrimento de la parte débil de la relación. Con base en su conocimiento del Derecho anglosajón, francés y foral o autonómico, la autora muestra el catálogo de respuestas ofrecidas, no sin dejar de examinar

el problema a la luz del Código Civil español. Así, hace pasar la heterogénea figura por el tamiz de los vicios de la voluntad, estudiándola desde la intimidación y el dolo (cuya aplicación no llega a descartar, si bien admitiendo entonces la necesidad de una interpretación extensiva y adaptada a las particularidades de las personas en situación de vulnerabilidad), y planteando su posible inclusión dentro de los vicios de la voluntad incompletos, de consecuencias resarcitorias. Tras ello, analiza hasta qué punto puede dar respuesta a estas situaciones la rescisión por lesión que se prevé en algunos de nuestros derechos civiles autonómicos (en concreto, el catalán y el navarro), concluyendo que esta institución ofrece una protección insuficiente, pues no abarca todos los supuestos de disposición patrimonial realizada por la persona vulnerable, al no aplicarse ni a las disposiciones a título gratuito ni a aquellas en las que existe abuso y aprovechamiento pero en las que la cuantificación del mismo no llega al umbral de desequilibrio exigido para la rescisión.

Por último, el capítulo examina críticamente la solución francesa del *abus de dépendance* y su inclusión dentro de los vicios de la voluntad, como modalidad de violencia (en este caso, moral) en la que la debilidad contractual deriva en un desequilibrio de las prestaciones que sin el abuso resultaría inexplicable, y también la solución incorporada en 2019 al Derecho foral navarro a través de la ley 21 del Fuero Nuevo, que recoge la influencia indebida (que la autora califica como abuso de dependencia) y el abuso de influencia como causas autónomas de invalidez contractual, que se desmarcan de los vicios de la voluntad y que ponen el foco no solo en la vulnerabilidad ocasionada por la deficiencia, dependencia, necesidad o angustia de quien presta su consentimiento (las cuales son presupuestos, pero no son suficientes por sí mismas) sino principalmente en el comportamiento abusivo, en la explotación consciente de la parte débil. Soluciones que prescinden de umbrales cuantitativos y que cubren los actos a título gratuito, ofreciendo una protección más completa de las personas vulnerables.

El tercer y último capítulo, titulado «El Derecho Penal frente a la violencia económica ejercida sobre la persona mayor vulnerable por razón de su edad» y escrito por la profesora JERICÓ, comienza con una interesante exposición sobre la lacra social que supone la creciente violencia —en forma de abuso o de maltrato— que padecen las personas mayores y sobre la propia dificultad que existe a la hora de precisar qué se entiende por personas mayores, rechazando una delimitación cuantitativa por edad —por sus efectos distorsionadores por exceso o defecto— y planteando la conveniencia de atender no ya a la edad en sí misma sino a la situación efectiva de vulnerabilidad motivada por la edad. Como precisa acertadamente la autora, ello no debe llevar a automatizar la relación entre edad y vulnerabilidad, sin perjuicio de que el deterioro cognitivo y funcional propio de la edad se muestre como indudablemente propicio para generar esas situaciones de vulnerabilidad.

Esta violencia está especialmente presente en el ámbito intrafamiliar y, por tanto, en un entorno marcado por la privacidad, por las relaciones de confianza y por un entorno de dependencia que hace difícil en ocasiones proteger a las que califica como «víctimas silenciosas». Al centrarse en las manifestaciones de la violencia económica, la autora examina la protección ofrecida por el Código Penal, constatando la inexistencia en los delitos económicos de una agravación específica por razón de la vulnerabilidad motivada por la edad. Ante esta situación, examina en estos delitos la previsión de circunstancias específicas de agravación en las que se da acogida indirecta a la edad (en concreto, en relación al hurto, al robo con fuerza en las cosas, a la estafa y a la apropiación indebida)

y seguidamente se interroga acerca de la posibilidad de aplicar las agravantes genéricas del abuso de superioridad y del abuso de confianza del artículo 22 CP.

Tras analizar el papel que juega el parentesco —a menudo concurrente en las situaciones de abuso económico e influencia indebida en los mayores vulnerables por razón de su edad— y valorar críticamente la tendencia jurisprudencial a que esta circunstancia mixta se aplique de manera generalizada como atenuante en los delitos contra el patrimonio, la autora dedica su atención a la peculiar posición que, ante el proceso penal, ocupa el mayor vulnerable por razón de edad: ignorancia acerca de su condición de víctima, vergüenza cuando adquiere conciencia de serlo, temor a no ser creído al denunciar el abuso infligido por un familiar y tendencia a la exculpación por los vínculos familiares y afectivos que unen a víctima y victimario, son razones que permiten explicar la renuencia a la hora de denunciar y la frecuente necesidad de recurrir al Ministerio Fiscal. A lo anterior, se acompaña un conjunto de sugerencias para las distintas fases (policial, de iniciación del procedimiento y de juicio oral) y en relación a la elaboración de protocolos y de campañas de sensibilización, que muestran el propósito de la autora de convencer acerca de la necesidad de abordar de manera integral el problema, otorgando la tutela que la dignidad de los mayores demanda sin incurrir en una sobreprotección contraria a su libertad personal y al valor social de este colectivo.

Todo ello configura un capítulo en el que de manera detallada y sin escatimar referencias doctrinales y jurisprudenciales, se realiza un análisis, en forma y fondo, de impecable factura.

RAMS ALBESA, Joaquín (director); LACRUZ BESCÓS, José Luis/VIGIL DE QUINONES OTERO, Diego (coordinadores), *Tratado de Derecho Civil. TOMO X. La fe pública registral*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, 1.ª ed., 608 páginas.

por

MACARENA EMILIA OVEJERO ESLAVA  
*Registradora de la Propiedad de Hoyos*

El presente tomo que reseñamos pertenece al *Tratado de Derecho Civil* concebido por Joaquín RAMS ALBESA como un instrumento complementario para aquellas otras tareas, adicionales al examen final de la asignatura, que debe realizar el alumno en los nuevos planes de estudio. Lo ideó, también, como un instrumento útil para el doctorado y la vida profesional.

Son conocidos los esfuerzos del profesor RAMS, siguiendo a su maestro José Luis LACRUZ BERDEJO, por elaborar obras que facilitaran el acercamiento al conocimiento del Derecho civil, y especialmente, del Derecho registral. Y es que el Derecho registral de bienes y también el de personas importan mucho en el conjunto del Derecho civil.

Muchos tratadistas del Derecho civil han realizado importantes aportaciones de Derecho registral en sus tratados y manuales, pero hay un cierto consenso en la doctrina en que las del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO merecen un lugar destacado. Todo ello sin perjuicio del reconocimiento que merecen, en un momento inicial, CÁRDENAS, OLIVER, GÓMEZ DE LA SERNA (que redactó la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 calificándose por la doctri-

na como «obra maestra de nuestra literatura jurídica», tanto por su perfección literaria como por la forma de explicar los principios y líneas directrices del sistema), DE LA ESCOSURA y MORELL Y TERRY y, posteriormente, ya en el siglo XX, don Jerónimo GONZÁLEZ y Ramón María ROCA SASTRE. También, en el ámbito del Registro Civil, merecen una especial mención Josep PERÉ RALUY y Jesús DÍEZ DEL CORRAL.

José Luis LACRUZ BERDEJO, como decíamos, fue esencial para la sistematización de la materia y la introducción de nuevas aportaciones procedentes del Derecho comparado, hasta entonces, desconocidas en España. Destacan en el ámbito hipotecario sus *Lecciones* de 1955 y 1957 (reeditadas en 2011), base del *Derecho inmobiliario registral* de 1968, que se insertó como volumen III de los *Elementos de Derecho civil* en 1968, en el que colaboraba, entre otros, Joaquín RAMS ALBESA.

Fue así como el profesor RAMS continuó con la tradición de LACRUZ BERDEJO de hacer llegar el Derecho civil y el Derecho registral y, además de publicar sus manuales reciente bajo el título de *Apuntes* en colaboración con Rosa MORENO FLÓREZ y José Ignacio RUBIO SAN ROMÁN, pensó en publicar el *Tratado de Derecho Civil*, al que pertenece el tomo X, relativo a la fe pública registral, que reseñamos.

Este tratado, al igual que ocurrió con el conocido como *Tratado práctico y crítico de Derecho civil* de don Federico DE CASTRO, del que solo llegaron a publicarse algunos tomos, quedó inacabado, habiéndose publicado únicamente tres tomos al tiempo del fallecimiento de su autor en febrero de 2020. No obstante, a pesar de que el tomo X se publica en un tiempo y forma diferentes a los anteriores tomos, mantiene en el título la pertenencia a dicho tratado.

El prólogo que lo inicia es obra póstuma de Joaquín RAMS. Con ello, y con la participación de José Luis LACRUZ BESCÓS, este tomo sigue la estela de las aportaciones de la escuela fundada por José Luis LACRUZ BERDEJO, de la que formaba parte Joaquín RAMS.

El tomo, que comienza, como se ha dicho, con un prólogo de Joaquín RAMS, es de autoría colectiva. Ha sido elaborado por profesionales del Derecho inmobiliario y de la fe pública, en la que cada uno goza de autonomía para exponer su propia opinión doctrinal sobre la cuestión tratada, de modo que, como se dice en el prólogo, «*puede encontrar el lector opiniones no del todo coincidentes, pero no abiertas contradicciones*».

Su contenido, que va de lo general a lo particular, está estructurado en tres partes: una primera dedicada a la teoría general de la fe pública a cargo del conocido hipotecarista Lino RODRÍGUEZ OTERO, una segunda dedicada al Registro Civil a cargo del registrador José Luis LACRUZ BESCÓS, y una tercera, relativa al Derecho registral inmobiliario, escrita por diferentes registradores, la mayoría ingresados en la carrera en el siglo XXI.

El prólogo póstumo de Joaquín RAMS, de un indudable valor, nos advierte de que el presente libro es distinto a los habituales en la materia, tendentes a la síntesis, pensados para la enseñanza de futuros juristas. Esta obra, en cambio, «*quiere estar —y de ahí que se trate en su inmensa mayoría de una obra de profesionales de la fe pública— destinada a juristas formados y tal vez formadores que quieren ahondar en los cimientos, desarrollo y vivencia de una de las piezas maestras del Ordenamiento jurídico español, tan rico como minusvalorado en demasiadas ocasiones por los profesionales que lo aplicamos constantemente y hasta viven de él*».

En el prólogo, se pone en valor el Derecho registral, disciplina que, desde sus inicios, daba respuesta a una situación social, política y económica complicada,

dotando a la sociedad de la necesaria seguridad jurídica. Se enfatiza así en la eficacia de una legislación registral basada en la registración de actos y contratos contenidos en documentos públicos que implican la intervención de una autoridad pública, siendo tales títulos escrituras públicas la mayor parte de los documentos que acceden al registro. Es indudable, según Joaquín RAMS ALBESA, la importancia de la registración, por cuanto «*el resultado final es prácticamente exacto, casi no ha lugar o posibilidades para que algo inscrito no sea enteramente coincidente con la realidad física y jurídica*».

Tras el prólogo, el contenido se inicia con una primera parte relativa a la fe pública en general elaborada por Lino RODRÍGUEZ OTERO, conocido hipotecarista, en la que, tras una exposición de la evolución histórica de la materia desde la Baja Edad Media, se abordan con detalle la fe pública judicial, notarial, registral y administrativa.

La segunda parte está destinada al registro de la persona, del estado civil, a cargo del registrador José Luis LACRUZ BESCÓS, en la que, tras una introducción sobre el concepto, la naturaleza y la evolución histórica de dicha institución, se abordan cuestiones como la razón de ser del registro, el valor de las diferentes modalidades de inscripciones practicadas en él y la publicidad formal ofrecida por dicho registro. Además, finaliza con unas páginas dedicadas a las normas de Derecho Internacional Privado y a la inscripción de documentos extranjeros.

Por último, el Registro de los bienes, el Registro de la Propiedad, ocupa la tercera parte cuya especial novedad es haber sido elaborada por registradores ingresados en la carrera durante el siglo XXI, esencial para permitir la pervivencia, mediante periódicas actualizaciones, de este manual durante muchos años.

Se inicia esta parte dedicada al registro de los bienes con una introducción sobre el Derecho inmobiliario registral escrita por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, registrador conocido por su profesional dedicación a la investigación y el estudio, quien, junto con José Luis LACRUZ BESCÓS, han coordinado este tomo.

Tras esa introducción, María Teresa TOURIÑÁN realiza un análisis comparado de los sistemas registrales, atendiendo a las formas de transmisión del dominio, para poder hacer así una perfecta ubicación del sistema registral español.

Imprescindible para el entendimiento del Derecho registral (y especialmente tras las reformas habidas en esta materia durante los últimos años), se analiza la finca como realidad física que constituye el objeto del Registro de la Propiedad en España. Colabora en la realización de este capítulo un registrador muy apreciado en la práctica registral, Joaquín DELGADO, recientemente homenajeadado con motivo de la concesión de la Cruz Distinguida de Primera Clase de San Raimundo de Peñafort y conocido por su dedicación al estudio de la finca y del acceso de su representación gráfica al Registro, así como por ser promotor de la web *regispro.es*. En este capítulo se trata el sistema de folio real, la importancia de la colaboración y la coordinación del Registro y el Catastro y la relación entre el Derecho urbanístico y el Registro de la Propiedad. Todo ello a cargo del mencionado Joaquín DELGADO, de Luis LÓPEZ IGLESIAS y Manuel MATAS.

Continúa la obra con el funcionamiento del Registro, los principios hipotecarios, la calificación del registrador y los recursos que pueden interponerse contra ella, los asientos registrales y el valor de las inscripciones y la eficacia, en general, del registro frente a terceros.

Así, los dos capítulos siguientes se centran en el estudio del objeto de la inscripción y la dinámica del Registro, en los que Ignacio GONZÁLEZ HER-

NÁNDEZ, de nuevo Diego VIGIL DE QUIÑONES, Pedro PERNAS RAMÍREZ y Emma ROJO IGLESIAS hacen hincapié en principios registrales sin los cuales el Registro no puede funcionar: los principios de especialidad, prioridad, tracto sucesivo y rogación.

El capítulo sexto, elaborado por Rosario JIMÉNEZ RUBIO, está destinado a los recursos contra la calificación registral, cuestión nada pacífica, que ha dado lugar a numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de la Seguridad Jurídica y de la Fe Pública), como consecuencia también de las modificaciones habidas en esta materia en los años 2001, 2003 y 2005.

Esencial es el capítulo siguiente, a cargo de Diego VIGIL DE QUIÑONES y Jacobo FENECH RAMOS, por cuanto aborda los efectos del registro frente a terceros, profundizando en la distinción entre efectos ofensivos y defensivos. En este apartado, se examinan los principios de legitimación registral y de fe pública, haciéndose hincapié en el denominado tercer hipotecario.

Debe destacarse asimismo el capítulo dedicado a la anotación preventiva, realizado por Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, pues, aun siendo un asiento de carácter provisional, no deja de ser de gran importancia, ya que tiene un contenido muy variado e importantes efectos, como el de que pueda, entre otros, enervar la fe pública registral.

Finalizan este tomo otros dos capítulos, cuya autoría corresponde a Francisco Javier GIMENO CHOCARRO. En el primero de ellos, destinado a la rectificación del Registro, el autor examina cómo el Registro se presume exacto así como que los asientos registrales se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales, debiendo hacerse, por ello, la rectificación del Registro con todas las garantías exigidas legalmente. El capítulo final, relativo a la publicidad formal, aborda dos cuestiones esenciales: la relación entre el principio de publicidad formal del Registro y la legislación de protección de datos de carácter personal y los medios de lograr dicha publicidad.

Todos los aspectos estudiados se tratan, como ya anticipara el profesor RAMS en el prólogo, desde la *«línea dominante e inspiradora procedente del maestro Lacruz»*, pero, como no podía ser de otra manera, atendiendo a las novedades legislativas que introducen importantes cambios en la materia (destacan así las referencias al tratamiento registral de las medidas de apoyo para personas con discapacidad de la Ley 8/2021) y, como reseñable aportación de esta obra, desde la visión que añaden la experiencia y los reconocidos conocimientos de cada uno de los profesionales del Derecho inmobiliario que han intervenido en el desarrollo de este proyecto.

Expuesta esta sucinta relación de autores y temas abordados por esta fundamental obra a que se refiere la presente reseña, solo resta concluir que sus distintos capítulos serán necesariamente objeto de inevitable consulta por todos aquellos expertos juristas que se ocupan de *«una de las piezas maestras del ordenamiento jurídico español»* y por quienes quieran o necesiten acercarse a ella, por lo que debe felicitarse sinceramente a los autores por sus excelentes contribuciones.

Sirva esta humilde reseña, finalmente, para manifestar nuestra consideración al inolvidable profesor RAMS ALBESA por su impagable contribución a la formación de juristas entusiastas y vocacionales.

TOMÁS TOMÁS, S., *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, Aranzadi, 2022, 700 páginas.

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA  
*Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla*

La monografía de Salvador TOMÁS que me propongo presentar al lector de esta Revista describe en su propio título cual va a ser el empeño que vertebra sus densas setecientas páginas: cuestionarse, primero, y explicar y precisar, después, la cualidad de parte procesal que tiene o debe tener la masa patrimonial, o masa activa en la terminología concursal. El tema es polémico doctrinalmente y confuso desde el punto de vista legal: la posibilidad de considerar parte procesal a la masa patrimonial se encuentra reconocida en términos generales por los artículos 6.4 y 7.5 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); pero la Ley Concursal (LC) añadió al referido artículo 7 LEC un párrafo 8 que parece considerar una cosa diferente: que la administración concursal sería un representante del deudor concursado, «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal». Esta incongruencia conceptual arrastra y lleva consigo la constante vacilación y duda dentro del procedimiento concursal regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). La constatación de que la norma concursal no haya tomado en consideración la posibilidad de que la masa patrimonial sea parte procesal merece al autor una negativa valoración, que le permite proponer modificaciones muy concretas *de lege ferenda* que permitan aclarar las posiciones procesales de los sujetos que participan en el procedimiento concursal.

La tarea que se ha propuesto el autor es enormemente compleja y en realidad tiene que ir mucho más allá de un mero cambio en el tratamiento jurídico de las partes del proceso concursal, aunque, de suyo, esto no sea una cuestión menor; como es fácilmente comprensible el propósito de la obra requiere poner en juego, como necesaria base preliminar, todo el complejo funcionamiento del concurso y una infinidad de elementos dogmáticos y conceptuales muy enjundiosos y lleno de matices: insolvencia, tutela de los acreedores, responsabilidad patrimonial del deudor, ejecución forzosa de las deudas, rescisión concursal, protección de los terceros en el tráfico jurídico frente a los efectos del concurso, representación, capacidad, patrimonio, entre otros. Puedo asegurar al lector que este análisis crítico necesario para llevar a cabo la obra se efectúa con un rigor, claridad y solvencia que acreditan en el autor una gran madurez científica, con una dimensión interdisciplinar y comparada muy destacada. Además, aparte del examen puramente teórico, el autor desciende al examen minucioso y ponderado de una ingente jurisprudencia: me permito recomendar aquí el tratamiento de este orden relativo al problema de la reintegración de la masa. Por eso esta obra termina haciendo un servicio impagable a nuestra doctrina no solo en el ámbito estrictamente procesal, sino también en el plano de la clarificación conceptual, dogmática y práctica de las instituciones sustantivas que se hacen presentes en el concurso. Destacaré ahora, por ejemplo, por ser una materia de máxima actualidad que nos preocupa mucho a los civilistas, aunque toca solo tangencialmente el contenido del trabajo, los juicios muy ponderados y sensatos sobre la capacidad de obrar y las soluciones que ha dado la Ley 8/2021 a lo que ella misma llama

«ejercicio de la capacidad jurídica»; debe considerarse muy positivamente que en esta época inmediata a la publicación de esta Ley, en la que es más cómodo para muchos autores entonar su voz con el preámbulo y no denunciar las trampas conceptuales que la norma contiene, el autor haya visto claro que, pese a la dicción de la Ley 8/2021, la ineptitud mental total para procurar su gobierno sigue siendo en realidad una causa de limitación de la capacidad de obrar, aunque no se la denomine así. Realmente reconforta este ejercicio de sensatez y cordura, y que ello se ofrezca en una obra sobre el concurso, aparentemente alejada en su objeto de este problema; es una prueba, entiendo que más que suficiente, de la sólida formación jurídica del autor y del esmero intelectual con que se encuentra construida la monografía hasta en sus aspectos más secundarios.

El punto de vista del que parte el trabajo es el del patrimonio concursal, que va a constituir el elemento principal de referencia del proceso, ya que con este último no se trata de otra cosa que hacer frente al pago de todos los acreedores, mediante el convenio o la liquidación; de modo que las respectivas posiciones procesales del deudor, de los diferentes acreedores y de la misma administración concursal quedan supeditadas, en una gran medida, a las necesidades que presenta la masa activa, esto es, a las condiciones de actuación que determina el legislador al servicio del interés del concurso.

La declaración de concurso afecta a la esfera jurídica de una pluralidad de sujetos, altera las reglas que en la situación de normalidad les eran aplicables e instaura un nuevo sistema para la resolución de los conflictos de intereses que existen entre ellos. Se fundamenta este nuevo orden jurídico en la aparición de una afección patrimonial que recae sobre los bienes embargables y que se rige por el principio representado por el concepto de interés concursal, y que se concreta y desarrolla en el desapoderamiento patrimonial —total o parcial— del deudor, la sujeción de todos sus acreedores a un único cauce procedimental, y la aparición de un nuevo sujeto que es la administración concursal. La monografía permite clarificar certeramente todas estas cuestiones.

Resultan muy sugerentes en especial las páginas que analizan el concepto jurídico de interés del concurso, verdadera piedra angular que explica tantas medidas del proceso concursal y cuya clarificación resulta una ayuda decisiva para su interpretación. También lo son las que desarrollan las implicaciones que tiene la existencia de un patrimonio separado. Así, con ese análisis minucioso y preciso el autor puede desembocar en un juicio ponderado sobre la tesis central que se había planteado resolver: si es o no idóneo conceder personalidad procesal a la masa separada y cómo se podría concretar esa tesis *de lege ferenda*.

Resulta recomendable, tras haber trazado en sus líneas generales el contenido del volumen, describir más pormenorizadamente su estructura, contenido y principales conclusiones.

El capítulo I lo dedica el autor a explicar los principios rectores del proceso concursal. En este punto, advierte el profesor TOMÁS, la remisión que el artículo 521 TRLC realiza a la LEC como derecho supletorio tiene una problemática concreción, ya que la pluralidad de intereses que salvaguarda el procedimiento concursal le dota de una naturaleza singular y autónoma respecto de los procedimientos civiles declarativos o de ejecución, cuyas particularidades no le resultan fácilmente aplicables. En concreto, la relevancia pública del mismo, basada en la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil, justifica la aparición de normas para la adecuada gestión de la masa activa, y también la atribución de poderes excepcionales al órgano jurisdiccional y a la administración concursal, necesariamente singulares dentro del proceso civil porque no se pueden

explicar solo desde el punto de vista de la tutela de los intereses privados de los acreedores, sino también desde la protección de un interés público económico.

La pluralidad de objetos del proceso, manifestado entre otras cosas en los diversos incidentes que en su seno pueden plantearse, hace necesario adoptar cautelas en función del desarrollo del procedimiento, aunque el proceso concursal se rige básicamente por los principios de la dualidad de partes y de contradicción. No obstante, el primero se encuentra muy matizado, en cuanto que la delimitación de la parte pasiva no queda a la disposición del actor en su demanda. Y, en cuanto al segundo, necesita ser garantizado de un modo especial, debido a las amplias potestades con que cuenta el juez, para permitir que estas se ejerciten siempre con la audiencia de los sujetos afectados.

Son interesantes las particularidades que presentan los dos principios procesales dispositivo y de aportación de parte. Es verdad que, en aplicación del deber de congruencia, el juez del concurso no puede conceder algo distinto a lo pedido por las partes; ni tampoco otorgarlo sobre la base de hechos o títulos jurídicos no aducidos por estas. Pero el control de legalidad del convenio y la fijación del plan de liquidación, suponen un poder excepcional del juzgador para rechazar el convenio aceptado por los acreedores y deudor, lo que demuestra una vez más que confluye un interés público cuya salvaguarda prevalece sobre los intereses particulares concurrentes.

En cuanto al principio de igualdad, necesariamente requiere algunas modulaciones desde la perspectiva del concursado, que experimenta restricciones al ejercicio de su derecho de acción y a su poder de disposición del objeto del proceso a favor de la administración concursal.

El capítulo II delimita qué bienes y derechos integran el patrimonio afecto a la declaración de concurso. Sería razonable que este capítulo presentara un carácter más descriptivo, pues esta obra no pretende ser un tratado de derecho concursal, pero el autor no rehúye tratar los aspectos más complejos.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista procesal explica muy bien tanto los paralelismos como las diferencias con el procedimiento de ejecución individual: así, entre los primeros, la presencia de remedios a disposición de los terceros ante una errónea designación de los bienes que pertenecen al concursado. Y, entre las segundas, estarían, en primer lugar, que las posibilidades de impugnación operan siempre *ex post*, sin el previo examen sumario y contradictorio de pertenencia regulado por el artículo 593.2 LEC; en segundo lugar, que el juicio de pertenencia no corresponde aquí en un primer momento al órgano jurisdiccional, sino a la administración concursal.

Asimismo, podemos leer una magnífica exposición sobre el choque entre el principio de responsabilidad patrimonial universal y las prohibiciones de disponer, materia en la que el autor se adhiere a la doctrina de la antigua DGRN, según la cual las prohibiciones de disponer solo excluyen las enajenaciones voluntarias, pero no las forzosas, aun reconociendo que estamos ante una cuestión especialmente controvertida.

También se ofrece al lector un acertado estudio sobre los bienes que pudieran estar sujetos a la influencia del régimen económico matrimonial. Y, finalmente, el tratamiento de otras cuestiones como el siempre complicado asunto de las cuentas corrientes de titularidad indistinta, la posición del concursado respecto a los llamamientos a una herencia, etc.

El capítulo III desarrolla la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso: sujeción ideal y *erga omnes* de los bienes y derechos de la masa activa al destino jurídico que persigue el proceso concursal. La normativa vigente, como

es sabido, estima que la sujeción patrimonial de todos los bienes y derechos que integran la masa activa a las resultas del proceso concursal se produce desde el dictado del auto de declaración de concurso, que cuenta con algunos medios de publicidad en los registros públicos, incluido el concursal. El papel de esta publicidad registral se califica como meramente declarativo y no constitutivo de la afección: la ausencia de inscripción registral o anotación preventiva (cfr. arts. 36 y 37 TRLC), a diferencia de la publicidad en el BOE del edicto de la declaración de concurso, no origina un vicio de nulidad causante de indefensión (arts. 238.3.º LOPJ y 225.3.º LEC), que sea susceptible de impugnación legal (arts. 240 y 241 LOPJ y 227 y 228 LEC). Por ello es interesante el tratamiento crítico que realiza esta obra de la adquisición por un tercero que confiara en la ausencia de publicidad registral de alguno de los bienes inmuebles que integran el patrimonio concursal.

El principio de universalidad supone que se reconozcan unas facultades y remedios excepcionales a la administración concursal orientados a preservar la masa activa frente a los actos del deudor que pudieran resultar perjudiciales. La eficacia de la declaración de concurso se extiende, para ese fin, a los actos consumados por el deudor en los dos años previos a tal declaración, con superposición del interés de la masa activa sobre el interés de la seguridad del tráfico jurídico, y con alteración de las reglas de protección registral respecto al primer adquirente de buena fe.

Esta fuerza expansiva tendente a la maximización del valor del patrimonio concursal se complementa con otros instrumentos que facilitan la prolongación de la responsabilidad al patrimonio personal de terceros relacionados con el concursado: bien sean socios, administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora (arts. 131, 132, 455.2. 3.º, 4.º y 5.º y 456 TRLC).

El auto de declaración de concurso proporciona una sujeción patrimonial más intensa y reforzada que la que produce el embargo en la ejecución forzosa: en primer lugar, supone la intransmisibilidad de los bienes a terceros una vez anotado el concurso en el Registro de la Propiedad; en segundo lugar, permite la impugnación de la disposición realizada por el deudor con infracción de las limitaciones patrimoniales acordadas (arts. 109, 405.2 y 558.2 *in fine* TRLC), o en perjuicio de la masa activa, con posibilidad de proyección retroactiva del reproche jurídico y reintegración del bien a esta (arts. 226, 238 y 697 TRLC).

La afección del patrimonio concursal se prolonga durante todo el concurso. Indubitadamente, en las fases común y de liquidación; asimismo, aun con relajación de su intensidad, en la fase de convenio. El control de legalidad y el poder atribuido al órgano jurisdiccional en los distintos estadios de esta última fase es reflejo de la sujeción del patrimonio concursal a la responsabilidad contraída por el deudor.

La declaración de concurso atenúa la eficacia de los derechos reales de garantía, pues se restringe su derecho de ejecución separada y se idean sistemas alternativos para la satisfacción del crédito (arts. 145 y sigs. y 209 y sigs. TRLC).

El capítulo IV describe el desapoderamiento del deudor concursado, del que se explica que no supone ningún fenómeno expropiatorio, ni del conjunto de sus bienes, ni de su facultad de disposición, ni opera una suerte de secuestro sobre el patrimonio concursal, ni dota a los acreedores de un especial derecho de carácter sustantivo o real. Tampoco desencadena una sucesión universal, ni comporta tampoco la incapacidad del concursado o la limitación de su capacidad de obrar. Contiene, en cambio, una prohibición de administrar y disponer sobre el deudor; de distinto grado según el régimen patrimonial acordado judicialmente:

sigue aquí la acertada tesis explicada por mi querido compañero Enrique Ramos Chaparro en *La persona y su capacidad civil*.

El capítulo V estudia la posición jurídica de la administración concursal, y el mecanismo técnico que permite explicar la eficacia de los actos sobre la masa activa. Si bien el poder del administrador concursal se origina por su nombramiento por el juez, no se adquiere en virtud de un acto de delegación de la potestad pública, sino por la atribución de un título propio conferido *ex lege* que opera a raíz de la referida designación. El órgano jurisdiccional ocupa una posición de preeminencia para supervisar la función desplegada por el administrador o administradores concursales.

Con la doctrina unánime se sostiene que la administración concursal goza de una naturaleza jurídico-privada, aunque ejerce cometidos de un marcado cariz público, y esté sujeta a un régimen próximo a aquellos que desempeñan funciones públicas.

El autor opina, con argumentos muy atendibles, que la administración concursal no representa al deudor, a los acreedores, ni a las múltiples partes ni al concurso. La potestad es el título jurídico que mejor describe las posibilidades de actuación de que goza el administrador en sede concursal. Y la legitimación, entendida como la idoneidad jurídica para realizar actos en la esfera jurídica ajena, la categoría concreta que habilita su actividad en el ámbito sustantivo al servicio de la función jurídica que se le atribuye.

El capítulo VI lo destina específicamente Salvador TOMÁS al examen del interés del concurso, o intereses del concurso o interés de la masa, expresiones también utilizadas por la Ley, aunque este sea un concepto que en realidad vertebraba toda la obra. La nueva función que la masa activa está orientada a satisfacer tras la declaración de concurso determina la tutela de este nuevo interés y el desplazamiento del resto de intereses subjetivos como criterio rector de las relaciones jurídicas que se integran en ella. El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado que cumple un doble cometido: de una parte, permite identificar la finalidad a la que se dirige el proceso concursal; de otra, sirve de criterio hermenéutico del Derecho concursal y la aplicación de los instrumentos dispuestos legalmente.

El autor sostiene que, desde el punto de vista teleológico, el interés del concurso se identifica con la mayor satisfacción de algunos acreedores, según el sistema de reparto legalmente establecido, y la subsidiaria reparación del resto de intereses afectados por la insolvencia, especialmente del deudor común. Pero también se hacen presentes en ese interés la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil.

El interés del concurso adquiere un significado diferente en cada fase procedimental: en las fases común y de convenio, se asimila a la conservación activa y maximización del valor de la masa, incluida la eventual reconstitución y reparación; en la fase de liquidación, se equipara a la consecución de los mayores ingresos posibles derivados de la realización de los bienes de la masa activa, con ciertas adaptaciones que se confían a la discreción judicial cuando se optara por la enajenación global de la empresa o de una o varias unidades productivas.

El capítulo VII tiene por objeto el análisis de la masa concursal como patrimonio separado, autónomo o de destino, al que da su consistencia jurídica la existencia de una función objetiva como es el interés del concurso, y que está sujeto a un régimen especial de gestión y control.

La administración concursal se erige en garante de la actuación del Derecho concursal, debiendo emplear idéntico criterio de oportunidad ya se le encomiende

la vigilancia y el control de los actos del deudor; ya se le atribuya el ejercicio de la actividad de gestión patrimonial.

Finalmente, el capítulo VIII es la desembocadura natural del propósito diseñado por el autor: estudiar las especialidades del procedimiento concursal en relación con el derecho de acción y la constitución de las relaciones jurídico-procesales. Se analiza con detalle en este extenso capítulo final: por un lado, la capacidad para ser parte de la masa concursal, las reglas de legitimación activa diseñadas en el TRLC y el estatuto de parte de la administración concursal, del deudor y del patrimonio separado; por otro lado, la influencia de la declaración de concurso en el derecho de acción del concursado y de los acreedores, así como en los actos de disposición del objeto del proceso con incidencia patrimonial.

El derecho de acción y las facultades dispositivas dentro del proceso son limitadas al deudor, total o parcialmente, con atribución de un nuevo derecho de acción a la masa concursal cuando la aludida restricción es total (arts. 120, 131.2 y 132 TRLC). En cambio, en el régimen de intervención el deudor conserva su capacidad para actuar en juicio, aunque necesite la autorización de la administración concursal cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa (art. 119.1 TRLC).

El interés del concurso constituye el único interés jurídico que puede fundamentar la actividad procesal en los pleitos con incidencia directa en el patrimonio separado, lo que conduce a una alteración de las normas ordinarias de legitimación. Pese a lo dispuesto en el TRLC, técnicamente la administración concursal no debe tener conferida la legitimación *ad causam* en las pretensiones relativas a la masa, sino un poder de dirección procesal vinculado a la aceptación del cargo, en defensa y promoción de un interés cuya titularidad recae en otro sujeto. La cualidad de parte es desacertada si se dirime sobre los bienes y derechos que integran —o pueden integrar— la masa activa porque ni los pronunciamientos jurisdiccionales que se dicten afectan a la esfera jurídica de la administración concursal ni los desembolsos económicos asociados a su desarrollo son sufragados por ella. Tampoco el fallecimiento del administrador, o la renuncia o separación del cargo, comporta una crisis subjetiva del proceso, ni la carencia de recursos económicos determina un derecho a su favor a la asistencia jurídica gratuita, ni, finalmente, el régimen aplicable en el interrogatorio del administrador es el propio de las partes.

Por otro lado, el desapoderamiento patrimonial del concursado en el régimen de suspensión acarrea su subordinación a una posición secundaria y auxiliar (art. 121 TRLC) de interviniente adhesivo simple, aun siendo titular material de la relación jurídica deducida en juicio, lo que no impide el traslado y puesta en conocimiento al deudor de los litigios con impacto en la masa activa, inexcusable en orden a satisfacer las exigencias del principio de contradicción y del derecho de defensa. El respeto del artículo 24 CE no impone, pues, la efectiva presencia del concursado en el pleito ni exige, salvo excepciones (v.gr., art. 233.1 TRLC), el litisconsorcio necesario para la válida constitución de la *litis*.

El TRLC no contiene normas que determinen expresamente la legitimación pasiva (a excepción de la rescisoria concursal y otras acciones de impugnación). Estas son sustituidas por un emplazamiento obligatorio a la administración concursal y al deudor en cualquier pretensión de contenido patrimonial [arts. 136.1.1.º y 3 (cfr. art. 532.1 TRLC), 119.1, 120 y 509 TRLC; y arts. 150 LEC y 270 LOPJ]. De esta forma, cuando la demanda es entablada frente a la administración concursal, en calidad de representante necesario de la masa, no es posible aducir defecto en la constitución de la *litis* siempre que se garantice el

emplazamiento y audiencia del deudor. De igual forma, en la situación inversa, la pretensión formulada frente al deudor no desencadena ningún perjuicio para la masa si se emplaza *ex officio* a la administración concursal, asegurando, por ende, la personación de aquella.

He de poner fin a estas largas páginas, aunque perciba ahora que la indicación de la materia contenida en la obra no ha dado una idea completa ni del contenido de la monografía ni de su calidad. Recomiendo al lector interesado su lectura pausada. Estoy seguro de que obtendrá de ella elementos muy valiosos para la información y la reflexión. Nada puedo decir del autor, que no haya quedado sobradamente acreditado por su brillante trayectoria como investigador y su señalada especialización en el Derecho concursal: se le debe tener desde la publicación de esta nueva obra como uno de nuestros más consumados especialistas en la materia. Espero y deseo que esta trayectoria no se interrumpa y siga dando frutos en el futuro.



# 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](http://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.



Suscripción anual: 104 €  
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002